



HAL
open science

Les droits finalisés dans le contrat. Contribution à l'étude de la justification en droit privé

Roberto Thiancourt

► **To cite this version:**

Roberto Thiancourt. Les droits finalisés dans le contrat. Contribution à l'étude de la justification en droit privé. Droit. Université de la Réunion, 2021. Français. NNT : 2021LARE0026 . tel-04606223

HAL Id: tel-04606223

<https://theses.hal.science/tel-04606223>

Submitted on 10 Jun 2024

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 DROITS FINALISÉS DANS LE CONTRAT
Contribution à l'étude de la justification en droit privé

Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de La Réunion
Présentée et soutenue publiquement le 02 novembre 2021 par

Roberto THIANCOURT

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Jean-Baptiste SEUBE

Professeur à l'Université de La Réunion

Suffragants et rapporteurs :

Monsieur Thomas GENICON (Rapporteur)

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Marie LEVENEUR-AZÉMAR

Professeur à l'Université de La Réunion

Monsieur Pascal PUIG

Professeur à l'Université de La Réunion

Monsieur Thierry REVET (Rapporteur)

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Judith ROCHFELD

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes plus vifs remerciements vont tout d'abord au professeur Jean-Baptiste Seube pour avoir dirigé cette thèse avec bienveillance durant ces années. Ses encouragements, sa confiance et sa grande disponibilité ont rendu possible l'aboutissement de cette recherche. Puissent ces quelques mots lui exprimer ma profonde gratitude.

Que soient également remerciés les professeurs Thomas Genicon, Marie Leveneur-Azémar, Pascal Puig, Thierry Revet et Judith Rochfeld qui m'ont fait l'honneur de siéger dans mon jury de soutenance.

Je tiens encore à remercier les nombreux collègues et amis du Centre de Recherche Juridique qui m'ont accompagné et soutenu tout au long de la préparation de cette thèse. Nul doute qu'ils se reconnaîtront.

Qu'enfin, tous ceux ayant eu la gentillesse de réaliser le travail de relecture veuillent bien trouver ici l'expression de ma reconnaissance : Clotilde, Romuald, Olivier, Vanille et Yannick.

Résumé :

Les *droits finalisés* apportent un éclairage sur un phénomène qui s'accroît en droit des contrats depuis la fin du XX^e siècle : assortir une prérogative juridique d'une exigence de justification de son exercice. Licencier un salarié pour une cause réelle et sérieuse, congédier un locataire pour un motif légitime et sérieux, révoquer un mandataire pour une cause reconnue en justice ou encore un dirigeant social pour un juste motif... Dans de nombreuses situations, un contractant se trouve contraint de fournir des raisons légitimes pour exercer un droit. Afin de mieux saisir ce phénomène dans ses implications pratiques, l'objectif de l'étude réside dans la proposition d'une catégorie permettant d'expliquer la convergence, *de lege lata*, des régimes d'exercice d'un ensemble de prérogatives : les *droits finalisés* dans le contrat. Les *droits finalisés* servent à désigner *les prérogatives juridiques ne pouvant être exercées que pour certains motifs concrets déterminés par la loi, le juge ou le contrat et dont le respect est judiciairement contrôlé.*

Mots-clés :

Abus des droits – intérêt commun – obligation de motivation – justification – pouvoirs juridiques – droits discrétionnaires – déséquilibres contractuels – motifs légitimes – droits potestatifs – unilatéralisme – catégorie de contractants – comportement – inégalité des parties.

Title and Abstract: The finalized rights in the contract. Contribution to the study of justification in private law.

*The finalized rights shed light on a phenomenon that has been increasing in contract law since the end of the twentieth century: to attach a legal prerogative to a requirement of justification for its exercise. Dismiss an employee for a real and serious cause, dismiss a tenant for a legitimate and serious reason, dismiss a mandatary for a cause recognized in court or a company manager for a just reason... In many situations, a contractor is compelled to provide legitimate reasons for exercising a right. To better understand this phenomenon in its practical implications, the objective of this study lies in the proposal of a category to explain the convergence, *de lege lata*, of the regimes for exercising a set of prerogatives: the rights finalized in the contract. The finalized rights serve to designate the legal prerogatives that can only be exercised for certain specific reasons determined by law, the judge or the contract and whose respect is judicially controlled.*

Keywords:

Abuse of rights — common interest — obligation to state reasons — justification — legal powers — discretionary rights — contractual imbalances — legitimate grounds — potestative rights — unilateralism — category of contractors — behavior — inequality of the parties.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i> :	ajouter
<i>Aff.</i> :	Affaire
<i>AJ</i> :	Actualité jurisprudentielle
<i>AJCA</i> :	Actualité juridique, contrats d'affaires
<i>AJDA</i> :	Actualité juridique, Droit administratif
<i>AJDI</i> :	Actualité juridique de droit immobilier
al. :	alinéa
AN :	Assemblée Nationale
<i>Ann. Loyers</i> :	Annales des loyers
<i>APD</i> :	Archives de philosophie du droit
art. :	article
<i>Bull. civ.</i> :	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. civ. :	Code civil
C. com. :	Code de commerce
C. consom. :	Code de la consommation
C. trav. :	Code du travail
CA :	Cour d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i> :	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. ass. plén.	arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. 1 ^{re} civ. :	arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ. :	arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ. :	arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte :	arrêt de la chambre mixte 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
CCA :	Commission des clauses abusives
CCC :	Revue Contrats, Concurrence, consommation
CCH :	Code de la construction et de l'habitation
CE :	Conseil d'État
CEDH :	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron. :	chronique
CJCE, CJUE :	Cour de justice des Communautés européennes, Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL :	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
Comm. :	commentaire
Comp. :	comparer
Concl. :	conclusions
Cons. constit. :	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i> :	en sens inverse
Conv. EDH :	Convention européenne des droits de l'Homme
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i> :	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i> :	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
(dir.) :	sous la direction de
Doctr. :	doctrine
<i>DP</i> :	Recueil périodique Dalloz

<i>Dr. et patr. :</i>	Revue Droit et patrimoine
<i>Dr. soc. :</i>	Revue Droit social
<i>Dr. sociétés :</i>	Revue Droit des sociétés
<i>Dr. ouvrier :</i>	Droit ouvrier
éd. :	édition(s)
esp. :	espèce
ex. :	exemple
Fasc. :	Fascicule
<i>Gaz. Pal. :</i>	Gazette du Palais
<i>ibid. :</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in :</i>	dans
<i>infra :</i>	ci-dessous
<i>JCP E :</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
<i>JCP G :</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Générale
<i>JCP N :</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Notariale
<i>JCP S :</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Social
<i>JDI :</i>	Journal de droit international
JORF :	Journal Officiel de la République Française
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Loyers et copr. :</i>	Revue Loyers et copropriétés
<i>LPA :</i>	Les Petites affiches
not. :	notamment
obs. :	observations
<i>op. cit. :</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
p. :	page
préc. :	précité
préf. :	préface
PUAM :	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses Universitaires de France
Rappr. :	rapprocher
<i>RCA :</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>RDA :</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDC :</i>	Revue des contrats
<i>RDI :</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDP :</i>	Revue du droit public
<i>RDT :</i>	Revue du droit du travail
rééd. :	réédition
<i>Rép. civ. :</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com. :</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rev. sociétés :</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA :</i>	Revue française de droit administratif
<i>RJ com. :</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDC :</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RLDA :</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RRJ :</i>	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
<i>RTD civ. :</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com. :</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

S. :	Recueil Sirey
s. :	suivants
spéc :	spécialement
<i>supra</i> :	ci-dessus
t. :	tome
T. com :	Tribunal de commerce
TGI :	Tribunal de grande instance
th. :	thèse
trad. :	traduction
V° :	<i>verbo</i> (mot)
V. :	voir
vol. :	volume

RÈGLES DE CITATION

Dans une citation, les termes en italiques sont ceux soulignés par l'auteur dans le texte (auquel cas il est mentionné « souligné par l'auteur »). Par exception, si nous mettons un terme en italiques, alors qu'il ne l'était pas dans le texte d'origine, il est précisé « nous soulignons ».

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE L'EXISTENCE DE DROITS FINALISÉS

Titre I. L'identification d'un phénomène de finalisation des droits

- Chapitre 1. Les manifestations dans les dispositions textuelles
- Chapitre 2. Les manifestations dans le contentieux contractuel

Titre II. L'identité des droits finalisés

- Chapitre 1. La caractérisation négative
- Chapitre 2. La caractérisation positive

SECONDE PARTIE L'INFLUENCE DE LA FINALISATION DES DROITS

Titre I. L'influence sur l'action du contractant : la rationalisation des décisions

- Chapitre 1. Les moyens de la rationalisation des décisions
- Chapitre 2. Les fonctions de la rationalisation des décisions

Titre II. L'influence sur l'équilibre du contrat : le rééquilibrage des pouvoirs

- Chapitre 1. La finalisation dans la réglementation des contrats inégalitaires
- Chapitre 2. La finalisation dans l'appréciation des clauses contractuelles

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« Le motif seul fait le mérite des actions des hommes, et le désintéressement y met la perfection »¹.

1. La fin du XIX^e et le début du XX^e siècles ont été marqués par la reconnaissance de prérogatives nouvelles au profit des contractants en droit français. Durant cette période, la tendance générale à la promotion des droits individuels a conduit à la profusion de droits subjectifs². Ce mouvement pourrait suggérer une augmentation de la liberté et de l'autonomie reconnue aux contractants.

2. Pourtant, la montée des prérogatives individuelles s'est également accompagnée d'un développement de mécanismes de contrôle³. La seconde moitié du XX^e siècle marque une rupture, en ce sens, avec l'essor des législations spéciales⁴. Le droit commun s'étant révélé insuffisant à assurer une protection efficace à certains contractants, des dispositions particulières ont été adoptées à cette fin⁵. Celles-ci ont principalement consisté à limiter l'exercice des droits, notamment de rupture, pour certains motifs particuliers. La restriction des raisons d'agir permet d'éviter que le contrat ne devienne un lieu d'asservissement du contractant. Dans la sphère contractuelle, comme ailleurs, le titulaire d'un pouvoir est enclin à en abuser⁶. La volonté unilatérale du contractant se trouve donc de plus en plus souvent encadrée et contrôlée⁷.

¹ J. DE LA BRUYERE, *Les caractères, Du mérite personnel*, 41, t. IV.

² Relevant le « pullulement des droits subjectifs », J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 124.

³ En ce sens, évoquant un « développement croissant de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges », P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 72. Dans le même sens, G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTD civ. 1966, p. 216 et s., spéc. p. 222.

⁴ Rappr. de manière plus générale, G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », LPA 14 sept. 2005, n° 183, p. 3 et s. : « L'histoire du droit des contrats postérieure à 1804 est en effet celle du développement pour ne pas dire du pullulement des droits spéciaux, au détriment du droit commun, et, parallèlement, du très net recul du rôle joué par le Code civil dans la réglementation des contrats spéciaux au profit de sources très diverses mais qui ont toutes en commun de se situer hors le Code ».

⁵ V. not. E. S. DE LA MARNIERRE, « Les législations de protection », D. 1950, p. 93 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 et s., spéc. n° 2.

⁶ Rappr. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1976, n° 358, p. 169 ; Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 31 et s., spéc. n° 19, p. 45.

⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 et s., spéc. n° 23 : « [...] la recherche et le respect de la volonté n'apparaissent plus comme une priorité

3. Ce mouvement majeur n'a pas encore fait l'objet d'une étude à part entière. Pourtant, la question de la justification de l'exercice des droits constitue un objet stimulant pour mieux comprendre les grandes tendances de l'évolution du droit des contrats ces dernières années. La transformation des prérogatives juridiques participe aux mutations des rapports de pouvoir au sein des contrats de droit privé⁸. Le principal enjeu attaché à la thèse réside dans l'analyse de la transformation du droit des contrats qui se caractérise par l'accroissement de l'exigence de justification dans l'exercice d'un droit. Les droits finalisés feront l'objet de la présente thèse afin d'éclairer ce phénomène.

4. Les droits finalisés dans le contrat, issus du développement de l'exigence de justification, puisent leur origine dans un mouvement combiné d'accroissement des pouvoirs reconnus aux contractants ainsi que des limites encadrant leur mise en œuvre (I). L'intérêt de l'étude est d'analyser ces prérogatives particulières dont l'essor constitue une tendance forte et pourtant inexplorée en droit privé (II). La démarche entreprise consiste à élaborer une catégorie de prérogatives juridiques afin de révéler le phénomène de finalisation des droits et d'en comprendre les implications (III).

I- La genèse de l'étude : le développement de pouvoirs et de contraintes

5. L'élargissement des pouvoirs ainsi que des contraintes pesant sur leur exercice est une tendance ancienne analysée par la doctrine sous l'angle de l'émergence et de l'encadrement corrélatif des droits (A). En droit positif, la justification de l'usage des droits est devenue un enjeu majeur des relations contractuelles nécessitant une étude à part entière (B).

A- La justification, une tendance ancienne analysée par la doctrine

6. Les prémisses historiques de la justification. – Contrairement à une idée répandue, l'admission d'un droit s'accompagne le plus souvent d'une restriction. Depuis

absolue dans le régime du contrat, mais comme une quête subordonnée au respect de valeurs objectives supérieures ».

⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

l'époque romaine, la reconnaissance des droits s'affirme par des principes et adages généraux qui se trouvent nuancés dans leur mise en œuvre. La justification n'est donc pas un phénomène nouveau en droit. Puisant ses racines dans le droit romain, la règle *neminem laedit qui suo jure utitur*⁹ a longtemps été sollicitée pour justifier l'irresponsabilité du titulaire du droit et ainsi s'opposer à ce que l'exercice nuisible d'une prérogative fasse l'objet d'une sanction judiciaire¹⁰. La règle se trouvait d'ailleurs parfois exprimée dans la jurisprudence du XIX^e siècle¹¹. De la sorte, les droits étaient perçus comme absolus et les raisons ayant poussé leur titulaire à les exercer comme indifférentes¹². Dans cette perspective, le droit subjectif se conçoit essentiellement comme une puissance de la volonté reconnue à l'individu afin qu'il puisse en jouir le plus librement possible¹³. Les adages *malitiis non est indulgendum*¹⁴ et *summum jus summa injuria*¹⁵ semblaient pourtant mobilisables afin de tempérer le libre usage des droits. S'appuyant sur les textes du *Digeste*, Colin et Capitant relevaient en ce sens que les jurisconsultes romains n'excluaient pas que l'exercice du droit de propriété puisse devenir fautif¹⁶. Selon ces auteurs, la règle *Neminem laedit*... devait ainsi être comprise : « Celui qui exerce son droit avec prudence et attention n'est pas responsable du dommage qu'il peut causer à autrui »¹⁷. C'était donc suggérer,

⁹ Celui qui use de son droit ne lèse personne.

¹⁰ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 57, p. 86 : « Le principe demeure que l'exercice d'un droit est légitime même s'il cause à autrui un dommage (*neminem laedit qui suo jure utitur*). Mais la jurisprudence a très tôt limité le libre usage des droits [...] ».

¹¹ Par ex. Cass., civ., 5 févr. 1872, *Chemins de fer de Lyon c. Falcoz* : DP 1873, I, 63 : « nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit ».

¹² En ce sens, L. JOSSERAND, « Relativité et abus des droits », in *Évolutions et actualités, Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 71 et s., spéc. p. 72 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, Du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 83 et s., spéc. p. 86.

¹³ Rappr. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 148 : « Politiquement porteuse, la défense des droits individuels est d'ailleurs un thème exploité, qui pousse le législateur et le juge à la reconnaissance incessante de nouvelles catégories de droits et à leur garantie plus ou moins effective ».

¹⁴ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2014, V° « *Malitiis non est indulgendum* » (Pas d'indulgence pour les malhonnêtes), p. 209.

¹⁵ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2014, V° « *Summum jus, summa injuria* » (Comble du droit, comble de l'injustice), p. 353. V. égal. sur cet adage, D. MAINGUY, « Premiers regards sur l'abus de droit dans les contrats », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 1 et s.

¹⁶ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7^e éd., Dalloz, 1932, n° 195, p. 186 : « [...] dans le fragment 16 D. *de damno infecto*, Ulpian suppose qu'un propriétaire, en creusant un puits, coupe les veines de la source du voisin. Le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage, nous dit ce jurisconsulte ; mais, ajoute-t-il, il serait tenu, s'il avait creusé si profondément qu'il eût fait écrouler le mur du voisin ». Comp. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 57, p. 86, note de bas de page n° 331, p. 85.

¹⁷ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7^e éd., Dalloz, 1932, n° 195, p. 186.

contrairement à la célèbre critique formulée par Planiol¹⁸, que l'usage d'un droit peut être abusif et engager la responsabilité de son auteur¹⁹. La réception progressive de la théorie de l'abus des droits a conduit à une relativisation de la portée de l'effet justificatif attaché à la titularité d'un droit²⁰. Par exemple, la jurisprudence condamne classiquement l'abus du droit de propriété lorsque celui-ci est exercé dans l'intention de nuire ou encore sans utilité particulière pour le propriétaire²¹. Il est devenu incontestable que « l'idée d'un contrôle sur l'exercice des droits individuels est au nombre des "standards" fondamentaux du Droit privé »²². Face à la consécration constante de droits subjectifs et aux conflits susceptibles d'en découler²³, le recours à la technique de l'abus de droit est progressivement devenu systématique. La subjectivisation du droit, résultat de la prolifération des droits subjectifs, s'est donc naturellement accompagnée d'une prise en compte accrue des excès et abus auxquels pouvait aboutir l'exercice des droits²⁴. L'accroissement du domaine de l'abus de droit n'a pas conduit au rejet de toute tendance

¹⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 9^e éd., 1923, n° 871, p. 287 : « [...] le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ».

¹⁹ Sur l'abus de droit envisagé comme violation des limites internes des droits subjectifs, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, t. 2, *Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 621, p. 467. V. égal. parmi une littérature abondante, H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365 ; J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 20 août 1981, p. 379 ; L. JOSSERAND, *De l'abus des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939 ; L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* juin 2015, V° « Abus de droit ».

²⁰ Sur les origines de l'abus de droit en droit français, P. ANCEL et Cl. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e siècle », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51 et s.

²¹ Cass. req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément Bayard* : DP 1917, 1, 79 – Cass. 3^e civ., 30 oct. 1972, n° 71-13.473 : *Bull. civ.* III, n° 576 – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2001, n° 00-15.300 : *Bull. civ.* III, n° 160 ; *RDI* 2002, p. 140, obs. BRUSCHI. V. égal. G. MORIN, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 3 et s., spéc. p. 6.

²² G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, préf. de A. AMIAUD, La mémoire du droit, 2010 (réimpr. de l'éd. de 1951), p. 153.

²³ Sur de tels conflits, F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 27^e éd., Dalloz, 2021, n° 7, p. 3 : « L'élargissement démesuré des prérogatives multiplie les antagonismes, développe exagérément l'interdépendance des sphères individuelles et asphyxie finalement la société globale » ; Ch. ATIAS, « Le droit de nuire », *D.* 1997, p. 385 et s., spéc. n° 6 : « [...] les droits subjectifs ont été multipliés, superposés, enchevêtrés, sans qu'aucun instrument d'harmonisation n'ait été imaginé, voire éprouvé ».

²⁴ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, p. 85 : « À peine de rendre impitoyable les droits et inhumaine la société, les pouvoirs des individus sont limités. Une théorie jurisprudentielle bride leur absolutisme ». V. égal. sur la sanction de l'excès en droit civil, D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005.

individualiste²⁵. Loin de se tarir, ce mouvement de subjectivation du droit se poursuit et se nourrit aujourd'hui très largement de la reconnaissance de droits fondamentaux²⁶.

7. Réflexions doctrinales sur la nature des droits. – Cette tendance à la reconnaissance simultanée de pouvoirs et de contraintes est analysée par la doctrine sous l'angle de la finalisation ou encore de la fonctionnalisation des droits. Au cours du XX^e siècle, certains auteurs ont pu faire état d'une conception finaliste ou fonctionnelle de l'abus des droits²⁷ ou de tel droit en particulier²⁸. Le terme « droit finalisé » n'apparaît pourtant pas expressément. Historiquement, l'expression « droits-fonction » a, semble-t-il, été la première à être employée pour désigner les prérogatives dont les finalités d'exercice n'étaient pas laissées à l'entière discrétion de leur titulaire. Ce sont surtout les théories de l'abus de droit, et plus particulièrement celle de Josserand²⁹, qui ont fait appel à une telle catégorie, par opposition à celle des droits dits discrétionnaires³⁰. L'expression de « droits-fonction » a progressivement cessé d'être utilisée en lien avec une certaine conception de l'abus des droits pour commencer à désigner une catégorie particulière de prérogatives, distincte de celle des droits subjectifs entendue strictement³¹. Cette idée de fonction sociale, assignée à l'exercice d'une prérogative, se trouve encore parfois exprimée en doctrine à

²⁵ En ce sens, G. MORIN, *La révolte du droit contre le code, La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, 1945, p. 104.

²⁶ Sur la « logique individualiste du droit européen », G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* 14 sept. 2005, n° 183, p. 3 et s. *Adde*, évoquant l'existence d'un « culte des droits subjectifs », N. BLANC, « Rapport français. Droits subjectifs et de la responsabilité civile : une histoire sans fin », in *Les notions fondamentales de droit civil, Regards croisés franco-japonais*, LGDJ, 2014, spéc. p. 202-203. V. de manière plus nuancée, Ch. JAMIN, « Notations sur un solidarisme contractuel », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 443 et s. : « [...] [les droits fondamentaux] sont des couteaux suisses qui peuvent favoriser l'autonomie individuelle et le volontarisme les plus débridés tout autant qu'un rééquilibrage des relations contractuelles ».

²⁷ V. not. sur une telle conception finaliste de l'abus de droit, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, rééd., Dalloz, 2006, n° 294, p. 399 ; A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, p. 496 ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, art. préc., spéc. p. 232.

²⁸ Rapp. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 170, p. 302 : « Pour certains droits dont l'aspect fonctionnel est particulièrement accusé, le législateur en a organisé spécialement la limitation et le contrôle [...] ».

²⁹ V. par ex., L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préf. de D. DEROUSSIN, rééd., Dalloz, 2006, n° 292, p. 395.

³⁰ En ce sens, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 11 et 12, p. 7-8 ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 10, p. 13.

³¹ V. par ex. A. KARIMI, art. préc., spéc. n° 12, p. 590 : « En fait, les droits-fonction sont sanctionnés par “la notion d'intérêt” sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la théorie de l'abus de droit ». V. égal. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 3, p. 10 : « [...] c'est bien sous le vocable de “droit-fonctions” que l'unité de la matière a parfois été soulignée ».

travers la référence au concept de « bien commun »³². Si quelques auteurs considèrent que toutes les prérogatives du sujet se trouvent soumises à une telle exigence³³, d'autres estiment en revanche que seules certaines d'entre elles sont effectivement concernées par celle-ci³⁴.

8. La détermination de la nature des droits fait régulièrement l'objet de travaux doctrinaux³⁵. En effet, le développement progressif des prérogatives juridiques commande de renouveler les efforts de conceptualisation. À ce titre, il a notamment été proposé d'opposer les « droits à esprit égoïste » aux « droits à esprit altruiste »³⁶, les « droits subjectifs » aux « pouvoirs »³⁷, les « droits discrétionnaires » aux « droits contrôlés »³⁸, les « droits absolus » aux « droits relatifs »³⁹, les « droits subjectifs » aux « libertés civiles »⁴⁰, etc. Couramment, de nouvelles classifications des droits subjectifs privés font l'objet de propositions doctrinales⁴¹. Au fil du temps, certains types de prérogatives apparaissent tandis que d'autres disparaissent ou voient leur domaine se réduire⁴². La matière contractuelle n'échappe pas à un tel phénomène.

³² Par exemple, à propos du pouvoir de l'autorité publique, A. ROSS, « Sur les concepts état et organes d'état en droit constitutionnel », in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. par É. MILLARD et E. MATZNER, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 167 et s., spéc. n° 3, p. 172.

³³ J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 651, p. 499 : « Les droits subjectifs comptent parmi les moyens tendant à atteindre le bien commun ; leur exercice cesse d'être justifié lorsqu'il a lieu à l'encontre de ce but ». V. déjà en ce sens, G. MICHAELIDES-NOUAROS, art. préc., spéc. p. 235.

³⁴ Estimant que les prérogatives contractuelles se trouvent soumises au bien commun, P. LOKIEC, *op. cit.*, n° 261.

³⁵ V. par ex. *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. IX, p. 97 et s.

³⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. de 2008, p. 217 et s. V. déjà, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939, rééd. de 2006, n° 305, p. 415. L'auteur envisage une classification des droits subjectifs selon leur esprit en distinguant trois catégories : les droits non causés ; les droits à esprit égoïste ; les droits à esprit altruiste. Comp. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 32, p. 29.

³⁷ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 21 et s., p. 22 et s. V. égal. P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 114.

³⁸ A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s.

³⁹ Par exemple sur cette distinction, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd., La Mémoire du Droit, 2001, p. 405-443. Estimant qu'il s'agit de l'« une des divisions les plus importantes des droits », l'auteur relève notamment que « le droit absolu, c'est le droit à contenu fort ; le droit relatif, le droit à contenu faible » (*ibid.*, p. 405). Il est à noter que, selon les époques et les auteurs, la distinction entre droits absolus et relatifs se rapproche tantôt de celle réalisée entre droits réels et droits personnels, tantôt de celle entre droits discrétionnaires et droits contrôlés.

⁴⁰ V. par ex. P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 77.

⁴¹ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s.

⁴² V. par ex. sur le constat du recul des droits discrétionnaires, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 2, p. 2 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92 et s. *Contra*, L. JOSSERAND, *De l'esprit des*

B- La justification, enjeu majeur des relations contractuelles en droit positif

9. Contrat et unilatéralisme. – L'une des principales mutations affectant la relation contractuelle ces dernières années réside dans le développement de l'unilatéralisme dans la sphère contractuelle⁴³. Si l'existence de procédés unilatéraux dans les rapports contractuels a été identifiée dès le début du XX^e siècle par une partie de la doctrine⁴⁴, la diversification et l'intensification du phénomène sont aujourd'hui sans précédent. La montée de l'unilatéralisme se manifeste concrètement par la reconnaissance de pouvoirs unilatéraux au bénéfice des contractants⁴⁵. La réforme de 2016-2018 s'inscrit largement dans cette tendance en consacrant de nombreux pouvoirs unilatéraux au sein des nouvelles dispositions du Code civil⁴⁶. Ce mouvement s'explique notamment au regard de considérations économiques. Selon le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, plusieurs prérogatives unilatérales ont été ainsi reconnues aux contractants dans une « perspective d'efficacité économique »⁴⁷. L'analyse économique du droit pourrait donc fournir des outils d'interprétation des changements à l'œuvre bien que « la proclamation d'une volonté d'efficacité économique ou de compétitivité n'engage pas le fond de l'analyse »⁴⁸.

Les contrats spéciaux sont davantage accoutumés à la reconnaissance de prérogatives unilatérales. Le contrat de travail en constitue un exemple topique. L'employeur y est investi d'une pluralité de pouvoirs au titre desquels figure notamment le

droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, préf. de D. DEROUSSIN, rééd., Dalloz, 2006, n° 307, p. 417.

⁴³ V. not. parmi une littérature abondante, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999 ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. de S. CHASSAGNARD-PINET, Mare & Martin, 2014, ; S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452 ; M. CASSIEDE, *Les pouvoirs unilatéraux, Étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018 ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.

⁴⁴ V. par ex. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245 et s.

⁴⁵ D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 505 et s., spéc. n° 3, p. 506.

⁴⁶ V. *Dossier*, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018, p. 502 et s.

⁴⁷ V. 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 des obligations et de la preuve. V. égal., F. ROUVIERE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in *Dossier, Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 600 et s., spéc. n° 2. V. en ce sens antérieurement à la réforme, P. ANCEL « Le juge et l'inexécution du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 103 et s., spéc. n° 1, p. 104.

⁴⁸ F. ROUVIERE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in *Dossier, Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 600 et s., spéc. n° 2.

pouvoir disciplinaire dont celui-ci peut user à l'égard du salarié⁴⁹. Présentes aussi bien en droit commun des contrats que dans les contrats spéciaux, les prérogatives unilatérales attestent ainsi de l'existence de véritables pouvoirs décisionnels⁵⁰ dans l'ordre contractuel. De façon générale, le contrat s'affirme de plus en plus comme un « lieu de pouvoir »⁵¹.

10. Inégalité des contractants et déclin de l'autonomie de la volonté. – L'instauration, notamment par des législations spéciales, de mécanismes de défense des intérêts de certaines catégories de contractants traduit une remise en cause des axiomes sur lesquels repose l'autonomie de la volonté : la liberté et l'égalité des parties au contrat⁵². Plusieurs auteurs considèrent ainsi que l'essor de l'unilatéralisme traduit la substitution d'un postulat d'inégalité des contractants à l'égalité formelle sur laquelle s'appuie largement le Code civil de 1804⁵³. Conçus comme horizontaux, les rapports contractuels de droit privé connaissent une forme de verticalisation. Au-delà du contrat de travail, caractérisé par l'existence d'un lien de subordination juridique, des relations de pouvoir se nouent également au sein d'autres contrats⁵⁴. La réforme du droit des contrats consacre ce changement de paradigme. En témoigne la reconnaissance de la figure du contrat d'adhésion dans le Code civil ainsi que l'instauration d'un corpus de règles attaché à cette qualification⁵⁵. Défini par l'article 1110 comme un contrat comportant un ensemble de clauses non négociables et déterminées à l'avance par l'une des parties, le contrat

⁴⁹ G. LOISEAU, « Le pouvoir normatif de l'employeur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 231 et s.

⁵⁰ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 1254, p. 797 : « [...] l'unilatéralisme s'installe dans la sphère du contrat sous les traits de prérogatives qualifiées tantôt de pouvoirs, tantôt de droits potestatifs ».

⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e s.*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 329. V. égal. A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 170.

⁵² Rappr. J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 43 ; O. TOURNAFOND, « Les deux métamorphoses du droit français », observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 619 et s., spéc. n° 6, p. 622 ; M. FABRE-MAGNAN, « Introduction », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 3.

⁵³ Voir notamment en ce sens, Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 460 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. n° 9, p. 610 ; P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s. ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle.*, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. n° 2, p. 178.

⁵⁴ En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 157 et s., spéc. p. 167.

⁵⁵ Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 et s.

d'adhésion constitue, pour reprendre une formule de M. Revet, « l'archétype des contrats structurellement déséquilibrés »⁵⁶. L'introduction dans le Code civil d'un mécanisme de lutte contre les clauses abusives⁵⁷ atteste également de la prise en compte de l'inégalité existant entre certains contractants et de l'objectif de protection de la partie « faible » au nom d'une certaine conception de la justice. L'existence de rapports contractuels déséquilibrés s'en trouve par là même reconnue jusque dans le droit commun des contrats.

11. Conception du contrat et conception des droits. – La nécessité pour une partie de prendre en considération l'intérêt de l'autre partie traduit une certaine remise en cause du postulat libéral sur lequel reposait largement la conception du contrat de droit privé⁵⁸. Le contrat accorde désormais une place plus grande que par le passé à la dimension relationnelle qui se noue entre les parties⁵⁹. Cette protection des intérêts du partenaire va en réalité de pair avec l'inscription de la relation contractuelle dans la durée⁶⁰. La prise en compte de cette dimension temporelle marque une prise de distance avec le modèle du contrat instantané que constitue la vente⁶¹, bien que la réforme du droit des contrats reste solidement attachée à une conception libérale du contrat⁶². Émerge ainsi depuis plusieurs années la figure du contrat-coopération, plus propice que le contrat-échange à la reconnaissance de pouvoirs unilatéraux dans le contrat⁶³.

⁵⁶ Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217 et s.

⁵⁷ Article 1171, alinéa 1, du Code civil : « 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 ».

⁵⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, art. préc., spéc. n° 24 et s. V. sur la reconnaissance d'une telle obligation de prendre en compte l'intérêt du contractant par la réforme du droit des contrats, Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 et s., spéc. n° 13, p. 426.

⁵⁹ V. not. sur la question, C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. de M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

⁶⁰ V. C. COULON, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 29 et s., n° 12, spéc. p. 37.

⁶¹ Sur l'absence de prise en compte de l'élément temporel et l'influence du contrat de vente sur les dispositions applicables aux contrats, M. FABRE-MAGNAN, « Introduction », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 3. V. égal. D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », in *Débats, Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, *RDC* 2006, p. 615 et s., spéc. n° 5, p. 618.

⁶² Sur ce point, L.-F. PIGNARRE, « La codification des principes constitutionnels dans le Code civil », in *Dossier, Constituant et contrat*, *RDC* 2018, p. 648 et s., spéc. p. 649.

⁶³ En ce sens, S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de Cl. BRENNER, Economica, 2012, n° 466, p. 378. Rapp. à propos de ce que l'auteur qualifie de « contrats de sujétion », Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 159 et s., spéc. n° 8, p. 165.

L'opportunité et l'intensité de l'encadrement de l'action des contractants relèvent *a priori* d'une certaine conception du contrat ainsi que des moyens les plus adaptés pour réaliser la finalité qui lui est attribuée. Au regard de la forte relativisation des prérogatives qu'elle induit, l'exigence de justification exercerait donc une influence sur la conception du contrat⁶⁴. Alors que des droits absolus ou faiblement relatifs iraient de pair avec l'individualisme juridique⁶⁵, les droits dont les motifs d'exercice sont contrôlés s'accorderaient davantage avec une vision solidariste du contrat⁶⁶. Le subjectivisme renvoie ainsi à une conception plutôt volontariste du contrat⁶⁷. En ce sens, « le volontarisme reconnaît à la décision humaine la qualité de véhicule premier de l'intention de son auteur et l'érige, par suite, en instrument majeur dans la réalisation des intérêts particuliers. Le régime du contrat est largement envisagé sur cette base »⁶⁸. La théorie de l'autonomie de la volonté se présente ainsi comme étant peu propice à l'émergence d'entraves à l'action individuelle des contractants⁶⁹. À l'inverse, l'hypothèse de la finalisation des droits contredit l'idée suivant laquelle la volonté du titulaire du droit constituerait la seule mesure de son exercice.

⁶⁴ V. notamment sur les différentes conceptions du contrat, M. NICOD, « Avant-propos », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, spéc. p. VI. V. également sur le « volontarisme social », J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 743 et s., spéc. p. 744. Plus récemment, D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2020.

⁶⁵ Rappr. R. MASPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. 9, p. 71 et s., spéc. p. 71 : « Le droit subjectif constitue la traduction la plus développée et la plus exigeante de l'individualisme juridique » ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. de J.-Ph. LEVY, PUF, 1980, p. 9-10 : « Dans la pensée juridique, l'autonomie de la volonté [...] signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs [...]. Elle est la pièce maîtresse de la philosophie du droit qui a dominé le XIX^e siècle : celle de l'individualisme juridique ».

⁶⁶ Rappr. D. MAZEAUD, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », note sous Cass. com., 2 juill. 2002, *D.* 2003, p. 93 et s., spéc. n° 3 : « [...] l'obligation de motivation occupe une place de choix et constitue l'un des chevaux de bataille de la doctrine solidariste ». Comp. D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, public. électron. www.daniel-mainguy.fr, Montpellier, 2016, n° 139, p. 115.

⁶⁷ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. 9, p. 83 et s., spéc. p. 89 : « Sans doute il n'est pas niable que la liberté des contrats, qui donne aux particuliers une autonomie assez grande, constitue un régime subjectiviste ; c'est même la position la plus avancée du subjectivisme ».

⁶⁸ Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 17, p. 91.

⁶⁹ V. par ex. J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 743 et s., spéc. p. 743 : « C'est dans cette conception libérale et individualiste du contrat que l'importance de la volonté des contractants est exacerbée. Usant de son libre arbitre, l'homme qui s'oblige par convention est le seul juge de ce qui est juste et utile pour lui ».

12. Sanction de l'abus en droit des contrats⁷⁰. – En droit des contrats, l'évolution des droits reconnus aux contractants a été marquée par leur diversification ainsi qu'un accroissement des pouvoirs qu'ils contiennent. Face à l'affirmation d'un pouvoir unilatéral dans un cadre naturellement bilatéral ainsi qu'aux conflits potentiels de droits⁷¹, la nécessité de développer des mécanismes de limitation et de contrôle a été ressentie⁷². La technique de l'abus des droits, dont les principales manifestations en matière contractuelle peuvent être rattachées au concept de déloyauté, permet de sanctionner l'usage abusif d'une prérogative juridique par un contractant. Le devoir de loyauté offre ainsi au juge la possibilité de réaliser un contrôle de l'usage des droits que le contractant tire du contrat⁷³. Sur le fondement de l'exigence de bonne foi, le juge est donc fondé à contrôler l'usage déloyal des prérogatives contractuelles à condition qu'il n'en résulte aucune atteinte à la substance des droits et obligations des parties⁷⁴. Si le contrôle de l'abus des droits est le plus souvent centré sur les circonstances dans lesquelles le droit a été exercé⁷⁵, il débouche également parfois sur une prise en compte des motifs du titulaire du droit⁷⁶. Longtemps

⁷⁰ V. not. J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 379 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. Bout, LGDJ, 2000 ; *Dossier*, « L'abus de droit dans les contrats », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6 ; *Dossier*, « L'abus dans le droit des affaires », *Dr. et patr.* juin 2000, n° 83, p. 30 et s. ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19.

⁷¹ Rapp. M. LATINA, « Contrat », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 267 et s., spéc. p. 267 : « Dans la pureté des principes, la volonté, d'essence unilatérale, ne devrait plus pouvoir s'exprimer une fois le contrat formé. Chacun sait, pourtant, que les droits potestatifs ont eu tendance à se développer dans les contrats et qu'ils permettent la survie de la volonté, au-delà de la conclusion du contrat ».

⁷² De manière générale, Ch. ATIAS, « Le droit de nuire », *D.* 1997, p. 385, spéc. n° 7 : « Le raisonnement juridique commence, non pas avec la reconnaissance de droits, mais avec la recherche de règles de conflits, de techniques d'articulation, d'harmonisation ».

⁷³ Pour une distinction entre la « loyauté du contractant » et la « loyauté contractuelle », Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec/Dalloz, 2011, p. 121 et s., spéc. n° 6, p. 123. Comp. J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 116 : « En réalité, la bonne foi du contractant est, dans la plupart des cas, indissociable de la bonne foi contractuelle ».

⁷⁴ Cass. com., 10 juill. 2007, 06-14.768 : *D.* 2007, p. 1955, note X. DELPECH, *ibid.* p. 2839, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.* p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. AYNES, *ibid.* p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2007, n° 294, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES. V. égal. O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 726. Plus récemment, sur la catégorie des prérogatives contractuelles, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 1312 ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.

⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.654 : *Defrénois* 1995, p. 749, obs. Ph. DELEBECQUE – Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-12.282 : *D.* 2007, p. 1592, obs. CHEVRIER ; *CCC* 2007, n° 202, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁷⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 345, p. 158 : « [...] l'abus tenant aux motifs de la rupture et qui risque insidieusement d'altérer le principe même de la liberté de rompre, n'est admis qu'avec une grande parcimonie ». Comp. L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* Juin 2015, V° « Abus de droit », spéc. n° 27 : « C'est l'absence de motif légitime qui rend abusif, donc fautif, l'exercice du droit ».

éludée⁷⁷, la question des motifs de l'action du contractant occupe désormais une place importante en droit des contrats. L'accroissement des droits accordés aux contractants ainsi que l'intensification des pouvoirs qu'ils exercent ont poussé le législateur à développer un ensemble de correctifs afin que leur reconnaissance ne puisse conduire à la domination du cocontractant. Parmi ces outils de contrôle figure notamment l'obligation de motivation⁷⁸.

13. Même si les droits finalisés n'ont pas encore fait l'objet d'une étude à part entière, ils rejoignent l'ensemble de ces courants structurants de l'analyse du droit des contrats : l'unilatéralisme, la motivation et la justification. En tout état de cause, la multiplication des prérogatives juridiques et leur grande hétérogénéité constituent une source de désordre du droit positif⁷⁹. La consécration de pouvoirs unilatéraux toujours plus nombreux et aux conditions d'exercice disparates rend difficile le dévoilement de la rationalité sous-jacente⁸⁰.

II- L'intérêt de l'étude : l'apport du concept de droits finalisés au droit des contrats

14. Développement de l'exigence de justification en droit privé des contrats. – La nécessité de disposer de justes motifs afin d'exercer un droit constitue une exigence qui se trouve partagée par de nombreux contractants. Le contractant se trouve donc parfois soumis à une exigence de justification. Il doit autrement dit disposer de raisons légitimes pour exercer la prérogative qui lui est reconnue. Cette situation se retrouve notamment en cas de licenciement d'un salarié⁸¹, de congédiement d'un locataire⁸², de révocation d'un mandat

⁷⁷ X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890 et s., spéc. n° 2 : « [...] derrière la forme, il y a le fond et l'on conçoit qu'il n'y a d'obligation de motiver qu'autant qu'il faille justifier de certains motifs. Se profile alors le thème bien connu de l'indifférence de notre droit des actes juridiques aux mobiles ou aux motifs ; d'où l'étrangeté, en droit civil, de l'étude de la motivation ».

⁷⁸ V. not. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 328 ; D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 2, p. 35.

⁷⁹ Sur le constat de l'hétérogénéité des droits subjectifs, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 59. Par ailleurs, sur la nécessité d'une plus grande précision terminologique, P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. IX, p. 83 et s.

⁸⁰ En ce sens, D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux », *RDC* 2018, p. 505 et s., spéc. n° 3, p. 506 ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514 et s., spéc. p. 518.

⁸¹ Article L. 1232-1, alinéa 2, du Code du travail.

⁸² Article 15-I de la loi n° 69-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

d'intérêt commun⁸³ ou encore de certains dirigeants sociaux⁸⁴. De la sorte, plusieurs dispositions spéciales assortissent l'usage d'un droit d'une exigence de justification. Ce sont ces prérogatives particulières qui forment la matière de l'étude. Leur présence est parfois moins nette dans certaines dispositions qui y font allusion de manière implicite. À ce titre, l'article 1193 du Code civil dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». La dernière partie du texte contient l'idée que le législateur a la possibilité d'instaurer un droit par lequel un contractant peut unilatéralement modifier ou rompre un contrat uniquement pour certaines causes particulières. Le texte suggère donc l'existence de prérogatives unilatérales de rupture ou de modification finalisées. Cette idée est également perceptible en jurisprudence en des termes analogues. En ce sens, il ressort notamment d'une décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 du Conseil constitutionnel qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de *préciser les causes* permettant une telle résiliation »⁸⁵. Ces prérogatives, qui ne peuvent être exercées que pour certaines causes particulières, sont présentes dans de nombreuses dispositions textuelles sans recevoir de dénomination particulière de la part du législateur⁸⁶. Une telle absence de qualification légale permet d'affirmer que l'idée, si elle ne fait pas figure d'inconnue du droit positif, se présente, suivant le mot de M. Mazeaud, sous les allures d'un « OJNI (objet juridique non identifié) »⁸⁷. Bien que l'idée de « droits finalisés » ne soit pas pleinement neuve⁸⁸, elle demeure encore latente. Cet aspect explique que ces prérogatives n'ont pas encore accédé au rang de concept juridique⁸⁹.

⁸³ Par ex. Cass. civ., 13 mai 1885 : *DP* 1885, I, 350.

⁸⁴ Par ex. article L. 223-25 du Code de commerce.

⁸⁵ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : *LPA* 1^{er} déc. 1999, note J.-É. SCHOETTL ; *JCP G* 2000, I, 261, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. Estimant que cette décision admet l'existence d'une obligation de motivation cantonnée à certains contrats, P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 407, p. 356.

⁸⁶ Sur la dénomination, P. LERAT, « Les fondements théoriques de la terminologie », in *La banque des mots, Revue semestrielle de terminologie française*, n° spécial, p. 51 et s., spéc. p. 59.

⁸⁷ D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481 et s., spéc. n° 1. L'auteur use du terme pour désigner la décision qu'il annote et qui, selon lui, constitue un « arrêt oublié ».

⁸⁸ Rapp. à propos des nouveaux pouvoirs unilatéraux, D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 505 et s., spéc. n° 3, p. 506 : « Ces "nouveaux" pouvoirs sont [...] rarement neufs. La chose est plus vieille que les mots [...] ».

⁸⁹ F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », in F. ROUVIERE (dir.), *Les concepts en droit : usages et identités, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 26, *RRJ* 2012/5, p. 2242 et s., spéc. n° 4, p. 2249 : « Le concept est de l'ordre de l'explicite et du dicible : il n'est pas tant qu'il n'est pas expressément formulé ».

15. Un objet non théorisé. – Le droit positif contient implicitement l'idée de droits finalisés lorsqu'il n'autorise un contractant à faire usage d'un droit que pour certains motifs particuliers. Le concept de droits finalisés traduit alors les situations dans lesquelles l'exercice d'un droit par un contractant est subordonné à une exigence de justification⁹⁰. Pourtant, le terme de « droits finalisés » demeure totalement absent des manuels de droit des obligations ainsi que des dictionnaires juridiques⁹¹. Bien que l'établissement de la paternité d'un concept constitue une entreprise pour le moins délicate⁹², il semble que l'expression de « droits finalisés » soit apparue pour la première fois sous la plume de Mme Fabre-Magnan⁹³. Dans un article consacré à l'obligation de motivation en droit des contrats, elle affirme que « l'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu. Elle révèle que *le droit est finalisé* : il ne peut être utilisé qu'en vue d'un certain objectif, et donc en vertu de certaines raisons dont il faut s'expliquer »⁹⁴. Si l'auteure estime que le caractère finalisé du droit constitue une conséquence de l'obligation de motivation, elle n'envisage toutefois pas les droits finalisés comme une catégorie autonome de prérogatives juridiques⁹⁵. Il n'en résultait donc pas de véritable conceptualisation des droits finalisés dans le contrat. Il existe par ailleurs quelques monographies portant sur certaines catégories de prérogatives juridiques et dans lesquelles leurs auteurs relèvent le caractère finalisé de

⁹⁰ Le thème de la justification constitue un thème encore peu abordé en droit privé. V. cependant, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris X, 2000.

⁹¹ Si l'entrée « droit finalisé » demeure encore inexistante, celle de « droit fonction », qui s'en rapproche dans une certaine mesure, figure néanmoins dans certains dictionnaires. V. égal. sur le constat de la rareté des références à la motivation dans les tables des matières des ouvrages de droit des obligations, R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation*, RLDC janv. 2012, n° 89, p. 91 et s., spéc. p. 91.

⁹² En ce sens, E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. de J.-L. AUBERT, LGDJ, n° 49, p. 45.

⁹³ De tels propos méritent toutefois d'être nuancés. En effet, dans sa thèse de doctorat portant sur *Le pouvoir en droit privé*, M. Gaillard évoquait déjà en 1985 l'expression de « droit finalisé » mais seulement pour écarter l'éventualité d'une telle prérogative. V. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 38, p. 34 : « Aussi nombreuses soient-elles, les limites qu'impose la loi au titulaire du droit n'en font jamais un droit finalisé ».

⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 20, p. 324 (nous soulignons). Antérieurement, quelques auteurs ont invoqué une « conception finaliste » de certains droits sans que l'expression « droit finalisé » ne soit utilisée explicitement. V. ainsi à propos du droit de direction de l'employeur, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956, n° 211, p. 232. L'auteur relève notamment une « conception "finaliste" du droit de direction du chef d'entreprise ».

⁹⁵ Pendant longtemps, les écrits consacrés à l'étude de la motivation des actes privés sont restés relativement rares. En ce sens, X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, Colloque Limoges 1998, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 73 : « La question de la motivation des actes juridiques, semble-t-il, n'a de fait jamais été abordée de front ; elle est traitée de manière incidente dans certaines thèses et articles ».

ces prérogatives mais sans que les « droits finalisés » ne soient appréhendés comme une catégorie autonome. Dans sa thèse portant sur *Le pouvoir en droit privé*, M. Gaillard, opposant strictement les pouvoirs aux droits subjectifs, définit le pouvoir comme la prérogative juridique devant être exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire⁹⁶. Il en résulte, toujours selon l'auteur, que les pouvoirs constituent nécessairement des prérogatives finalisées et, inversement, que les droits subjectifs ne peuvent jamais être finalisés⁹⁷. De cette conception, il en ressort que seuls les pouvoirs juridiques constitueraient des prérogatives finalisées. À suivre l'auteur, l'expression « droit finalisé » serait inexacte en raison du caractère antinomique des termes qui la composent. Ainsi, une étude des prérogatives finalisées ne se distinguerait pas d'une étude des pouvoirs puisqu'en définitive leurs domaines se confondent. Force est d'admettre que les références aux « droits finalisés » dans la théorie juridique sont donc relativement rares et éparses. Pire encore, après avoir employé pendant un temps l'expression pour qualifier certaines prérogatives, des auteurs se sont par la suite abstenus d'en faire usage. En ce sens, alors que la 1^{re} édition des *Grands arrêts de la propriété intellectuelle* s'ouvrait en 2003 sur la thématique des « Droits finalisés »⁹⁸, l'auteur lui substitue à partir de la seconde édition, et ce alors même que le contenu des décisions qui s'y trouvent commentées demeure identique, l'intitulé suivant : « *De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle* »⁹⁹. L'expression « droits finalisés » pénètre donc difficilement la doctrine, certainement en raison de l'existence d'expressions concurrentes telles que celles de « droit-fonction », « droit-altruiste », « pouvoir », etc.¹⁰⁰

16. Insuffisance des classifications préexistantes. – Les évolutions que le droit des contrats a connues, et plus particulièrement celles qui ont affecté la nature des prérogatives juridiques, ont conduit à une certaine obsolescence des classifications de droits proposées jusqu'alors en doctrine¹⁰¹. Le concept de « droits finalisés » permet donc de ranger, au sein

⁹⁶ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 20, p. 21.

⁹⁷ Comp. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s. spéc. n° 11, p. 7 : « Entre le droit subjectif pur et la fonction pure [...], il existe des droits qui ont un caractère à la fois subjectif et fonctionnel. L'homme les exerce dans son intérêt propre, mais en les exerçant il sert en même temps la collectivité, et son activité, tout en étant dirigée par fins personnelles, ne saurait faire abstraction de l'intérêt général auquel il doit, au contraire, savoir l'ordonner ».

⁹⁸ M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 1^{re} éd., Dalloz, 2003.

⁹⁹ M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Dalloz, 2015 et 3^e éd., Dalloz, 2019.

¹⁰⁰ Sur la concurrence entre théories, Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n° 386 et 387.

¹⁰¹ Rappr. J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Avant-propos », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. IX : « Les notions du droit sont les plus difficiles à cerner, à construire, comme le sont

d'une catégorie nouvelle, des prérogatives juridiques dont les catégories préexistantes ne rendent plus compte que de manière partielle¹⁰². La difficulté de qualifier des prérogatives au regard des catégories juridiques déjà existantes peut, en effet, témoigner de la nécessité d'une nouvelle catégorisation¹⁰³. Encore convient-il de s'assurer de l'incapacité de l'existant à englober le nouveau. À ce titre, la distinction habituellement opérée entre les droits subjectifs et les pouvoirs ne permet pas, lorsque celle-ci repose sur la nature de l'intérêt poursuivi, de saisir les prérogatives qui, bien que ne contraignant pas leur titulaire à prendre en considération l'intérêt d'autrui, ne peuvent toutefois être exercées qu'en vue de certains intérêts limitativement prévus¹⁰⁴. La distinction fondée sur un tel critère conduit à distinguer des prérogatives dont la nature ne diffère pas véritablement. En tant que concept, les « droits finalisés » forment un instrument de systématisation du droit positif et, plus particulièrement, de dévoilement de la rationalité à l'œuvre dans les transformations des institutions juridiques. En l'absence de renouvellement des constructions théoriques, la présentation du droit positif perdrait inévitablement en cohérence¹⁰⁵. L'évolution des données du droit révèle l'inévitable incomplétude des concepts juridiques. Ces derniers constituent un moyen de remettre en ordre un droit positif continuellement désordonné par la prolifération des normes¹⁰⁶. Cependant, toute évolution des règles ne requiert pas automatiquement une révision de l'appareil conceptuel du droit¹⁰⁷. L'impossibilité de

les relations complexes qu'elles entretiennent les unes avec les autres, mais aussi avec la réalité ; certaines sont usées par le temps et l'obsolescence [...] ».

¹⁰² V. de manière générale sur l'incomplétude des concepts existants au regard des évolutions du droit, J.-L. BERGEL, « Le processus des concepts émergents », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, Postfaces de J.-L. BERGEL et Th. BONNEAU, LGDJ, 2010, p. 439 et s., spéc. n° 7, p. 440.

¹⁰³ Par exemple, s'agissant de la justification de la catégorie des droits intellectuels, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, 161 : « [...] ces deux types de droits, ceux sur les créations intellectuelles et ceux relevant des éléments de la personnalité, se coulent mal dans les cadres de la *summa divisio* opposant les droits réels aux droits personnels ». V. également sur les défauts de la distinction entre droits réels et droits personnels, F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s. spéc. n° 5, p. 709. Comme pour les droits intellectuels, les droits finalisés font partie de ces prérogatives trouvant difficilement leur place au sein d'une distinction entre droits réels et droits personnels. L'objet de ces derniers n'est pas une chose ni une personne mais une situation juridique. La notion de droit potestatif permet de rendre compte de ces prérogatives ouvrant à leur titulaire la possibilité d'influencer unilatéralement une situation juridique.

¹⁰⁴ Comp. G. MICHAELIDES-NOUAROS, art. préc., spéc. p. 223 : « D'après la définition dominante, le droit subjectif est un pouvoir de volonté (ou une prérogative) reconnu à un particulier par l'ordre juridique pour la satisfaction d'un intérêt humain ».

¹⁰⁵ Rapp. J.-L. BERGEL, « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567 et s.

¹⁰⁶ V. L. CONSTANS, « Le droit positif comme désordre (Paradoxes sur la valeur instrumentale de la technique juridique) », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 35 et s., spéc. p. 35.

¹⁰⁷ J.-L. BERGEL, « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567 et s. Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 1 : « Les questions les plus contemporaines en appellent aux qualifications les plus classiques des juristes : la personne, le sujet de droit, les droits qu'elle ou il détient, leur effectif, le bien, la propriété, etc. ».

qualifier de nouvelles données du droit positif au regard des concepts préexistants traduit un besoin en concepts nouveaux. Aucun *numerus clausus* ne s'applique d'ailleurs par principe aux concepts¹⁰⁸.

17. La finalisation facilite aussi la reconnaissance de nouveaux pouvoirs unilatéraux aux contractants¹⁰⁹. Si la liberté invite indiscutablement le contractant à agir¹¹⁰, l'instauration de mécanismes de contrôle ne le pousse pas pour autant à un immobilisme qui serait nuisible à l'activité juridique¹¹¹. En effet, le contrôle de la justification légitime le pouvoir privé en exposant les raisons de son exercice¹¹². En assignant des bornes plus nettes au pouvoir, le phénomène de finalisation permet d'asseoir la reconnaissance de prérogatives unilatérales. Ainsi, la détermination d'une catégorie particulière de prérogatives accordées aux contractants de droit privé, en l'occurrence celle de « droits finalisés », fournit un outil d'analyse *de lege lata* des règles du droit positif qui leur sont applicables.

III- La démarche de l'étude : le choix du concept de droits finalisés dans le contrat

18. **La mise en système d'une tendance majeure du droit positif.** – La construction d'un concept de « droits finalisés » a pour objectif une présentation ordonnée du droit

¹⁰⁸ V. en ce sens, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 405, p. 329 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 43, p. 35.

¹⁰⁹ Rappr. J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 844 et s., spéc. p. 847 : « [...] ces pouvoirs [unilatéraux] ces pouvoirs n'ont plus été considérés comme illégitimes *ab initio*, mais leur définition ainsi que leur exercice se sont, eux, trouvés contrôlés ».

¹¹⁰ H. LECUYER, « L'optimiste », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 et s., spéc. p. 619 : « [Le droit] s'attache dès lors à libérer ses initiatives et ses actions. [...] La liberté est une provocation à l'action ». Rappr. L. AYNES, « Rapport de synthèse », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, hors-série n° 3, p. 88 et s. : « [...] l'unilatéralisme, sous réserve, naturellement, de l'abus que pourra sanctionner le juge, ne suscite plus la méfiance ».

¹¹¹ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 27^e éd., Dalloz, 2021, n° 7, p. 3 : « A-t-on besoin de la psychanalyse pour comprendre que l'interdit, loin d'être contraire à la liberté, en est constitutif ? ». Rappr. L. SFEZ, *La décision*, 3^e éd., PUF, 1994, p. 5 : « Si réellement à tout moment de l'action les décideurs devaient se souvenir du poids des déterminismes et des structures, leur élan vers l'action se trouverait brisé ».

¹¹² V. de la même manière à propos du recours à l'intérêt général en droit administratif, J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 135 et s., spéc. p. 150.

positif des contrats¹¹³. La nécessité d'élaborer la catégorie des droits finalisés tient à l'accroissement d'un type particulier de prérogatives – celles ne pouvant être exercées que pour certains motifs concrets – qui débordent les catégories et les classifications préexistantes¹¹⁴. Le caractère finalisé ou non d'un droit constitue un critère distinctif permettant d'expliquer l'hétérogénéité des conditions d'exercice des droits attribués aux contractants ainsi que la diversité de leur contrôle judiciaire. L'intérêt d'élaborer un concept doctrinal de « droits finalisés » réside principalement dans la construction d'un outil de connaissance et d'interprétation des transformations du droit positif des contrats. En effet, la loi et la jurisprudence ne se réfèrent pas explicitement à de telles prérogatives juridiques¹¹⁵. En dépit de ce constat, les « droits finalisés » constituent un concept émergent du droit des contrats¹¹⁶. D'un point de vue méthodologique, la compréhension de cette catégorie de droits contrôlés impose de la distinguer des catégories voisines¹¹⁷.

19. « Droits finalisés » et « droits-fonction ». – La préférence du terme droits finalisés par rapport à celui de droits-fonction s'explique par l'objectif de l'étude. La thèse a vocation à étudier les conditions de mise en œuvre des droits subjectifs et non à analyser la fonction sociale des règles de droit objectif. Or, le concept de droits-fonction est ambigu car il procède d'une certaine confusion entre la finalité de la règle de droit et sa mise en œuvre¹¹⁸. Il est peu pertinent de parler de « fonction sociale » à propos de l'exercice *concret*

¹¹³ Relevant la difficulté de rendre « objectivement » compte du droit positif, Ph. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 293 et s., spéc. p. 297 ; N. MOLFESSIS, « La perception commune du droit », in F. TERRE (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p. 63 et s., spéc. n° 20, p. 75.

¹¹⁴ Rappr. Th. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000/2, p. 489 et s., spéc. p. 502 : « Les difficultés sont grandes lorsque le même élément est susceptible de recevoir plusieurs qualifications, ou au contraire lorsqu'il est rebelle à toutes les catégories juridiques établies [...] ».

¹¹⁵ À notre connaissance, seule une décision d'une cour d'appel mentionne le terme « droit finalisé » (CA Versailles, 8 janv. 2009, n° 07/03029). La juridiction a jugé à cette occasion que « le droit des marques est un droit finalisé, conçu comme l'instrument d'une concurrence non faussée ». Les juges utilisent l'expression « droit finalisé » – d'ailleurs au singulier – moins pour viser un type de prérogative en particulier que pour caractériser un ensemble de règles relatif à une matière donnée, en l'occurrence le droit des marques.

¹¹⁶ Sur la notion de concept émergent, V.-L. BENABOU, « Le libre », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, Postfaces de J.-L. BERGEL et Th. BONNEAU, LGDJ, 2010, p. 57 et s., spéc. n° 1, p. 57.

¹¹⁷ Sur l'intégration des concepts au sein d'une « hiérarchie de catégories », J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 123.

¹¹⁸ Rappr. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 33, p. 30 : « [...] la conception finaliste des droits confond le but et le contenu de la règle de droit, l'ordre des fins et l'ordre des moyens » ; X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 81 : « Il n'existe pas de rupture pour motif d'intérêt général en droit privé. On a déjà critiqué les auteurs qui confondent l'objectif d'une législation et la finalité de l'exercice d'un droit par son titulaire ».

par des cocontractants de droit privé des prérogatives qu'ils tirent de la loi ou du contrat¹¹⁹. Même si le droit des contrats n'est pas imperméable à des considérations d'intérêt général¹²⁰, celles-ci ne figurent pas parmi les conditions d'exercice des droits reconnus aux contractants¹²¹. La seule antériorité de l'expression « droit-fonction » dans le discours doctrinal, par rapport à d'autres expressions concurrentes employées pour désigner des prérogatives pour lesquelles les motifs d'exercice peuvent être judiciairement contrôlés et sanctionnés, ne constitue pas non plus un élément décisif quant à son adoption. Enfin, s'agissant de l'encadrement des conditions d'exercice des prérogatives juridiques, les références à la fonction¹²² ont progressivement laissé place à la cause puis à la finalité. L'expression « droit-fonction » doit par conséquent être rejetée¹²³.

20. « Droits finalisés » et « droits causés ». – La préférence du terme droit finalisé par rapport à celui de droit causé s'explique car la notion de cause est considérée aujourd'hui comme équivoque. Le mot « cause » constitue, notamment en droit des contrats, une source inépuisable de disputes doctrinales et de confusions¹²⁴. La récente réforme du droit des

¹¹⁹ Rappr. A. KARIMI, art. préc., spéc. n° 35, p. 601 : « L'abus de droit consiste [...] à méconnaître les propres buts des droits ». V. égal. à propos du droit de propriété, P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 116-117.

¹²⁰ V. not. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

¹²¹ De manière critique, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 9, p. 6 : « [...] lorsqu'on envisage le domaine des contrats, il est difficile de contester que chacun de nous y poursuit uniquement son intérêt propre et se fait concéder par l'autre des droits exclusivement dans cet intérêt. La société n'y trouve avantage que d'une manière indirecte, et il est fort possible que cet avantage n'existe pas du tout. Où se trouve alors le caractère fonctionnel du droit de chaque contractant ? ». V. égal. A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, p. 67 et s., spéc. p. 70 : « Dans la pratique, la reconnaissance officielle d'une finalité sociale ne peut en fait se traduire que par une restriction législative ou réglementaire du droit lui-même. [...] En dehors de cette voie, parler de "fonction sociale" des droits n'est qu'hypocrisie ».

¹²² Par exemple, évoquant la fonctionnalisation de certaines prérogatives résultant de la puissance paternelle, J. CARBONNIER, note sous TGI Versailles, 24 sept. 1962, *D.* 1963, p. 52 et s., spéc. p. 54.

¹²³ Rappr. L. D'AVOUT, « La "fonction sociale" des droits selon et depuis Josserand », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 29 et s., spéc. p. 29 : « S'agissant de la fonction sociale des droits, l'idée connaît aujourd'hui le désamour. [...] Peu de juristes contemporains parlent en effet de "fonction sociale" : le fonctionnalisme est passé de mode ; quant au "social", il a été complété ou remplacé par l'économique, l'environnemental – toutes données collectives que l'on dit parfois être "sociétales" ». Par ailleurs, sur l'influence des idées de Josserand, G. MICHAELIDES-NOUAROS, art. préc., spéc. note de bas de page n° 35, p. 232 ; A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, p. 67 et s., spéc. p. 70 ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 8, p. 12.

¹²⁴ Par ex., J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. II, Sirey/LGDJ, 1938, p. 421 et s., spéc. n° 16, p. 429 : « Le mot cause est, à raison même de la multiplicité de ses sens, un terme vague [...] ». V. égal. en droit du travail, G. H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, t. 1, 2^e éd., Dalloz, 1982, n° 447 : « Le juriste "travailliste" se montre d'instinct allergique à la notion équivoque de cause, aux querelles byzantines et en partie stériles, auxquelles elle a donné lieu dans le passé ».

contrats a d'ailleurs supprimé le mot « cause » du droit positif¹²⁵. La volonté du législateur de 2016-2018 de supprimer toute référence formelle à la notion de cause dans les nouvelles dispositions permet d'affirmer que celle-ci est désormais à ranger parmi les « mots dont on ne veut plus »¹²⁶. Il serait dès lors inopportun d'user, pour désigner un concept d'analyse d'une tendance récente du droit des contrats, d'un terme que le législateur a souhaité bannir du vocabulaire contractuel, et ce quand bien même un tel terme ne serait pas étranger à la réalité que les « droits finalisés » entendent saisir¹²⁷. Il en va également de la sorte de la dénomination de certains concepts légaux qui faisaient référence au mot « cause »¹²⁸. Si certaines notions juridiques présentes dans des législations spéciales et renvoyant à l'idée de droits finalisés font parfois mention de la notion de « cause »¹²⁹ (il en va ainsi de la « cause réelle et sérieuse »¹³⁰ ou encore de la « cause légitime »), il convient, pour autant, de ne pas retenir la dénomination de « droit-causé » et de lui préférer celle de « droit finalisé »¹³¹.

¹²⁵ Rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 : « [...] face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion ».

¹²⁶ Relevant notamment l'existence de « mots dont ne veut pas (ou pas encore) » ainsi que de « mots dont on ne veut plus », L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 11 et s., spéc. p. 13 et s. Rapp. Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n° 308, p. 182 : « La théorie des vices du consentement, celle de la cause n'ont pas paru trop complexes ou abstraites dans un domaine où régnait le volontarisme. [...] À droit moderne, notions modernes ! ».

¹²⁷ L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 11 et s., spéc. p. 20 : « Il est des mots qui ont été utilisés et qui pourraient toujours l'être, car ils correspondent bien à la situation envisagée ; mais le législateur ne veut plus les employer ». Il apparaît ainsi que « la raison de cette suppression terminologique n'est pas juridique : les mots qu'on se refuse désormais à employer pourraient encore, au regard du droit, faire l'affaire car ils continuent de correspondre à la réalité juridique visée » (*ibid.*, spéc. p. 23). V. déjà, R. PELLOUX, « Remarques sur le mot et la notion d'exécutif », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 369 et s., spéc. p. 369 : « Il est des morts qu'il faut qu'on tue. C'est vrai des idées et des mots plus encore que des hommes ».

¹²⁸ Rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 févr. 2016 : « Le chapitre III traite en dernier lieu de l'enrichissement sans cause, qui est renommé enrichissement injustifié, par souci de clarté et par cohérence avec l'abandon du concept de cause dans l'ordonnance ». S'interrogeant quant à la survie de la chose en dépit de la suppression du mot jusque-là employé pour la désigner, G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557 ; M. LATINA, « Apprécier la réforme », in *Dossier, Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 615 et s., spéc. n° 33.

¹²⁹ V. not. X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP G* 2002, I, 254, spéc. n° 4.

¹³⁰ L'expression « droit-causé » a, semble-t-il, commencé à être utilisée en doctrine à l'occasion de la réforme du licenciement de 1973. En effet, nombreux ont été les auteurs à considérer que le législateur avait, en instaurant une cause réelle et sérieuse, fait du droit de licencier un « droit-causé ». V. par exemple, sur le licenciement comme « acte causé », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, 15^e éd., Dalloz, 2021, n° 648, p. 435.

¹³¹ De manière générale, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 58, p. 87 : « [...] l'empreinte d'un mot bien choisi peut suffire à construire une notion juridique ».

21. Annonce de plan. – Par le prisme des droits finalisés, la thèse analyse un ensemble de prérogatives homogènes qui met en lumière une transformation fondamentale du droit des contrats : la soumission d'un droit à une exigence de justification. L'étude conduit d'abord à identifier, au sein des données du droit positif, les prérogatives des contractants qui sont assorties d'une exigence de justification afin d'en dégager les éléments caractéristiques qui les distinguent des autres prérogatives juridiques (partie I). À partir de cette analyse positive du droit des contrats, la thèse a pour ambition de déterminer les effets juridiques attachés à la finalisation des droits (partie II).

Partie I : L'existence de droits finalisés

Partie II : L'influence de la finalisation des droits

PARTIE I : L'EXISTENCE DE DROITS FINALISES

« En toute chose il faut considérer la fin »¹³².

22. L'identification d'un phénomène de finalisation des droits se réalise en étudiant le régime d'exercice des prérogatives des contractants. En effet, c'est dans leur mise en œuvre concrète que les droits sont assortis d'une exigence de justification de leur exercice. L'étude consiste donc à appréhender des « phénomènes d'exercice » dans le but de révéler l'existence de droits finalisés¹³³. À ce titre, la convergence des éléments du régime d'exercice de certains droits laisse supposer que ces derniers possèdent une nature commune. Le regroupement de « droits finalisés » permettrait de fournir une explication et une grille d'analyse aux situations dans lesquelles le législateur ou le juge limitent les raisons pour lesquelles un contractant peut user de son droit. À partir d'un examen du droit positif des contrats¹³⁴, seront identifiées les prérogatives juridiques pouvant s'apparenter à des droits finalisés (titre 1) afin de préciser les contours d'un phénomène contractuel singulier affectant les conditions d'exercice des droits (titre 2).

Titre 1 : L'identification d'un phénomène de finalisation des droits

Titre 2 : L'identité des droits finalisés

¹³² JEAN DE LA FONTAINE, *Les Fables de La Fontaine, Le Renard et le Bouc* (III, 5), 1668.

¹³³ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 198. L'auteur relève notamment que les droits subjectifs peuvent faire l'objet de « phénomènes de formation » et de « phénomènes d'exercice ». Rapp. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 742, p. 589 : « Les droits sont des créations intellectuelles, des abstractions ; ils ne se voient pas. Mais leur exercice se manifeste concrètement par des actes matériels, par une modification de l'état de choses préexistant. La correspondance entre l'exercice des droits et les situations de fait visibles permet donc de considérer l'apparence comme révélatrice de l'existence de droits ».

¹³⁴ La détermination des traits saillants des « droits finalisés » amène à adopter un raisonnement de type inductif ayant pour point de départ l'examen des conditions d'exercice des prérogatives reconnues par le droit positif.

TITRE 1 : L'IDENTIFICATION D'UN PHENOMENE DE FINALISATION DES DROITS

« Le “discrétionnaire” voit ses jours désormais comptés, dans pratiquement tous les domaines du droit privé. Il est en effet l'antonyme de la confiance »¹³⁵.

23. Définition provisoire des droits finalisés : prérogatives assorties d'une exigence de justification. – En dépit des écueils auxquels se heurte inéluctablement toute entreprise de définition, elle n'en constitue pas moins une étape préalable indispensable à l'identification des droits finalisés en matière contractuelle. À cette fin, il sera stipulé une définition des droits finalisés qui sera par la suite confrontée au droit positif des contrats. À ce stade de l'étude, les droits finalisés peuvent être définis comme les prérogatives juridiques ne pouvant être mises en œuvre que pour certains motifs particuliers. La loi ou le juge encadrent ainsi les raisons pour lesquelles la prérogative peut valablement être exercée. Indépendamment de la volonté des contractants, les motifs d'exercice de certains droits sont contenus par l'instauration d'une obligation de se justifier. À ce titre, la présence d'une exigence de justification de l'action des contractants manifesterait, de manière ostensible, l'existence d'un phénomène de finalisation des droits¹³⁶. Afin d'en prendre l'exacte mesure et d'identifier les prérogatives aux allures de droits finalisés, la place de l'exigence de justification de l'exercice des droits tant dans les dispositions légales applicables au contrat (chapitre 1) que dans le contentieux contractuel (chapitre 2) sera étudiée.

Chapitre 1 : Les manifestations dans les dispositions textuelles

Chapitre 2 : Les manifestations dans le contentieux contractuel

¹³⁵ P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in B. VALERIE-LAURE et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 109 et s., spéc. n° 11, p. 113.

¹³⁶ Rappr. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris-X-Nanterre, 2004, n° 18, p. 10 : « Le caractère essentiel de la notion de justification réside ainsi dans l'obligation d'explicitier les raisons d'un acte, et dans l'institution d'un contrôle de leur légitimité par un for externe ».

CHAPITRE 1 : LES MANIFESTATIONS DANS LES DISPOSITIONS TEXTUELLES

24. Le droit finalisé étant conçu comme la prérogative individuelle octroyée à son titulaire uniquement pour un exercice reposant sur des motifs particuliers, l'exigence de justification constitue la manifestation la plus ostensible d'un mouvement de finalisation des droits en droit des contrats¹³⁷. Si l'instauration d'une exigence légale de motivation tend à indiquer la présence d'un droit finalisé, son absence ne saurait pour autant signifier que le droit en question n'est pas finalisé. En effet, les droits finalisés se caractérisent par une limitation des motifs susceptibles d'être poursuivis par le contractant et non par l'obligation pour ce dernier de les divulguer. Un tel encadrement des motifs d'exercice des droits n'a donc pas nécessairement pour corolaire une exigence formelle de motivation. Dès lors, le droit finalisé se présente comme celui dont l'usage doit répondre de certains motifs concrets, peu important finalement que cet exercice se prolonge, ou pas, par une obligation de motiver à la charge du contractant. Ainsi, l'exigence de justification constitue l'une des expressions les plus directes de l'existence de droits finalisés dans le contrat puisqu'elle conduit inmanquablement à l'appréciation de la légitimité des motifs ayant conduit à la mise en œuvre d'un droit par le contractant.

25. L'exigence de justification en droit des contrats s'est principalement développée à partir de la seconde moitié du XX^e siècle au sein de législations spéciales¹³⁸. Le phénomène de la finalisation des droits a ainsi largement accompagné le mouvement d'autonomisation¹³⁹ et de spécialisation des règles applicables aux contrats¹⁴⁰. Aujourd'hui

¹³⁷ Comp. opérant un lien entre l'obligation de motivation et l'existence de droits finalisés, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e s.*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 5, p. 307 : « [...] l'obligation de motivation va en réalité de pair avec le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ait limité les mobiles ».

¹³⁸ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 7, p. 8 : « Le XX^e siècle marque le retour vers la spécialité. Le législateur promeut un ordre public contractuel, encadre la liberté contractuelle en construisant de véritables statuts contractuels, laissant penser qu'il n'existe pas de contrat en général mais seulement des contrats spéciaux ».

¹³⁹ V. not. s'agissant de l'autonomie des règles applicables au contrat de travail, G. LOISEAU, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 183 ; Ch. RADE, « L'autonomie du droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 399.

¹⁴⁰ Rapp. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, n° 166, p. 245 : « [...] des règles ou des notions attachées au Code civil, essentiellement sur la propriété et les contrats, sont remises en cause par une législation plus sensible à l'utilité publique ou aux besoins sociaux qui donne peu à peu naissance à de nouvelles branches du droit ».

présente dans de nombreuses situations régies par des textes spéciaux, l'obligation de justification étend progressivement son domaine, à tel point qu'il n'est plus permis d'y voir un phénomène isolé du droit des contrats (section 1). Pourtant, si l'exigence de justification accompagne de plus en plus l'exercice des droits des contractants, le droit commun du contrat continue, très largement, à en faire l'économie (section 2).

SECTION 1 : L'EMERGENCE DE LA JUSTIFICATION DANS LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS

26. Un domaine en extension. – Il est relativement fréquent de trouver, au sein de dispositions spéciales applicables à certains contrats en particulier, des droits dont l'exercice est subordonné à la justification de motifs particuliers, limitativement prévus par le législateur. Sans prétendre à l'exhaustivité, seront analysées dans les développements qui suivront, les principales prérogatives qui se trouvent aujourd'hui assorties d'une exigence légale de justification. Ainsi, la détermination du domaine de la justification au sein des textes spéciaux applicables au contrat donnera une première vue de l'ampleur du phénomène de la finalisation des droits en droit positif des contrats.

27. Droit du licenciement. – Avant de devenir un droit de rupture finalisé, la rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur a pendant longtemps été exclusivement contrôlée au titre de l'abus des droits. En effet, les juges ne vérifiaient pas le caractère justifié de la rupture du contrat. Les motifs pour lesquels le licenciement était décidé restaient largement en dehors du débat judiciaire. Une illustration en est donnée par une décision bénéficiant du label de « grand arrêt du droit du travail »¹⁴¹. Le 5 février 1872, par son arrêt *Chemin de fer de Lyon c. Falcoz*, la Cour de cassation a jugé que « nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit » et que par ailleurs « il est de principe que le louage de services, sans détermination de durée, peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou de l'autre des contractants, en observant toutefois les délais de congé commandés par l'usage, ainsi que les autres conditions expresses ou tacites de l'engagement »¹⁴². Au visa de l'ancien article 1382 [devenu 1240]

¹⁴¹ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 105.

¹⁴² Cass., civ., 5 févr. 1872, *Chemins de fer de Lyon c. Falcoz* : DP 1873, I, 63. V. égal. sur la naissance à la fin du XIX^e siècle d'un contrôle de la faculté de congédiement du salarié, J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, n° 185, p. 270.

du Code civil, la Cour régulatrice a censuré un jugement du tribunal de commerce de Chambéry au terme duquel la juridiction de première instance avait estimé qu'en dehors même de toute faute, « il ne peut être facultatif [à l'employeur] de renvoyer ses employés sans indemnité et sans motifs légitimes »¹⁴³. À cette époque, le droit de l'employeur de rompre le contrat ne constitue aucunement un droit finalisé puisque le licenciement n'a, spécifiquement, à reposer sur aucun motif particulier.

28. Dans la première moitié du XX^e siècle, le droit de licencier demeure, sous l'empire de la loi du 19 juillet 1928, contrôlé uniquement au titre de l'abus des droits. Bien qu'il incombe alors à l'employeur de donner le motif l'ayant conduit à licencier, c'est au salarié qu'il incombe de rapporter la preuve d'une rupture abusive. Le licenciement constitue un droit dont l'employeur est susceptible d'abuser, mais dont l'exercice est présumé légitime jusqu'à preuve du contraire par le salarié.

29. En subordonnant l'exercice du droit de licencier à la justification par l'employeur d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'apport de la loi du 13 juillet 1973 a été déterminant dans la relativisation de cette prérogative¹⁴⁴, en dépit des réserves émises par certains auteurs¹⁴⁵. Le droit de rupture reconnu à l'employeur devient, à compter de cette loi, un droit « causé », finalisé¹⁴⁶. La transformation du droit discrétionnaire de l'employeur de licencier en un droit finalisé s'est poursuivie avec les lois du 30 décembre 1986 et du 2 août 1989. L'ensemble de ces lois constituent, pour reprendre l'expression de MM. Ghestin et Barbier, « une nouvelle impulsion [...] dans le sens “finaliste” »¹⁴⁷. D'ailleurs, les

¹⁴³ Cass., civ., 5 févr. 1872, *Chemins de fer de Lyon c. Falcoz* : DP 1873, I, 63.

¹⁴⁴ V. not. sur la réforme opérée par la loi de 1973, J. PELISSIER, « La réforme du licenciement », D. 1973, p. 251 ; J. AUDINET, « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », JCP 1974, I, 2601 ; THIANT, « Nouvelle loi sur le licenciement », Gaz. Pal. 1974, I, 39.

¹⁴⁵ V. par ex. G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETETE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc. 1973, p. 494.

¹⁴⁶ Rapp. Y. CHALARON, « Le formalisme en matière de licenciement individuel ordinaire », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz/Litec, 1983, p. 121 et s., spéc. p. 132 : « En soumettant le licenciement à un contrôle judiciaire objectif de sa cause, et non plus seulement l'employeur au contrôle subjectif de ses fautes, la loi du 13 juillet 1973 a introduit dans notre droit positif une notion originale : celle d'un acte juridique dont l'accomplissement régulier comporte par nature l'expression de sa propre justification ».

¹⁴⁷ J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 665, p. 514. Rapp. Ch. RADE, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 75 et s., spéc. n° 8, p. 82 : « Le droit du travail ne se contente pas de dire aux acteurs de quels droits ils disposent mais leur rappelle aussi dans quel esprit ces prérogatives juridiques doivent être mises en œuvre ».

réformes postérieures ne se sont pas véritablement écartées de cette direction¹⁴⁸. À présent, les possibilités de rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur se trouvent limitées¹⁴⁹. L'exigence de justification du licenciement finalise le droit de rupture de l'employeur. Ce dernier n'est plus véritablement libre des motifs pour lesquels il peut mettre fin à la relation de travail. En effet, l'existence et la légitimité des raisons qui justifient le licenciement sont soumises à l'appréciation du juge¹⁵⁰. Le droit de licencier le salarié constitue donc un exemple topique de droit finalisé¹⁵¹. Parce que l'employeur doit désormais disposer de raisons légitimes pour user de son droit de licencier, la relation contractuelle de travail gagne inmanquablement en stabilité au profit du salarié¹⁵². En effet, la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée a perdu son caractère bilatéral¹⁵³ ainsi que son caractère discrétionnaire pour l'employeur.

30. Distribution automobile. – En dehors du droit du licenciement, l'exigence de justification se retrouve également à propos de la rupture d'autres contrats spéciaux. Il en va ainsi en matière de distribution automobile où un règlement communautaire de 2002 a instauré, à la charge du fournisseur, l'obligation de fournir au partenaire des « raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation »¹⁵⁴. La rupture des contrats de concession automobile se trouve ainsi davantage encadrée, notamment par l'instauration

¹⁴⁸ Comp. récemment, J.-M. OLIVIER, « Requiem pour la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 “modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée”. Chronique d’une “petite mort” programmée de la cause réelle et sérieuse de licenciement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 291.

¹⁴⁹ En ce sens, M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 337, p. 154 : « Le droit du travail l'a utilement montré, lorsque le titulaire d'un droit de rompre ne peut l'exercer librement et doit au contraire justifier sa décision par un motif réel et sérieux ou légitime, il s'ensuit nécessairement une réduction du nombre de ruptures et surtout une possibilité de contrôle excluant tout arbitraire ».

¹⁵⁰ Estimant que le passage « de la sanction exceptionnelle de l'abus au contrôle positif des motifs » traduit l'existence « d'un contexte de “contrôle montant” », P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 30 et s., spéc. p. 34.

¹⁵¹ Rapp. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 20, p. 11 : « Aucun contrat ne connaît un contrôle étayé des justifications tel que le droit du travail l'admet [...] ».

¹⁵² M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956, n° 240, p. 269 : « C'est donc une tendance caractéristique du droit du travail moderne, que celle “d'amarrer” solidement les travailleurs à l'entreprise et cette intégration est d'ailleurs maintenant admise par les autres branches du droit » ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. de B. TEYSSIE, Dalloz, 2005, n° 182 : « [...] la défense de l'emploi motive un “forçage” de la stabilité ». V. plus généralement, H. LECUYER, « L'optimisme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 et s., spéc. p. 620 : « Tout un chacun est en quête de stabilité et de prévisibilité. [...] La norme œuvre à la préservation du cadre de vie, s'attachant à garantir une certaine fixité dans l'espace à la personne ».

¹⁵³ Évoquant de manière générale un déclin du droit à résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée, D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129 et s., spéc. n° 10.

¹⁵⁴ Règlement CE n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, article 3-4.

d'une exigence de délivrance des motifs, ce qui invite le juge à opérer un contrôle du bien-fondé de la rupture dans le but d'assurer une meilleure protection aux distributeurs automobiles¹⁵⁵. De la sorte, une certaine stabilité contractuelle se trouve reconnue au distributeur par le droit de la concurrence¹⁵⁶. Les juges s'attachent surtout à vérifier que les motifs avancés par le fournisseur ne constituent pas des restrictions de concurrence¹⁵⁷. Il convient toutefois de noter que les règlements (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 et n° 461/2010 du 27 mai 2010 en matière de distribution automobile n'imposent plus au fournisseur de communiquer les raisons objectives et transparentes de sa décision de rupture¹⁵⁸. Mais l'adoption de ces nouveaux règlements ne marque pas la fin du système instauré par le règlement 1400-2002 dès lors que des contrats ayant cours continuent d'emprunter au régime antérieur¹⁵⁹.

31. Baux spéciaux. – Les motifs de la rupture des baux à statut¹⁶⁰, particulièrement lorsque celle-ci intervient à l'initiative du bailleur, font l'objet de nombreuses restrictions légales. Ainsi, s'agissant tout d'abord du bail d'habitation, le bailleur ne peut valablement congédier le locataire que pour certaines raisons fixées par la loi. Le congé qu'il délivre doit nécessairement être justifié par la reprise du logement, sa vente ou encore par un motif légitime et sérieux¹⁶¹. Autant dire que le congé constitue « un droit finalisé qui ne peut être

¹⁵⁵ B. MATHIEU, « La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile », *LPA* 29 nov. 2002, p. 27 : « le nouveau règlement d'exemption automobile constitue une avancée certaine pour la protection des distributeurs ou réparateurs puisque les magistrats ne pourront plus se soustraire à l'étude précise de la motivation de la rupture et notamment de l'objectivité des motifs avancés ». Comp. émettant des réserves quant à l'efficacité du dispositif, Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010, n° 315, p. 159-160 : « la portée de cette disposition doit être relativisée. En effet, le contrôle du motif de la résiliation doit se limiter au caractère pro ou anticoncurrentiel de la décision et non de son opportunité ».

¹⁵⁶ En ce sens, M. MALAURIE-VIGNAL, « Solidarisme, distribution et concurrence », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 95 et s., spéc. n° 14, p. 101.

¹⁵⁷ V. Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-23.579.

¹⁵⁸ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 124, p. 107 : « Le texte actuel marque [...] un retour au “droit commun” pour la distribution automobile qui était, jusqu'à peu, régie par des règlements spécifiques » ; L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique, t. 2, Droit de la distribution, Droits européen et français*, Lawlex/Bruylant, 2015, n° 316, p. 549 : « V. égal. L. IDOT, « Adoption des nouveaux règlements d'exemption en matière de relations verticales », *RDC* 2010, p. 1269.

¹⁵⁹ En ce sens, L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique, t. 2, Droit de la distribution, Droits européen et français*, Lawlex/Bruylant, 2015, n° 316, p. 550 : « [...] les contrats actuellement en vigueur, même conclus depuis le 1^{er} juin 2013, reprennent assez largement tout ou partie des anciennes conditions d'exemption. Certains réseaux n'ont pas modifié leurs contrats [...] ».

¹⁶⁰ Sur le passage d'un droit contractuel à un droit statutaire des baux, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 21510, p. 747.

¹⁶¹ Article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs. Par ailleurs, il résulte de l'article L. 632-1, alinéa 5, du Code de la construction et de l'habitation que ces motifs sont également ceux pour lesquels un bailleur peut refuser le renouvellement du bail d'un local meublé.

mis en œuvre que dans le cadre que la loi lui impartit [...]. En dehors de ces finalités édictées par la loi, le droit de délivrer congé s'évanouit, s'évapore »¹⁶². Il est d'ailleurs à noter que, depuis la loi ALUR de 2014, l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 impose au bailleur de justifier, au moment du congé, du caractère réel et sérieux de la décision de reprendre le logement¹⁶³. Cette référence à une justification réelle et sérieuse n'est pas sans rappeler l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, ce qui traduit l'opportunité d'un rapprochement s'agissant de l'appréciation de ce standard¹⁶⁴. Dans ces deux hypothèses, la nécessité d'une cause réelle et sérieuse finalise l'exercice d'une prérogative de rupture et marque ainsi une prise de distance nette avec les règles du Code civil applicables au contrat de louage. De la même manière, estimant à juste titre qu'une analogie pouvait être effectuée entre l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement et celle du juste motif de révocation du mandataire social, un auteur a très justement soutenu que : « L'expression "droit causé" utilisée à propos du pouvoir de licenciement est également apte à rendre compte du droit de révocation des associés. Les adjectifs "juste" et "réel et sérieux" se recouvrent au moins partiellement »¹⁶⁵.

32. S'agissant ensuite des baux commerciaux, le congé délivré par le bailleur doit, là encore, être justifié. Il ressort en ce sens de l'article L. 145-4 du Code de commerce que le bailleur peut, à l'expiration d'une période triennale, rompre la relation locative en donnant congé afin de « construire, de reconstruire ou de surélever l'immeuble existant, de réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition

¹⁶² J.-B. SEUBE, obs. sur Cass. 3^e civ., 17 déc. 2015, *RDC* 2016, p. 253.

¹⁶³ Modifiée par le législateur en 2014, puis en 2015, la loi du 6 juillet 1989 précise désormais que : « Lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise ».

¹⁶⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 385, p. 281 : « Parce que le standard est dépourvu de tout contenu *a priori*, sa formulation ne devrait pas avoir d'incidence juridique et un standard unique pourrait d'ailleurs être adopté, tel que le motif légitime ». Rapp. F. FAVENNEC-HERY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 157 et s., spéc. p. 163 : « Depuis longtemps, le droit de la rupture du contrat de travail a été copié dans d'autres disciplines. [...] Le droit du travail a valeur de droit commun de la rupture du contrat ».

¹⁶⁵ R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 9, p. 401. V. plus récemment, Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1156, p. 1179 : « [...] la nature des obligations de justification est identique quelles que soient les branches du droit, si bien que les définitions données du "juste" motif d'extinction unilatérale se ressemblent souvent [...] ». Adde, M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. sociétés* 2014, p. 152 et s.

de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain »¹⁶⁶. Le statut des baux commerciaux fait ainsi du droit de rupture du bailleur un droit finalisé, c'est-à-dire une prérogative dont les motifs d'usage ne sont pas libres. Autrement dit, dans l'objectif de protéger le locataire exploitant un fonds de commerce, le législateur conditionne les possibilités reconnues au bailleur de mettre fin à la relation locative¹⁶⁷. En ce sens par un arrêt du 30 janvier 1970, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a expressément désigné cette faculté de congédiement de « droit de résiliation conditionnelle »¹⁶⁸ accordé au propriétaire. Il résulte d'une telle décision qu'un droit de rupture est reconnu au bailleur d'un bail commercial dans les limites et aux conditions posées par les dispositions légales. En qualifiant la résiliation de *conditionnelle*, la Haute juridiction accrédite l'idée selon laquelle la finalité poursuivie par l'auteur de la rupture se trouve érigée par la loi en condition d'attribution du pouvoir de rompre unilatéralement le contrat, caractérisant ainsi l'existence d'un droit finalisé au sens de la présente étude. Finalement, tout se passe comme si la faculté de rupture était octroyée au bailleur sous la condition suspensive d'un exercice conforme aux finalités prescrites par la loi. La condition d'un exercice finalisé paraît ici tenir en suspens l'existence même du droit. Antérieurement à la réalisation de cette condition, le droit n'existerait en quelque sorte qu'en puissance¹⁶⁹. Il en va également de la sorte s'agissant du refus de renouvellement du bail commercial¹⁷⁰. La réglementation de la sortie du bail commercial, qui se concrétise notamment par l'instauration d'une exigence de justification à la charge du bailleur, tend ainsi à assurer au preneur davantage de stabilité dans l'exploitation de son activité¹⁷¹. Le recours à une obligation légale de justification afin

¹⁶⁶ Article L. 145-4 du Code de commerce.

¹⁶⁷ J.-D. BARBIER, « Ordre public, ordre privé, en droit des baux commerciaux », *Gaz. Pal.* 29 sept. 2012, n° 273, p. 7 et s. : « En droit des baux commerciaux, on peut dire que la loi est faite pour le locataire, et que le contrat est fait pour le propriétaire ».

¹⁶⁸ Cass. 3^e civ., 30 janv. 1970, n° 68.13.334 : *D.* 1970, p. 86 : « C'est un droit de résiliation conditionnelle qui est accordé au bailleur par l'art. 3-1, al. 3, du Décr. de 1953 [C. com., art. L. 145-4] accordant au bailleur la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale en cas de reprise pour construire ou reconstruire, surélever ou restaurer ». V. égal. Cass. 3^e civ., 27 oct. 1993, n° 91-16.694 : *Bull. civ.* III, n° 127 : « Attendu que le bailleur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale afin de reconstruire l'immeuble existant ».

¹⁶⁹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 165, p. 298 : « Le droit conditionnel est un droit qui réunit déjà toutes les conditions qui pourraient le rendre parfait, mais auquel a été surajoutée une modalité, la condition ».

¹⁷⁰ Par ex. A. COLIN, « Quelques réflexions contemporaines sur le refus de renouvellement et l'indemnité d'éviction », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 447 et s., spéc. p. 447 : « [...] la latitude offerte au bailleur se révèle largement contrainte, dès lors que sauf à pouvoir alléguer à l'encontre du preneur un juste motif de non-renouvellement [...], celui-ci doit lui verser une "indemnité dite d'éviction" [...] ». V. égal. C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 570, p. 484.

¹⁷¹ Rapp. M. LABORDE-LACOSTE, « Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1904 », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 423 et s., spéc. n° 40, p. 440-441 : « [...] nous sommes en

de pérenniser le rapport contractuel démontre l'insuffisance de la technique de l'abus des droits dans la réalisation d'un tel objectif¹⁷². La finalisation des prérogatives de rupture du bailleur rejaillit par conséquent sur la durée de la relation locative¹⁷³.

33. S'agissant enfin des baux ruraux, les dispositions impératives régissant leur régime comportent elles aussi un droit de rupture finalisé. Il résulte en effet du Code rural et de la pêche maritime que le bailleur peut faire obstacle au droit au renouvellement du bail s'il justifie de « l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L. 411-31 »¹⁷⁴. Le preneur pourra, quant à lui, demander la résiliation du bail dans des cas limitativement énumérés à l'article L. 411-33 du même code.

34. L'ensemble de ces dispositions instaurant un droit au renouvellement du bail garantit au preneur, au même titre que celles lui assurant une durée minimale de contrat, la stabilité de son logement ou de son exploitation¹⁷⁵. Le strict encadrement des motifs pour lesquels le bailleur peut légitimement faire échec à ce droit poursuit également un tel objectif. Autrement dit, la tendance à la stabilité des rapports locatifs finalise le droit de

présence de la gamme des techniques, qui, dans le louage des immeubles, réglant les relations des locataires ou occupants et des propriétaires de ces immeubles ont imposé à ces propriétaires, par voie d'autorité, le maintien du rapport contractuel arrivé à son expiration ». V. déjà, A. VITU, « Propriété commerciale et propriété culturelle, Étude comparée de deux législations protectrices des preneurs à bail », *RTD civ.* 1946, p. 273 et s., spéc. p. 274. Il est à noter que l'obligation de justification de la rupture unilatérale du contrat ne constitue pas le seul instrument de stabilisation du contrat. Par exemple, l'instauration d'une durée minimale peut également remplir une telle fonction.

¹⁷² En ce sens, Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1160. Comp. A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. de B. TEYSSIE, Dalloz, 2005, n° 116.

¹⁷³ De manière générale, Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP* 1971, I, 2413, spéc. n° 2 : « La recherche d'une stabilité accrue a donc singulièrement émoussé les caractères distinctifs des deux variétés de contrats successifs » ; D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129 et s., spéc. n° 11 : « [...] en droit positif le régime de la rupture du contrat n'est plus fondamentalement lié à la durée déterminée ou indéterminée du contrat rompu ».

¹⁷⁴ Article L. 411-46 du Code rural et de la pêche maritime.

¹⁷⁵ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Perpétuité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 834 et s., spéc. p. 835 : « [...] de nombreuses dispositions conduisent à la perpétuation de la relation contractuelle, notamment par le biais d'un droit au renouvellement du contrat visant à assurer la stabilité du logement et de l'exploitation commerciale ou agricole » ; J. DERRUPPE, « Les rapports locatifs immobiliers à la fin du XX^e siècle », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 653 et s., spéc. n° 12, p. 657-658 : « [...] la législation spéciale sur les baux d'habitation a toujours eu pour souci majeur de protéger les locataires contre les conséquences du déséquilibre contractuel où les plaçait la pénurie de logements. Les techniques utilisées ont varié : prorogation, maintien dans les lieux, droit à renouvellement. Mais la finalité a toujours été la même : procurer au locataire la stabilité de son occupation ». Sur les techniques de maintien du rapport contractuel dans le bail, G. BRIERE DE L'ISLE, « Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960, p. 301 et s.

rupture du bailleur en l'enserrant dans des limites plus étroites¹⁷⁶. Dans ces hypothèses, l'absence d'abus dans la rupture du contrat ne suffit plus. La protection du locataire implique que le bailleur doit disposer de bonnes raisons de mettre fin à la relation locative¹⁷⁷.

35. Droit des sociétés. – D'autres exemples de droits finalisés se retrouvent en droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la révocation de certains dirigeants sociaux. Si cette révocation peut encore parfois être décidée *ad nutum*, le législateur exige dans des cas de plus en plus nombreux que celle-ci intervienne pour de justes motifs¹⁷⁸. La révocation *ad nutum* perd progressivement du terrain au profit de la révocation pour justes motifs. Ainsi, le caractère discrétionnaire du droit de révocation des dirigeants sociaux a tendance à s'effacer en raison de la finalisation dont il fait aujourd'hui l'objet. En ce sens, il ressort par exemple des dispositions de l'article L. 225-55, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, telles que modifiées par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 portant sur les nouvelles régulations économiques¹⁷⁹, que les dirigeants généraux, ainsi que les directeurs généraux délégués, ne sont désormais révocables que pour de justes motifs. Les dirigeants révocables *ad nutum* constituent une catégorie en voie de disparition¹⁸⁰. La révocation des dirigeants sociaux se présente de plus en plus comme une prérogative finalisée. Si l'exigence de justes motifs ne

¹⁷⁶ L. RUET, *Les Baux commerciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2017, n° 157, p. 151 : « De manière logique compte tenu de l'objectif de stabilité du bail conçu à l'origine en faveur du locataire, le législateur a restreint les hypothèses de résiliation unilatérale à l'initiative du bailleur en imposant à la fois une condition de durée et un motif, limitativement énuméré, et qui n'est pas courant ».

¹⁷⁷ Rappr. A. SUPROT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 47 et s., spéc. p. 65-66 : « La question des baux a peut-être été la première qui ait vu le législateur se préoccuper la partie faible (le locateur) contre les risques de rupture du contrat, qu'il s'agisse de baux commerciaux (dès 1926), de baux ruraux (1945-46) ou de baux d'habitation (1948 et les nombreux textes postérieurs) ».

¹⁷⁸ Comp. B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., Dalloz, 2019, n° 334, p. 217 : « La situation du dirigeant révocable *ad nutum*, qui se rencontre assez fréquemment, peut sembler particulièrement précaire. Elle est en réalité plus conforme au droit au mandat, le mandant devant être en mesure de se séparer le plus rapidement possible du mandataire lorsqu'il n'a plus confiance en lui ».

¹⁷⁹ V. notamment sur cette loi, Ch. CHAMPAUD et D. DANET, « Nouvelles régulations économiques et droit des sociétés », *RTD com.* 2002, p. 80. V. égal. sous l'angle du droit civil, J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671.

¹⁸⁰ V. en ce sens, F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, p. 901 et s., spéc. n° 1123, p. 908 : « Ce rétrécissement de la catégorie des dirigeants révocables *ad nutum* et les critiques dont cette modalité de révocation fait l'objet permettent de pronostiquer qu'à terme une unification du statut des dirigeants de société pourrait intervenir de façon à ne plus avoir que des dirigeants révocables pour justes motifs ». *Adde* sur une telle tendance, M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, t. 2, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 22^e éd., 2017, n° 1826, p. 245.

s'érige pas en obstacle à la possibilité d'une révocation du dirigeant de société, elle est néanmoins vectrice d'une stabilité renforcée au profit de celui-ci¹⁸¹.

36. Droit bancaire. – À plusieurs reprises, les juges ont affirmé que le banquier n'avait pas à motiver sa décision de rompre un concours financier¹⁸². Il en résulte que le banquier dispose d'une grande liberté dans la rupture du crédit octroyé au client puisqu'il n'a en principe aucun motif à donner. Modifiant l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 est venue imposer aux établissements de crédit ou sociétés de financement de fournir, en cas de réduction ou d'interruption du crédit à durée indéterminée accordé à une entreprise, les raisons les ayant conduits à prendre une telle décision. Cette exigence de communication des motifs est, *prima facie*, d'une intensité relativement faible puisqu'elle demeure virtuelle tant que l'entreprise concernée n'en fait pas expressément la demande auprès de l'établissement bancaire¹⁸³. Réservé quant à la portée réelle d'une telle exigence, un auteur affirme d'ailleurs qu'il est « peu probable qu'un banquier ayant à se prononcer sur les raisons de la rupture souhaitée s'explique en alléguant des arguments particulièrement contestables. L'établissement de crédit n'aura aucune peine à trouver, par la voix de son représentant, un motif suffisant à communiquer,

¹⁸¹ F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, p. 901 et s., spéc. n° 1124, p. 909 : « [...] il faut observer que le dirigeant révocable pour justes motifs ne bénéficie pas de l'assurance qu'il ne sera pas révoqué, car la loi ne subordonne pas sa révocation à la formulation d'une motivation convaincante, elle se contente de prévoir l'allocation de dommages et intérêts à son profit si la décision de révocation ne repose pas sur des justes motifs. Il n'en demeure pas moins que cette perspective de devoir indemniser l'intéressé impose aux associés plus de circonspection dans le vote de la décision de révocation et confère au dirigeant une plus grande stabilité » ; K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488 et s., spéc. n° 20 : « Une relative stabilité semble garantie aux gérants de société de personnes, de sociétés à responsabilité limitée et aux membres du directoire par l'exigence, de principe, de la révocation pour juste motif, lequel fait l'objet d'un contrôle strict de la Cour de cassation ».

¹⁸² Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 : *JCP G* 2006, II, 10175, note Th. BONNEAU ; *D.* 2006, p. 2933, note D. HOUTCIEFF ; *RTD com.* 2007, p. 207, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2007, p. 148, obs. P.-Y. GAUTIER : « [...] hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit qu'elle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire ». Plus récemment, Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16.839 : *JCP E* 2017, 1665, note N. DISSAUX : « Mais attendu que la décision d'un établissement de crédit de ne pas renouveler un concours revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que le banquier n'est responsable du fait d'une telle décision de refus que s'il est tenu par un engagement ; que le renouvellement de concours bancaires à durée déterminée succédant à un concours à durée indéterminée, auquel il a été mis fin avec préavis, n'étant pas, à lui seul, de nature à caractériser l'existence d'une promesse de reconduction au crédit au-delà du terme, le moyen n'est pas fondé ». V. égal. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, n° 685, p. 535 : « Si un droit au compte a été légalement consacré, en revanche, il n'y a pas de droit au crédit, les banquiers étant libres de consentir ou de refuser les crédits sollicités par leurs clients ; l'assemblée plénière de la Cour de cassation l'a jugé dans son arrêt du 9 octobre 2006 [...] ».

¹⁸³ Article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

telles des contraintes de fonds propres l'obligeant à réduire ses concours de crédit »¹⁸⁴. Pourtant, l'instauration de cette obligation de communication des motifs a pour corolaire une certaine réduction de la marge de manœuvre laissée au banquier dans la prise de décision de rupture d'un crédit. En effet, une telle obligation légale encourage le banquier à fonder ses décisions sur des éléments objectifs. La relativisation du droit du banquier qui en découle laisse entrevoir en toile de fond la possibilité d'un contrôle judiciaire des motifs de la décision de rupture¹⁸⁵. C'est ce qui semble d'ailleurs résulter d'une décision rendue par la chambre commerciale le 26 janvier 2010, dont une lecture *a contrario* suggère qu'une rupture abusive peut être caractérisée notamment en présence d'un motif illégitime¹⁸⁶. Comme l'a justement souligné l'un des commentateurs de l'arrêt, « la portée véritable de la décision dépendra donc de la conception du motif illégitime qui sera finalement retenue »¹⁸⁷. Si le principe demeure encore celui de la libre rupture du crédit octroyé à une entreprise¹⁸⁸, en raison principalement de la confiance qui fonde la relation bancaire, le caractère discrétionnaire du droit du banquier s'affaiblit néanmoins dès lors que la question des motifs surgit dans le débat judiciaire¹⁸⁹. La liberté des motifs dont

¹⁸⁴ J. LASSERRE CAPDEVIELLE, « Le droit de rompre un crédit octroyé à une entreprise, Analyse contemporaine de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier », in A. GOURIO et J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France*, t. VI, Revue Banque édition, 2013, p. 313 et s., spéc. p. 324, n° 44.

¹⁸⁵ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9^e éd., LexisNexis, 2015, p. 373, n° 611 : « L'espoir du législateur est évidemment qu'obligée de révéler ses motifs, la banque veillera à ne dénoncer un crédit que dans des cas extrêmes. Mais ne faut-il pas craindre que les banques, craignant d'être engagées irrévocablement, se montrent plus restrictives dans l'octroi de crédits, spécialement aux entreprises de création récente, alors qu'on leur reproche déjà un excès de prudence ? Cet effet négatif serait évidemment accru si les motifs invoqués devaient être contestés devant les tribunaux, ce que l'on ne peut exclure, bien que cela ne soit pas dans l'esprit du texte ».

¹⁸⁶ Cass. com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086 : *D. 2010*, p. 2178, chron. D. MAZEAUD ; *RTD com.* 2010, p. 762, obs. D. LEGEAIS.

¹⁸⁷ D. LEGEAIS, obs. sur Cass. com., 26 janv. 2010, *RTD com.* 2010, p. 762.

¹⁸⁸ CA Paris, 21 juin 2012, n° 11/21359. V. égal. I. BON-GARCIN, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 4 et s., spéc. p. 4.

¹⁸⁹ En ce sens, D. LEGEAIS, « Crédit. Loi tendant à favoriser l'accès aux petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers », *RTD com.* 2009, p. 791 : « Dès lors que la réduction ou l'interruption doit être justifiée c'est qu'elle n'est plus totalement discrétionnaire. Dès lors que l'établissement de crédit fournit des motifs, l'emprunteur doit être en mesure de les contester voire d'en faire apprécier l'exactitude et la pertinence par le juge ». Et l'auteur d'ajouter : « L'objectivisation de la relation de crédit est en marche. C'est une rupture avec des siècles de tradition bancaire. En apparence, les textes sont anodins. En réalité, ils marqueront probablement en profondeur le droit bancaire ». V. égal. le rapport fait par Mme Chantal Brunel au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises : « [...] il n'est pas acceptable qu'un chef d'entreprise se voie couper ou réduire brutalement ses lignes d'escompte ou de découvert, sans aucune explication. Les relations contractuelles qui engagent l'entreprise et son établissement bancaire doivent permettre de protéger le bénéficiaire du crédit contre une décision arbitraire inattendue ».

bénéficient les banquiers dans l'exercice de leurs droits en ressortirait ébranlée¹⁹⁰. Une fois encore, le sens de l'évolution législative est celui d'une emprise plus forte sur les conditions d'exercice des droits en contraignant leur titulaire à exposer les raisons de l'action¹⁹¹. L'obligation d'argumenter en faveur d'un choix relativise donc nécessairement la prérogative qui fonde celui-ci.

37. Regard comparatif sur les contrats administratifs. – Les juges reconnaissent à l'Administration, en tant que partie à un contrat, toute une série de prérogatives au titre desquelles figurent les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales. Selon la jurisprudence, l'Administration dispose de ces prérogatives en vertu de « règles générales applicables aux contrats administratifs »¹⁹². En d'autres mots, elles existent en dehors même de toute stipulation contractuelle les reconnaissant ou les excluant¹⁹³. L'usage de ces pouvoirs fait néanmoins l'objet d'un encadrement dans la mesure où le juge administratif exige systématiquement qu'il soit justifié par un but d'intérêt général¹⁹⁴. Outre la limitation de leurs finalités, la modification des conditions d'exécution du contrat ou la résiliation opérée dans l'intérêt du service public ouvrent droit, au profit du cocontractant de l'Administration, à l'indemnisation du préjudice subi¹⁹⁵. À défaut pour l'Administration contractante de pouvoir justifier la modification unilatérale¹⁹⁶ ou la résiliation du contrat,

¹⁹⁰ V. not. N. MATHEY, « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? », *JCP E* 2010, 1550. Comp. J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, M. MIGNOT, J.-Ph. KOVAR et N. ÉRESEO, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 1626, p. 746.

¹⁹¹ V. déjà, I. BON-GARCIN, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 4 et s., spéc. p. 6 : « [...] certains tribunaux n'ont pas hésité à condamner des banquiers pour ne pas avoir justifié leur révocation par la mauvaise situation de leurs clients. Dans ce cas, la rupture en elle-même pourrait être génératrice d'abus ».

¹⁹² CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.* 246 ; CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.* 33.

¹⁹³ V. par ex. : CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, *Rec.* 141.

¹⁹⁴ D. CHABANOL et J.-P. JOUGUET, *Marchés publics de travaux, Droit et obligations des signataires*, 3^e éd., Le moniteur, 1999, n° 13, p. 14 : « [...] le contrat administratif, parce qu'il n'est qu'un moyen de satisfaire l'intérêt général, aux côtés de l'acte unilatéral, se trouve enserré dans un réseau de normes qui ne diffèrent guère de celles que le juge administratif de l'excès de pouvoir a dégagées lorsqu'il lui a fallu contrôler la légalité de l'acte administratif. Contrôle de la régularité des procédures suivies, *contrôle de la rectitude juridique des motifs de l'action administrative*, contrôle des détournements de ce pouvoir de contracter » (nous soulignons) ; J. WALINE, *Droit administratif*, 28^e éd., Dalloz, 2020, n° 470, p. 512 : « Dans le contrat administratif, [...] la personne publique met en œuvre un certain nombre de *prérogatives* liées à la primauté de l'intérêt général dont elle a la garde, et qui la placent juridiquement, par rapport à son cocontractant, en position de *supériorité* » (souligné par l'auteur).

¹⁹⁵ V. J. WALINE, *Droit administratif*, 28^e éd., Dalloz, 2020, n° 478, p. 527 : « Cette inégalité fondamentale a une limite du côté financier : le cocontractant, sur ce terrain, bénéficie de garanties qui tendent à lui assurer, en tout état de cause et quel que soit l'usage fait par l'administration de ses prérogatives, une rémunération conforme aux prévisions initiales ».

¹⁹⁶ Pour un exemple de modification unilatérale justifiée par un but d'intérêt général : CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, *AJ* 2017, p. 1286, note H. HOEPFFNER.

un détournement de pouvoir pourra être sanctionné par le juge¹⁹⁷. Le détournement de pouvoir se conçoit, en droit administratif, comme le fait pour une autorité administrative d'user de ses prérogatives à des fins autres que celles pour lesquelles elles lui ont été conférées¹⁹⁸. La nécessité pour l'Administration contractante de poursuivre un motif d'intérêt général finalise donc l'exercice de ses pouvoirs exorbitants en cours d'exécution du contrat¹⁹⁹. Plus généralement, et en dehors même du régime du contrat administratif, toute l'action des personnes publiques se trouve orientée, dans un sens finaliste, par l'exigence de motifs d'intérêt général²⁰⁰. D'ailleurs, le législateur va parfois jusqu'à préciser le contenu des finalités d'intérêt public pouvant légitimement être poursuivies. Par exemple, les articles L. 143-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime encadrent l'exercice, par les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, du droit de préemption qui leur est reconnu.

38. Le mouvement de finalisation des droits dans les contrats privés atténue donc dans, une certaine mesure, les disparités entre son régime juridique et celui des contrats administratifs. Il ne peut plus être soutenu, aussi fermement que par le passé, que « l'Administration, à la différence du particulier qui choisit librement le but de ses actes, se voit imposer la fin que son action doit poursuivre »²⁰¹. Dans des hypothèses toujours plus nombreuses, le contractant de droit privé ne bénéficie plus systématiquement d'une

¹⁹⁷ CE, ass., 2 févr. 1987, *Société TV6*, Rec. Lebon 29 (illégalité de la résiliation fondée sur un projet de loi dont l'aboutissement n'était pas certain).

¹⁹⁸ A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 8^e éd., 2021, V^o « *Détournement de pouvoir* », p. 200.

¹⁹⁹ Rappr. R. NOGUELLOU, « La fin du contrat, Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Contrats publics*, vol. I, préf. de A. CASTAGNE, Université Montpellier I, 2006, p. 341 et s. : « [...] le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration constitue une particularité majeure du contrat administratif et démontre le caractère finalisé, voire objectif, de ce contrat dès lors qu'il est admis que l'administration peut sortir du lien contractuel parce que le contrat ne remplit plus la fin pour laquelle il avait été conclu ».

²⁰⁰ V. CE, sect., 22 janv. 1901, *Pagès* : « l'administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général ». V. égal. P. LAGARDE, « Le solidarisme contractuel en droit public », in RERDH (dir.), *La fraternité*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 93 ; J.-H. STAHL, « De l'identification et des usages de l'intérêt général par le juge administratif », in G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 155 et s., spéc. p. 158 :

²⁰¹ J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 1960, n^o 247, p. 213 (c'est nous qui soulignons). V. égal. A. HAURIUO, « Le pouvoir discrétionnaire et sa jurisprudence », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 233 et s., spéc. p. 239 : « Tandis que dans notre droit privé, tout imprégné encore d'individualisme, les sujets de droits ont la possibilité de déterminer les caractères de l'entreprise ou des entreprises auxquelles ils se dévoueront et sont, en quelque sorte, leur propre fin juridique, en droit administratif, par contre, l'Administration, dans son ensemble, et les diverses administrations publiques envisagées séparément, sont des institutions soumises à une idée et à une finalité précise : celle de l'intérêt public ». *Adde* plus récemment, X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 397 : « Le particulier est libre du choix des buts à suivre. L'administration ne peut vouloir légalement que les fins positives à elle assignées, intérêt général ou un but précis ».

liberté des motifs de son action. Transcendant la frontière entre droit public et droit civil, l'exigence de justification accompagne ainsi l'exercice du pouvoir par le contractant. Dans une certaine mesure, la relativisation de l'opposition entre contrats administratifs et contrats privés se traduit également par la diffusion croissante, en droit privé, d'un contrôle de proportionnalité²⁰². En effet, le rapprochement avec le droit public « s'explique par la parenté des questions à résoudre, et non l'attraction de l'un dans l'orbite de l'autre : en présence d'un pouvoir d'action par volonté unilatérale qui s'accompagne d'un certain déséquilibre de situations, le droit réagit en imposant des procédures, des délais, et en requérant une motivation que le juge contrôle tout naturellement au regard du principe de proportionnalité »²⁰³. Celui-ci pourrait donc bien constituer une source de finalisation des prérogatives juridiques exercées par les contractants en droit privé.

39. Conclusion de la section. – Ce tour d'horizon des obligations légales de justification imposées dans certains contrats spéciaux permet de dresser plusieurs constats. Tout d'abord, la nécessité pour un contractant de fournir de justes motifs s'observe surtout à propos de prérogatives unilatérales de rupture du contrat. Rien d'étonnant à cela puisque la rupture, lorsqu'elle est décidée unilatéralement et non souhaitée par l'autre partie, constitue l'un des actes étant le plus à même de porter atteinte aux intérêts de celle-ci. En effet, la décision d'anéantir unilatéralement le contrat fait lourdement grief au cocontractant favorable à son maintien²⁰⁴. La sanction de l'inobservation d'un préavis suffisant en cas de rupture unilatérale du contrat²⁰⁵ témoigne de la gravité de l'acte de rupture ainsi que de la

²⁰² Rappr. F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 67, p. 82 : « Les avancées du droit se sont accompagnées d'une prise en considération accrue, générale et consciente, d'un "principe de proportionnalité". Il s'agit partout et toujours de se demander si les moyens utilisés par le droit – institution, règle, solution – sont proportionnés aux buts visés ou, peut-on dire encore, s'il y a adéquation des moyens et des fins ». Comp. B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe*, préf. de A. JEAMMAUD, Dalloz, 2009, n° 419, pp. 253-254 : « La réticence à l'égard de la triade publiciste (situation-décision-finalité) tient, selon nous, à la diversité des expressions de l'exigence de proportionnalité en droit privé. Si certaines d'entre elles semblent *a priori* exprimer un rapport de moyen à but poursuivi, d'autres ne se glissent pas aisément dans ce moule ».

²⁰³ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 4, p. 5.

²⁰⁴ Rappr. M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, n° 7, p. 238 ; J. MESTRE, « Avant-Propos », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 7 ; J.-D. BRETZNER, « La durée, l'abus et le contrat », *RDC* 2009, p. 1662 et s., spéc. n° 15.

²⁰⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in G. LARDEUX, *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 21 et s., spéc. p. 25 : « L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce a changé la donne. Le droit de rompre reste discrétionnaire, en ce sens que celui qui rompt n'a pas l'obligation de motiver sa rupture, mais les modalités sont tellement contrôlées que celui qui rompt court le risque d'engager sa responsabilité ».

fonction protectrice assignée aux mécanismes encadrant la résiliation unilatérale du contrat²⁰⁶. La présence de l'obligation de justification dans les législations spéciales répond ainsi à un besoin de protection de catégories particulières de contractants²⁰⁷.

La rupture unilatérale du contrat est d'autant plus susceptible de léser les intérêts de la partie la subissant que celle-ci se trouve dans une situation de dépendance économique²⁰⁸. En sus du type de prérogatives concernées, c'est donc la nature du contrat en cause qui, semble-t-il, dicte le choix du législateur d'instaurer une obligation de justification à la charge du contractant en position dominante dans la relation contractuelle²⁰⁹. Cela explique sans doute la prégnance d'une telle exigence dans des législations spéciales telles que celle du contrat de travail²¹⁰, d'une part, et celle des baux d'habitation, et commerciaux, d'autre part. En effet, il est possible de « comprendre sans peine que si un abonnement à un journal, une police d'assurance... peuvent être résiliés ou non renouvelés sans que l'auteur de la rupture ait à se justifier, il est difficile de conserver une telle opinion lorsque le contrat en question est le moyen par lequel une personne assure son existence, la survie de son entreprise, ou la prospérité de son exploitation »²¹¹. L'encadrement des finalités de rupture du contrat répond ainsi à la nécessité d'éviter, dans ces contrats de « dépendance » ou de « situation [...] déterminants pour la vie d'une

²⁰⁶ P.-Y. GAUTIER, « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in P. FLEURY-LE GROS (dir.), *Le temps et le droit*, LexisNexis, 2010, p. 53 et s., spéc. n° 17, p. 56 : « L'objet du préavis, c'est donc pour l'essentiel permettre au destinataire de se recycler, c'est donc un mécanisme de protection d'une partie, de *limitation du dommage économique* » (souligné par l'auteur). Par ailleurs, rattachant l'exigence d'un préavis au devoir de ne pas commettre d'abus, B. FRETTELEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017, n° 308, p. 268.

²⁰⁷ Rappr. F. TERRE, « Synthèse », in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, p. 187 et s., spéc. p. 187 ; P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s., spéc. n° 10, p. 517.

²⁰⁸ V. B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 11 et s. spéc. n° 30, p. 16 : « [...] plus le distributeur a investi, plus il espère ; et plus il espère, plus il faudra agir avec précaution à l'heure de la séparation ».

²⁰⁹ Rappr. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 466.

²¹⁰ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 143 et s., spéc. p. 156 : « Il est évident que depuis toujours la protection du salarié est passée en grande partie par des règles restreignant le droit de résiliation unilatérale du contrat tel qu'il peut être exercé par l'employeur ».

²¹¹ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, préf. de J. GHESTIN, n° 283. V. égal. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, n° 21209, p. 729 : « le congé est étroitement réglementé dans les baux à statut car, s'il vient du bailleur, il menace la stabilité des intérêts ou de l'activité de celui que la loi entend protéger, c'est-à-dire le preneur ».

entreprise ou son niveau d'activité »²¹², l'application du droit commun de la rupture. À ce titre, les dispositions régissant le droit de licencier exercent une influence sur les règles applicables à la rupture d'autres contrats dont il s'avère que les parties constituent « toute une série de professionnels (concessionnaires, franchisés, intermédiaires commerciaux) dont la situation économique n'est pas fondamentalement différente de celle des salariés »²¹³. Le Conseil constitutionnel ne semble d'ailleurs pas dire autre chose lorsqu'il affirme qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis »²¹⁴. Cette limitation des causes de rupture de quelques contrats spéciaux induite par l'exigence de justification favorise la stabilisation du rapport contractuel au profit de certains contractants²¹⁵. Ainsi, « il n'est jusqu'aux mécanismes qui tendent à assurer *la stabilité des situations professionnelles* qui présentent des parentés : à la motivation obligatoire de l'acte de licenciement répond celle de la résiliation du mandat d'intérêt commun, assujettie à l'existence d'une cause légitime, ou celle du congé dans le bail commercial »²¹⁶. Le

²¹² M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. n° 8 : « Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique ». V. récemment, à propos de la notion de « *life time contrat* », M. FABRE-MAGNAN, « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435 et s., spéc. p. 440 : « [...] est apparue récemment, dans la doctrine européenne, la notion de "*life time contrat*" (LTC). Cette fort stimulante notion a été introduite précisément pour rassembler, dans une même catégorie, les contrats permettant de fournir des biens et des services essentiels pour la personne, ces contrats étant généralement de longue durée. Les auteurs s'intéressent ainsi à trois types de contrats (le contrat de travail, le contrat de bail et enfin le contrat de crédit à la consommation) afin d'essayer de définir des principes qui pourraient leur être communs ».

²¹³ J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.*, 1988, p. 405 et s. V. plus récemment, L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. de G. AUZERO, LGDJ, 2018. *Adde.* de manière plus nuancée, Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 et s., spéc. n° 11, p. 202 : « Tout ne saurait, cependant, être mis à l'actif au droit du travail. Car la proximité des solutions s'explique, pour partie au moins, par le nombre nécessairement limité des moyens d'assurer la stabilité d'une relation contractuelle ».

²¹⁴ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* (nous soulignons).

²¹⁵ *Adde.*, A. SUPLOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 47 et s., spéc. p. 63-64. L'auteur désigne l'obligation de motivation comme l'une des techniques assurant une « stabilisation du lien contractuel » ; V. égal., R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 7, p. 399 : « la fonction [...] du "juste motif", [...] est de tempérer le principe de libre révocabilité en vue de préserver une certaine stabilité des fonctions des dirigeants sociaux ». V. plus généralement sur la stabilité du contrat, P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960 ; A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005.

²¹⁶ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 4, p. 5 (nous soulignons). V. déjà, P. DURAND, « Préface », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, spéc. p. V : « Ainsi naît une dialectique de la durée et du moment, de la stabilité et de la rupture, toutes deux nécessaires à la vie sociale » ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats*

phénomène de finalisation des droits se diffuse donc aujourd'hui largement au sein de nombreux contrats spéciaux²¹⁷. Sans être présent au sein de tous les contrats spéciaux, ce mouvement marque une nette prise de distance des règles spéciales avec le droit commun, notamment celui applicable à la rupture du contrat²¹⁸.

SECTION 2 : LE REJET DE LA JUSTIFICATION EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

40. L'appréciation de la place du phénomène de finalisation des droits au sein des règles communes applicables au contrat exige, au préalable, de revenir sur les rapports que les obligations de justification et de motivation sont susceptibles d'entretenir entre elles.

41. Justification et motivation. – Le Dictionnaire *Robert* définit la motivation comme la « relation d'un acte aux motifs qui l'expliquent ou le justifient ». À suivre une telle acception, motivation et justification paraissent inséparables dans le langage commun. Ramenées au discours juridique, ces expressions enferment-elles une seule et même exigence ? S'agissant de l'exercice par les contractants des prérogatives qui leur sont reconnues, une distinction entre justification et motivation paraît pouvoir être esquissée²¹⁹. Motiver l'exercice d'un droit implique nécessairement, pour son titulaire, d'en extérioriser les motifs, c'est-à-dire formuler les raisons l'ayant déterminé à agir²²⁰. Ainsi définie, la motivation se présente de prime abord comme une exigence formelle²²¹, tandis que la

d'adhésion usuels, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 51, p. 49 : « L'insécurité grandissante que connaît notre époque a donc incité les contractants les plus faibles à rechercher davantage de stabilité ».

²¹⁷ Comp. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 17, p. 9 : « [...] la spécificité du phénomène étudié réside dans le contrôle des raisons d'agir des sujets de droit. La plupart des règles juridiques écartent une telle évaluation » (nous soulignons).

²¹⁸ Rappr. L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. de G. CORNU, Economica, 1987, p. 7 et s., spéc. n° 24, p. 24 : « [...] le mode étatique de régulation sociale impliquerait plutôt le renforcement des droits spéciaux au détriment du droit commun. Dans cette voie, il est topique d'observer que c'est essentiellement avec le développement de l'interventionnisme étatique que le législateur a multiplié les "statuts de contrats" [...] ».

²¹⁹ V. not. en ce sens, L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 et s. Adde, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 20, p. 11. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709 et s., spéc. n° 14, p. 718.

²²⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, spéc. n° 4, p. 306 : « En tout état de cause, lorsque l'on parle de motivation, c'est qu'une personne doit expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes ».

²²¹ En ce sens, X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 75 : « Juridiquement, la motivation relève de

justification de l'usage d'un droit revient à en démontrer le bien-fondé, la légitimité. De la sorte, contrairement à une obligation de motivation qui, au sens strict, renvoie à la communication des motifs, l'obligation de justification correspond à une condition de fond.

42. Un premier élément de différenciation se dessine alors : la justification induit « un jugement sur la relation entre l'acte et sa cause »²²² que n'implique pas la seule référence à l'obligation de motivation. À l'inverse de celle-ci, qui se conçoit parfaitement en dehors de tout contrôle de la réalité des motifs avancés, la justification suppose l'éventualité d'un contrôle du bien-fondé de l'action, seul à même de rendre compte du caractère finalisé d'une prérogative juridique²²³. Dès lors, si l'exigence de motivation offre un indice de la présence d'un droit finalisé, seul l'impératif de justification permet d'identifier, avec certitude, la présence d'un droit finalisé dans le contrat. En effet, imposer à un contractant qu'il fournisse les raisons de l'usage de son droit, d'une part, et lui imposer de faire la démonstration que cet usage repose sur une cause légitime, d'autre part, constituent deux exigences distinctes. Alors que l'exigence de motivation se trouve en principe satisfaite dès lors que les motifs sont formulés dans l'acte, celle de justification requiert un rapport d'adéquation entre les motifs qui fondent l'action et ceux qui sont limitativement autorisés. À ce titre, un auteur propose de distinguer entre deux sortes de motivation : « une motivation avancée ou une motivation justifiée »²²⁴. Il précise par ailleurs que « dans certaines hypothèses, l'auteur de l'avis doit seulement invoquer un motif, certes prévu par un texte, mais le recours à ce motif suffit alors à justifier l'avis et à lui faire produire pleinement ses effets. En ce sens, on peut considérer que la motivation a seulement à être avancée par l'auteur de l'avis »²²⁵. En l'absence de contrôle de la légitimité des motifs allégués, il est douteux qu'une « motivation avancée » puisse concrètement influencer sur le contenu des motifs pour lesquels un contractant exerce un droit. À suivre la distinction

la catégorie "forme" et les motifs de la catégorie "fond". Étudier la motivation des actes juridiques, c'est donc partir à la recherche des actes dont la régularité formelle suppose un exposé des motifs ». Rapp. P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 193.

²²² L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 et s., spéc. p. 555.

²²³ V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n° 435, p. 351. Relevant que « l'exigence d'une motivation obligatoire n'implique pas nécessairement un contrôle des motifs », l'auteur estime qu'il est « tout à fait concevable que l'exercice d'une prérogative discrétionnaire soit soumise à l'exigence d'une obligation de motiver sans pour autant conférer un pouvoir d'appréciation des juges dans le contrôle des motifs de l'acte ». V. égal. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, préf. de F. BUSSY, 2003, n° 525, p. 235.

²²⁴ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. de F. BUSSY, PUAM, 2003, n° 509, p. 229.

²²⁵ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. de F. BUSSY, PUAM, 2003, n° 510, p. 299.

dégagée par l'auteur, seule une « motivation justifiée » permettrait donc de reconnaître le caractère finalisé d'un droit.

43. Par ailleurs, le domaine de la motivation et celui de la justification ne se recoupent que partiellement. Si la motivation entretient nécessairement un lien avec les motifs d'un acte, tel n'est pas le cas de la justification qui peut parfois renvoyer aux seuls effets de l'action, indépendamment de toute considération des motifs. En ce sens, selon M. Aynès, « sans doute la motivation facilite-t-elle la justification. Mais celle-ci peut aussi se contenter d'une analyse fondée sur les effets, plutôt que sur les causes de l'acte. De plus, un acte peut être juste quoique non motivé. Il peut être motivé avec un luxe de détails, mais injuste »²²⁶. En guise d'illustration, peuvent être mentionnées les règles applicables au licenciement d'un salarié. La satisfaction de l'exigence de motivation de la lettre de licenciement par l'employeur ne préjuge pas de l'existence d'une cause réelle et sérieuse. En sens inverse, le non-respect de l'exigence formelle de motivation peut rejallir sur la justification du licenciement²²⁷. Par où l'on voit que la question de l'existence d'une cause réelle et sérieuse, qui manifeste la nécessité que l'acte pris soit justifié quant à ses raisons, ne se confond pas avec celle de la communication des motifs, autrement dit de sa motivation. Par ailleurs, il est des hypothèses dans lesquelles l'exercice d'un droit doit reposer sur des causes légitimes sans que cela ne se manifeste par l'obligation pour son titulaire de les divulguer. L'absence de motif à fournir pour l'exercice d'un droit n'exclut donc pas qu'en certaines hypothèses un tel motif doive néanmoins exister²²⁸. La question de la justification d'un acte peut se concevoir indépendamment de celle de sa motivation. Le régime de la révocation du mandat d'intérêt commun permet de s'en convaincre. Tout en autorisant sa rupture unilatérale pour une cause légitime reconnue en justice, les juges ne vont pas jusqu'à imposer une obligation de motivation à la charge du mandant. En effet, si une cause légitime de rupture doit exister, elle n'a pas pour autant à être formalisée au

²²⁶ L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 et s., spéc. p. 555. Rappr. à propos de l'acte de licenciement, P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 236, p. 246 : « Le licenciement peut être parfaitement motivé, en ce que la lettre décrit objectivement et dans le détail les griefs reprochés au salarié, et ne pas être justifié, parce que ces griefs ne sont pas avérés ou insuffisamment sérieux ». Comp. R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 91 et s., spéc. p. 91 : « La motivation se caractérise [...] par un double élément : la justification et l'extériorisation de cette justification ».

²²⁷ V. récemment sur la question, A. FABRE, « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 4.

²²⁸ F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, p. 566 et s., spéc. n° 4, p. 568 : « Il convient certainement de distinguer l'obligation d'exprimer une motivation de l'obligation de disposer, comme condition de fond, d'un motif légal. Il arrive que la personne qui décide soit astreinte à des conditions de fond, sans pour autant être tenue d'énoncer les raisons de son choix ».

moment de la prise de décision. En dehors même de toute extériorisation des motifs, la décision de révocation du mandat doit reposer sur un motif légitime.

44. L'importance de la distinction entre motivation et justification doit toutefois être nuancée pour au moins deux raisons. En premier lieu, lorsque le législateur subordonne la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle au respect de la condition de fond que constitue l'exigence de justification, il y adjoint le plus souvent une obligation de motivation. Pour reprendre les mots d'un auteur, « l'exigence de fond n'est sans doute qu'un préalable à l'exigence d'énonciation. Une fois la première reconnue, ce n'est qu'une question de temps avant que la seconde ne s'impose »²²⁹. Il arrive ainsi fréquemment que les exigences de motivation et de justification coexistent s'agissant du régime d'exercice d'une seule et même prérogative. L'affirmation se vérifie notamment à travers le congédiement du locataire ou encore celui du salarié. En ce sens, aux termes de l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989, régissant le statut des baux d'habitation, le congé donné par le bailleur « doit être justifié soit par la décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux ». Cette restriction légale des motifs admis pour l'exercice du droit se prolonge par une exigence de motivation puisqu'il ressort du même texte que « le congé donné par le bailleur doit indiquer le motif allégué ». De la même façon, alors que l'article L. 1232-1 prévoit en son alinéa 1^{er} que « tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre », l'alinéa second dispose quant à lui qu'« il est justifié par une cause réelle et sérieuse »²³⁰. Ainsi, afin de produire valablement leurs effets, le congédiement du preneur et le licenciement du salarié doivent être motivés et justifiés. Il n'est ainsi pas rare qu'à l'exigence légale de justification des motifs d'exercice d'un droit reconnu à un contractant se superpose une obligation de motivation de l'acte matérialisant l'exercice d'un tel droit. En second lieu, si l'exigence de motivation d'une décision ne commande pas en principe un examen judiciaire du bien-fondé de celle-ci, elle invite toutefois les juges à le faire²³¹. Ainsi, même lorsque

²²⁹ F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, p. 556 et s., spéc. n° 4, p. 569. Rapp. M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s., spéc. p. 574 : « Certains droits peuvent en effet être limités à des situations particulières, et donc subordonnés à une motivation [...] : il en est ainsi, parmi de très nombreux exemples, du droit de divorcer, qui ne peut être exercé que dans les cas et pour les motifs légalement prévus ».

²³⁰ De la même manière, l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT, qui exige un motif valable de licenciement du travailleur, est inséré dans une section relative à la « justification du licenciement ».

²³¹ En ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, n° 431 : « On ne saurait nier, en pratique, l'existence d'une forte corrélation entre

le législateur n'a pas expressément soumis l'exercice d'un droit à sa justification, l'exigence de motivation peut en pratique conduire à une restriction des raisons d'agir du contractant et, corrélativement, à une appréciation judiciaire de leur légitimité. L'exigence de motivation d'un acte favorise ainsi l'instauration d'un contrôle des justifications de celui-ci. En effet, « en obligeant à fonder les décisions sur des motifs acceptables, puisque communiqués, elle conduit à écarter, *a priori*, et à censurer *a posteriori*, les justifications condamnables parce que capricieuses, dolosives, discriminatoires, etc. »²³². Certains vont jusqu'à considérer que « le contrôle minimum consistera pour les juges à n'admettre que les raisons suffisamment sérieuses pour justifier le dommage causé au cocontractant »²³³. En certaines occasions, la jurisprudence opère d'ailleurs un rapprochement explicite entre les exigences de motivation et justification. Il en va par exemple ainsi lorsqu'elle déduit le caractère injustifié d'un acte de son absence de motivation. En ce sens, la Chambre sociale estime qu'à défaut d'énonciation des motifs le licenciement prononcé est dépourvu de cause réelle et sérieuse²³⁴. L'absence de motivation équivaut dans ce cas à une absence de justification. De la même manière, s'agissant de l'exclusion par un syndicat professionnel de l'un de ses membres, il a été jugé par la Chambre des requêtes que « lorsqu'aux termes des statuts d'un syndicat professionnel, l'exclusion peut être prononcée contre les membres de ce syndicat, après enquête, pour certains faits déterminés, la délibération par laquelle l'un des membres est exclu, et dont la copie lui est notifiée, doit mentionner la cause de l'exclusion »²³⁵. Ce qui a conduit la juridiction à admettre qu'« à défaut de cette mention,

l'obligation de motiver et le contrôle judiciaire des motifs. [...] Et lorsque l'auteur d'un acte unilatéral motive sa décision, nul doute qu'il songe à la manière dont les motifs qu'ils invoquent pourraient être, le cas échéant, appréciés par le juge. [...] On observera du reste que la motivation emprunte souvent les termes utilisés par le juge lui-même, comme si l'auteur de l'acte cherchait, par avance, à s'assurer de la licéité des motifs qu'il invoque ». V. égal., S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé, Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, préf. de Ch. RADE, LGDJ, 2011, n° 538, p. 434 : « [...] l'exigence croissante d'une motivation de l'acte, emporte un insidieux renforcement du contrôle de la cause de l'acte par l'interaction existant entre obligation formelle de motivation et abus de droit. L'énoncé des motifs de la rupture permet indéniablement au juge d'apprécier plus aisément le caractère abusif ou légitime de la rupture ».

²³² 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 et s., spéc. n° 2, p. 581. V. égal. en ce sens, Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 113.

²³³ M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s., spéc. p. 577.

²³⁴ Par exemple, Cass. soc. 20 janv. 1993, n° 91-41.931 : *Bull. civ.* V, n° 17 – Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 95-41.575. Il convient toutefois de remarquer que depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article L. 1235-2, alinéa 3 du Code du travail prévoit désormais qu'« à défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ».

²³⁵ Req., 15 mars 1910, *D. P.* 1913, 5, 30.

les juges du fond peuvent décider que le syndicat ne justifie pas que l'exclusion ait été prononcée pour l'une des causes prévues par les statuts »²³⁶. En pareille situation, l'irrespect de l'obligation de motivation influe directement sur l'appréciation par les juges du bien-fondé de la décision. Bien qu'elles soient théoriquement distinctes, les exigences de justification et de motivation convergent fortement en pratique. Au titre de leurs influences croisées, l'existence d'une obligation de motivation devrait faciliter et donc encourager l'appréciation des raisons d'agir du contractant.

45. Obligation de motivation et réforme du droit des contrats. – De longue date, la place réduite de l'exigence de motivation des actes juridiques en droit privé a été mise en relief²³⁷. Si l'usage d'une prérogative juridique par un contractant n'a pas en principe à être motivé, il arrive toutefois que le législateur subordonne l'usage de certaines prérogatives au respect d'une obligation de motivation. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 en fournit quelques exemples épars. *Prima facie*, la question des motifs d'exercice des droits paraît donc étrangère aux dispositions formant le droit commun du contrat. En effet, alors que la doctrine s'est régulièrement interrogée sur l'opportunité d'une généralisation de l'obligation de motivation en droit des contrats²³⁸, la réforme de 2016-2018 consacre plusieurs prérogatives unilatérales sans les assortir systématiquement d'une exigence procédurale de motivation. Une obligation de motivation a néanmoins été instaurée dans deux situations distinctes²³⁹. Il en va ainsi de la possibilité pour l'une partie des parties, dans les contrats cadre, de fixer unilatéralement le prix « à

²³⁶ Req., 15 mars 1910, *D. P.* 1913, 5, 30.

²³⁷ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, Colloque Limoges 1998, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 75 : « Le constat est celui de la rareté des actes juridiques relevant d'une obligation de motivation. La raison en est qu'il existe très certainement un principe de non-motivation des actes juridiques » ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e s.*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n^o, p. 305 : « Jusqu'à présent l'obligation de motivation n'était guère présente dans la théorie générale civiliste du contrat, mais on en voit aujourd'hui apparaître quelques exemples épars ».

²³⁸ V. not., Débats in *RDC* 2004, p. 555 s. ; X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, Colloque Limoges 1998, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 77 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e s.*, LGDJ, 2001, p. 301 et s. ; R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation, RLDC*, janv. 2012, n^o 89, p. 91 et s. ; D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n^o 19, p. 34 et s.

²³⁹ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », p. 514 et s., spéc. p. 518 : « [...] l'existence de l'obligation de motivation apparaît, à la lecture de l'ordonnance du 10 février 2016, quelque peu erratique [...]. Mais quelle est alors la logique d'une obligation de motivation soit tantôt imposée, tantôt ignorée ? ».

charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation »²⁴⁰. Le texte institue seulement une « obligation de motiver au “second degré” »²⁴¹ dès lors que son déclenchement se trouve conditionné à l'élévation d'une contestation par le débiteur. Par ailleurs, l'article 1226, alinéa 3, du Code civil impose au créancier, en cas de résolution unilatérale par notification, d'indiquer au débiteur les raisons motivant sa décision²⁴². Quant au point de savoir si ces obligations de motivation conduiront à fixer positivement les motifs pour lesquels le créancier peut user de son droit, il conviendra à l'avenir de scruter les décisions qui seront rendues au visa des nouveaux textes²⁴³. Il est en tout cas certain que l'exigence faite au contractant de fournir les raisons qui motivent ses choix encourage la possibilité d'un contrôle de leur bien-fondé.

46. Les raisons du rejet de l'exigence de justification. – La mise à l'écart de l'exigence de justification des dispositions du droit commun des contrats s'observe tout d'abord à travers le choix opéré par la réforme de 2016-2018 d'écarter le terme « justifier » du vocabulaire contractuel. Tel est le cas des nouveaux textes consacrant la faculté de fixation unilatérale du prix. En effet, alors que les articles 1163 et 1164 du projet d'ordonnance mentionnaient une obligation de « justifier » le prix, l'ordonnance de 2016 a finalement retenu dans les articles 1164 et 1165 le terme « motiver »²⁴⁴. Le choix du mot « motiver », ou plus exactement celui d'écarter le mot « justifier », n'a assurément rien de

²⁴⁰ Article 1164, alinéa 1^{er}, du Code civil. V. sur les changements d'une telle exigence de motivation implique sur le contrôle de la fixation unilatérale du prix, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 676, p. 523 : « [...] le contrôle de l'abus se déporte vers un contrôle, nécessairement plus marqué, de la motivation de la décision prise par le titulaire de la prérogative ». Adde, G. HILGER, « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* juill. 2018, n° 143, p. 5 et s.

²⁴¹ Selon la formule de J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 210, p. 844 et s., spéc. p. 850.

²⁴² Article 1226, alinéa 3, du Code civil : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

²⁴³ S'interrogeant sur la portée exacte de la procédure instaurée par le texte, D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, public. électron. www.daniel-mainguy.fr, Montpellier, 2016, n° 238, p. 192 : « C'est à l'aune de la sévérité de la jurisprudence, et du respect d'une "procédure" il est vrai peu coutumière du droit des contrats, qu'on mesurera l'émergence, ou non, d'une telle "obligation de motivation" » ; G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 83 et s., spéc. n° 14 : « La rédaction du texte ne résout toutefois pas la question délicate du degré de motivation requis [...] ».

²⁴⁴ Sur un tel constat, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, note 505, p. 313. V. en jurisprudence antérieurement à la réforme, Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 01-00.475 : *Bull. civ. I*, n° 190 ; D. 2005, p. 1828, note D. MAZEAUD ; CCC 2003, n° 151, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, p. 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P.-Y. GAUTIER.

fortuit²⁴⁵. Un tel rejet de l'exigence de justification se manifeste également au regard du contenu des règles composant le Code civil rénové. À ce titre, en présence d'un contrat à durée indéterminée dont la rupture n'est pas encadrée par des textes spéciaux, le législateur reconnaît à chacune des parties une faculté de rupture unilatérale à condition pour elles d'observer un délai de préavis suffisant. L'article 1211 du Code civil prévoit ainsi que « 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 »²⁴⁶. La Cour de cassation estime classiquement que cette rupture peut être décidée librement en ce sens qu'elle ne se trouve subordonnée à aucune exigence de justification ni de motivation²⁴⁷. À défaut de dispositions particulières, le principe est donc, en droit commun des contrats, celui d'une rupture non finalisée du contrat conclu à durée indéterminée. Une telle faculté de rupture discrétionnaire tire son fondement de la prohibition des engagements perpétuels²⁴⁸. La reconnaissance d'un principe général de prohibition des engagements perpétuels par l'article 1210 du Code civil²⁴⁹ poursuit un objectif de préservation de la liberté individuelle des contractants qui passe par l'admission d'une faculté de se délier du contrat sans avoir à fournir de justification²⁵⁰. Les termes du

²⁴⁵ V. de manière générale, G. LYON-CAEN, « Le langage en droit du travail », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 1 et s., spéc. p. 1 : « [...] c'est moins "les mots de la loi" qui retiennent l'attention, que "le choix" de ceux-ci. [...] Pour dire l'essentiel en une formule simple : le choix des mots est un acte politique du législateur ».

²⁴⁶ V. égal. en jurisprudence, Cass. com., 8 févr. 2017, n° 14-28.232 : D. 2017, p. 678, note A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE ; *AJ Contrat* 2017, p. 222, obs. CATTALANO-CLOAREC ; *JCP G* 2017, 325, G. LOISEAU : « le contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, mais constitue une convention à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement, à condition de respecter un juste préavis ».

²⁴⁷ Par ex. Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 : *Bull. civ. I*, n° 82 ; CCC 2006, n° 99, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2006, p. 704, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-21.175 : CCC 2010, n° 36, note L. LEVENEUR – Cass. com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086 : *Bull. civ. IV*, n° 10 ; *RTD com.* 2010, p. 762, obs. D. LEGEAS ; *JCP E* 2010, 1656, obs. J.-B. SEUBE. V. égal. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. de F. BUSSY, 2003, n° 540.

²⁴⁸ En ce sens, Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021, n° 158, p. 140 : « [...] la prohibition de l'engagement perpétuel, comme la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale supposent que cette faculté puisse être exercée librement et sans que les raisons en soient données. Dans le cas contraire, on ruinerait la faculté de résiliation, en rapprochant exagérément le régime du contrat à durée indéterminée de celui du contrat à durée déterminée ».

²⁴⁹ V. antérieurement à la réforme, J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 251 et s. ; F. RIZZO, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.* janv. 2000, p. 60 ; « Réflexions sur les engagements perpétuels et le droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437. Plus récemment, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le contrat à exécution successive, le contrat à durée indéterminée et l'engagement perpétuel : de quelques incertitudes persistantes avant et après la réforme », *D.* 2017, p. 678.

²⁵⁰ L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, préf. de E. PUTMAN, LGDJ, 2013, n° 282, p. 230 : « Parce qu'elle est un des aspects de la liberté contractuelle, la faculté de rompre est assurément une liberté fondamentale, dont nous avons pu constater la valeur supra-légale. Elle n'implique dès lors, par principe, aucune motivation » ; L.-F. PIGNARRE, « La codification des principes constitutionnels dans le Code civil »,

rapport adressé au Président de la République sont sans ambiguïtés : « conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels, cette règle fait écho au principe de la liberté contractuelle affirmée précédemment dans les dispositions liminaires, un cocontractant ne pouvant pas être indéfiniment lié par un contrat »²⁵¹. Ce faisant, le « principe de départ »²⁵² du droit des contrats demeure, encore après la réforme, celui de la liberté contractuelle²⁵³. Une appréciation stricte du principe de prohibition des engagements perpétuels dans le droit commun du contrat constitue donc un frein au phénomène de finalisation des droits²⁵⁴, notamment de rupture. Si le droit commun du contrat ne se saisit généralement pas de la question des motifs de l'action, les parties peuvent prévoir contractuellement les raisons pour lesquelles la rupture unilatérale du contrat pourra intervenir²⁵⁵. Le caractère d'ordre public de la faculté de résiliation du contrat conclu à durée indéterminée s'oppose néanmoins à son éviction par une clause du contrat²⁵⁶. La reconnaissance d'une telle faculté unilatérale de rupture au profit de chacun des contractants témoigne d'une conception des

in Dossier, Constitution et contrat, RDC 2018, p. 648 et s., spéc. p. 650 : « S'engager de manière perpétuelle, c'est, à terme, aliéner sa propre personne ». Par ailleurs, sur la justification économique du principe de prohibition des contrats perpétuels, L. VOGEL, « Recodification civile et renouvellement des sources internes », *in Le Code civil 1804-2004, Le livre du Bicentenaire*, Dalloz/Juris-Classeur, 2004, p. 159 et s., spéc. n° 28, p. 169.

²⁵¹ Rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016- du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

²⁵² J.-M. MOUSSERON, « Un principe de départ : la liberté contractuelle », *in Inventer*, Centre du droit de l'entreprise Montpellier, 2001, p. 49 et s. Rapp. F. TERRE, « Rapport introductif », *in Th. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3 et s., spéc. p. 4. V. égal. après la réforme, H. LECUYER, « L'optimisme », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 et s., spéc. p. 619 : « La liberté contractuelle gagne des galons dans la réforme de 2016 ».

²⁵³ M. LATINA, « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *in M. LATINA (dir.), La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, n° 7, p. 4 : « Une chose est certaine, le droit français des contrats reste un droit des contrats libéral qui pose, en principe, la liberté contractuelle. Quant à la réforme, il est difficile de dire si elle est d'inspiration libérale ou sociale ».

²⁵⁴ Il en va différemment des législations spéciales prenant en compte la qualité des parties afin de consacrer une certaine stabilité contractuelle au profit de la partie faible. V. ainsi, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 32, p. 32 ; R. NOGUELLOU, « La fin du contrat, Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Contrats publics*, vol. 1, Université Montpellier I, 2006, p. 341 et s., spéc. p. 354.

²⁵⁵ Sur une telle possibilité, D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 18, p. 42 ; Th. GENICON, « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, *RDC* 2011, p. 832 et s. Par ailleurs sur l'efficacité d'une telle clause, J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 31 mai 1994, *RTD civ.* 1995, p. 108 : « [...] si l'on veut que le contrat ait une valeur, il ne faut pas exagérer la portée d'une formule qui risque clairement de conduire à la perpétuité des engagements dès lors qu'aucune des hypothèses prévues de rupture ne se réalise ».

²⁵⁶ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-12.914, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. égal. Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP* 1971, I, 2413, spéc. n° 11 ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 346.

rapports contractuels reposant sur un postulat d'égalité des parties²⁵⁷. L'attribution bilatérale de cette faculté assure par ailleurs le respect de la force obligatoire des contrats²⁵⁸.

47. Article 1193 du Code civil et justification de la révocation. – Manifestation de la liberté contractuelle des parties²⁵⁹, la décision conjointe de révoquer le contrat ne se trouve soumise à aucune condition particulière de forme ou de fond. Elle trouve son fondement dans la volonté des parties et la force obligatoire du contrat. En principe, le *mutuus dissensus* s'oppose donc à un anéantissement ou à une modification unilatérale du contrat. S'il n'institue pas à proprement parler une obligation de justification, l'article 1193 du Code civil reconnaît implicitement, sous forme d'exception, la possibilité pour le législateur de consacrer une telle exigence à propos de la modification ou de la rupture de certains contrats par l'une des parties. Le texte dispose en effet que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou *pour les causes que la loi autorise* »²⁶⁰. La modification ou la rupture du contrat peuvent ainsi être décidées soit conjointement²⁶¹ soit unilatéralement mais, dans ce cas, uniquement pour des causes légalement prévues²⁶². Le législateur pourra donc intervenir pour préciser les raisons

²⁵⁷ En ce sens, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. de Y. LEQUETTE, *Economica*, 2006, n° 54, p. 32 : « Le maintien du contrat peut [...] apparaître comme un élément perturbateur dans un droit privé qui reste dominé par le principe de l'autonomie de la volonté ». V. égal. D. MAZEAUD, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », note sous Cass. com., 2 juill. 2002, *D.* 2003, p. 93 et s., spéc. n° 3 : « Parmi les instruments de promotion d'un équilibre contractuel minimum et de la protection contre l'arbitraire inhérent à l'existence d'un pouvoir unilatéral octroyé par le contrat ou par la loi à un contractant dans une relation de dépendance s'étalant dans la durée, l'obligation de motivation occupe une place de choix [...] ».

²⁵⁸ Ph. DELEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Economica*, 1999, p. 61 et s., spéc. p. 63 : « Au vrai, ce principe n'est pas vraiment remis en cause si la révocation est offerte aux deux parties : s'il y a une bilatéralité dans l'unilatéralité, la résiliation unilatérale est concevable ». Rapp. D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 24, p. 44 : « La faculté de résiliation unilatérale ou la liberté de non-renouvellement ont été consenties au moment de la conclusion du contrat. Leur mise en œuvre n'attestant par elle-même d'aucune remise en cause de l'accord originel ou de la volonté de sanction, aucune exigence de motivation ne saurait s'imposer [...] ».

²⁵⁹ C. PERES, « Liberté contractuelle », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 714 et s., spéc. p. 717 : « L'article 1102 n'y fait pas référence mais la liberté contractuelle comprend aussi celle de modifier ou de mettre fin au contrat d'un commun accord, liberté que l'article 1193 du Code civil rattache à la force obligatoire du contrat ».

²⁶⁰ Nous soulignons. V. Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., *Economica*, 2021, n° 538 : « Si la résiliation suppose les consentements des parties, conformément au principe du respect de la parole donnée, tel qu'il est affirmé à l'article 1193 du Code civil, le texte laisse entendre qu'elle est quelquefois possible unilatéralement lorsqu'il précise "pour les causes que la loi autorise", par opposition à la résiliation par consentement mutuel ».

²⁶¹ V. notamment, R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252 et s. ; E. PUTMAN, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125 et s. ; G. COUTURIER, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 926.

²⁶² Article 1193 du Code civil : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Au moment de l'élaboration du Code civil, les

pouvant justifier la rupture ou la modification unilatérales du contrat et ainsi instaurer des droits finalisés de rupture ou de modification. L'affirmation se trouve confortée à la lecture de la décision 99-419 DC du 9 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité, dans laquelle le juge constitutionnel a décidé, dans son considérant 61, qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation »²⁶³. Il en ressort que l'exercice d'un droit unilatéral de rupture peut parfaitement dépendre de la poursuite de certaines finalités limitativement fixées par le législateur. C'est ce que semblait d'ailleurs dire Dabin lorsqu'il affirmait que « le législateur est assurément libre de ne donner un droit qu'à la condition qu'il en soit fait un usage déterminé soit quant au mode, soit même quant à la fin ; d'où résultera que tout autre usage sera d'emblée mauvais, illicite »²⁶⁴. Pour autant la possibilité pour le législateur de limiter les causes d'exercice des droits concerne, ainsi que la décision du Conseil constitutionnel susvisée l'évoque, certains contrats au sein desquels il convient d'assurer la protection d'une partie faible. La poursuite d'un tel objectif étant essentiellement assurée par les législations spéciales, le phénomène de la finalisation des droits s'observe donc logiquement en dehors du droit commun des contrats.

48. Conclusion de la section. – Le droit commun des contrats impose en certaines occasions au titulaire d'un droit de communiquer les raisons qui fondent son exercice sans qu'il ne soit possible d'évoquer une généralisation de l'obligation de motivation ni celle de justification. En dépit de l'entrée timide, mais remarquée, de l'obligation de motivation au sein des dispositions du Code civil depuis la réforme de 2016-2018, l'exigence de justification y est encore largement absente. La réforme du droit des contrats encadre l'exercice des prérogatives unilatérales qu'elle consacre sans aller toutefois jusqu'à

rédateurs partageaient semble-t-il l'idée qu'« un contrat formé par le concours de deux volontés ne peut être rompu par la volonté d'un seul des contractants » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, 1836).

²⁶³ Cons. const., 9 nov. 1999, décision n° 99-419 DC, relative au pacte civil de solidarité : *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. à propos de cette décision, P. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 410, p. 360 : « [...] la décision PACS a clairement posé le principe, certes limité à "certains contrats", d'une obligation de motivation en cas de rupture du lien contractuel ».

²⁶⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 (réimp. 2008), p. 238. Comp. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 38, p. 34 : « Aussi nombreuses soient-elles, les limites qu'impose la loi au titulaire du droit n'en font jamais un droit finalisé ». Pourtant, aucune raison d'ordre théorique ou technique s'oppose à une telle éventualité. Lorsque le législateur décide d'attribuer un droit à un contractant sous réserve d'un usage déterminé quant aux finalités susceptibles d'être poursuivies, il peut difficilement être soutenu qu'un tel droit n'est pas finalisé. Tant son exercice que son contrôle sont orientés par les finalités prévues par le législateur.

imposer une exigence de fond de justification²⁶⁵. Même l'exigence procédurale de motivation ne constitue pas un élément commun aux différents régimes d'exercice des pouvoirs unilatéraux. Pour l'heure, le phénomène de finalisation des droits ne s'observe donc pas au sein des dispositions constituant le droit commun des contrats.

49. Conclusion du chapitre. – À l'œuvre dans de nombreuses législations spéciales, le phénomène de la finalisation des droits reste à l'état embryonnaire au sein des dispositions communes applicables aux contrats²⁶⁶. L'essor et le développement de l'exigence de justification dans le droit spécial des contrats ont été soutenus par la recherche d'une certaine pérennité du rapport contractuel au profit du contractant présumé faible²⁶⁷. Alors que la tendance à la stabilité du lien contractuel a favorisé la finalisation des droits dans le droit spécial des contrats, le principe de prohibition des engagements perpétuels continue de freiner son développement en droit commun des contrats.

Bien que de plus en plus de contrats connaissent un développement de l'existence de justification en leur sein, le droit commun des contrats reste sur ce point en retrait. Les législations spéciales instaurant un contrôle de la justification de l'exercice de certaines prérogatives offrent ainsi le visage « d'un droit spécial de rupture d'avec le droit commun »²⁶⁸. La diffusion de l'exigence de justification au sein des dispositions spéciales applicables à divers contrats ainsi que son refoulement du droit commun des contrats interrogent sur sa possible appartenance à un « corps de règles intermédiaires entre les règles communes à tous les contrats et les règles propres aux contrats les plus spéciaux »²⁶⁹.

²⁶⁵ Sur les différents mécanismes de contrôle applicables aux prérogatives unilatérales, M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvrier* juill. 2012, n° 768, p. 459 et s., spéc. p. 465 : « Le droit commun des contrats lui-même a, au demeurant, admis un certain unilatéralisme [...]. Mais ce pouvoir unilatéral est alors assorti de techniques de contrôle et les mécanismes correcteurs : principalement la bonne foi, l'abus de droit ou encore l'obligation de motivation ».

²⁶⁶ Rapp. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, n° 199, p. 291 : « Face à cette marée de lois spéciales, qui n'a pas manqué d'affecter l'équilibre général du droit privé et de créer une certaine instabilité juridique, les textes consacrés au droit civil *stricto sensu* sont beaucoup moins nombreux ».

²⁶⁷ Rapp. B. FAGES, « Des motifs de débat... », *RDC* 2004, p. 563 et s. : « [...] beaucoup de contrats se délient donc déjà au prix d'une nécessaire explication ». De manière générale, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 8, p. 5 : « [...] la question de la justification est d'une importance cardinale pour l'étude des transformations du droit car c'est le plus souvent dans l'ordre de la justification qu'elles se repèrent ».

²⁶⁸ Distinguant « le droit spécial d'application du droit commun » du « droit spécial de rupture d'avec le droit commun », J.-M. LELOUP, « Le droit de l'agence commerciale, droit commun ou droit spécial ? », in J.-Cl. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 209 et s., spéc. p. 210.

²⁶⁹ L'expression est celle employée par l'Association Henri Capitant dans l'exposé des motifs de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux. V. not. sur cette question, D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* 2006, p. 615 et s., spéc. n° 1 ; J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des

CHAPITRE 2 : LES MANIFESTATIONS DANS LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL

50. En dehors des obligations de justification instaurées par le législateur, la jurisprudence peut-elle intervenir pour imposer la justification de l'exercice de certaines prérogatives ? De prime abord, une telle possibilité paraît devoir être condamnée. Un premier argument en sens pourrait être tiré de l'article 1193 du Code civil. En effet, il résulte de ses dispositions que la modification ou la révocation du contrat n'est susceptible d'intervenir que du consentement mutuel des parties ou « pour les causes que la loi autorise »²⁷⁰. Il incomberait ainsi au législateur de déterminer les hypothèses dans lesquelles un contrat peut être modifié ou rompu unilatéralement par l'une des parties²⁷¹. À suivre la formule retenue par le texte, il ne pourrait y avoir de prérogatives finalisées en dehors des cas expressément prévus par le législateur. Une telle interprétation de l'article 1193 du Code civil se trouve d'ailleurs confortée à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui décide qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation »²⁷². Un examen de la jurisprudence démontre pourtant qu'elle contribue, au même titre que la loi, à l'émergence de droits finalisés au sein des rapports contractuels. Pour s'en convaincre, il suffit à ce stade d'observer que, faisant écho aux « causes que la loi autorise », la jurisprudence a pu restreindre les possibilités de révocation de certains contrats aux « causes reconnues en justice »²⁷³. De la sorte, le juge

contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597 et s., spéc. p. 599 ; P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2006, p. 610 et s., spéc. n° 10, p. 613 ; P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 et s., spéc. p. 834.

²⁷⁰ V Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, Economica, 10^e éd., 2021, n° 538, p. 522-523 : « Si la résiliation suppose les consentements des parties, conformément au principe du respect de la parole donnée, tel qu'il est affirmé à l'article 1193 du Code civil, le texte laisse entendre qu'elle est quelquefois possible unilatéralement lorsqu'il précise "pour les causes que la loi autorise", par opposition à la résiliation par consentement mutuel ».

²⁷¹ Sur les hypothèses de modification et de résiliation unilatérales, H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 47 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 61 et s.

²⁷² Cons. const., 9 nov. 1999, décision n° 99-419 DC, *relative au pacte civil de solidarité* : *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES (nous soulignons).

²⁷³ Cf. par exemple à propos de la révocation du mandat d'intérêt commun par le mandant, Cass. civ., 13 mai 1885 : *DP* 1885, I, 350 : « Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement

s'autorise parfois, et ce en l'absence même de texte l'y invitant, à opérer un contrôle des motifs d'exercice des prérogatives juridiques reconnues à un contractant et plus particulièrement celui de leur bien-fondé. Il convient ainsi d'envisager les divers outils mobilisés par le juge pour finaliser l'exercice des prérogatives juridiques. Ces outils sont ceux qui permettent au juge de réaliser un contrôle de la légitimité des motifs ayant déterminé un contractant à exercer une prérogative. Ce qui frappe à l'analyse, c'est la pluralité des instruments judiciaires susceptibles de conduire à la finalisation des prérogatives. À ce titre, sera tout d'abord étudiée l'influence de la reconnaissance par le juge d'un intérêt commun sur le caractère finalisé de certaines prérogatives juridiques (section 1). Par ailleurs, instrument de relativisation de l'exercice des droits, la technique de l'abus débouche parfois sur une appréciation de la légitimité des motifs avancés par le contractant, contribuant ainsi au mouvement de finalisation des droits (section 2). Enfin, figure au sein des outils judiciaires de finalisation des prérogatives le contrôle de la justification de l'atteinte aux droits fondamentaux. En effet, au nom de la protection due aux droits fondamentaux du cocontractant, le contrôle de proportionnalité pourrait participer à la diffusion de l'exigence de justification de l'action unilatérale du contractant (section 3).

SECTION 1 : LA RECONNAISSANCE D'UN INTERET COMMUN ET LA FINALISATION DES DROITS

51. Notion d'intérêt commun. – La notion d'intérêt commun fait partie de ces standards du droit auxquels le législateur recourt sans en définir le contenu. Elle se retrouve au sein de dispositions relatives aux contrats de société, d'agence commerciale ou encore à celui de promotion immobilière²⁷⁴. Il résulte ainsi de l'article 1833 du Code civil que la société « est constituée dans l'intérêt commun des associés »²⁷⁵, de l'article 1831-1 du

de leur consentement mutuel, ou *pour une cause reconnue en justice*, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées par le contrat » (nous soulignons).

²⁷⁴ Sur les multiples références légales à la notion d'intérêt commun, L. MAUPAS, « L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 431 et s., spéc. n° 1, p. 432.

²⁷⁵ Article 1833 du Code civil. V. égal. J.-Cl. MAY, « La société : contrat ou institution ? », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122 et s., spéc. p. 138 : « Sans doute la société est-elle la forme la plus achevée des « contrats » d'intérêt commun, dont la catégorie, a-t-on écrit, mériterait d'être élaborée, à moins qu'il ne soit plus aisé de dégager, à la place, la notion de contrat de collaboration ; quoi qu'il en soit, la notion de société-institution paraît ici bien loin ». *Adde* sur la notion d'intérêt commun des associés, A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189 ; D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380.

même code que le contrat de promotion immobilière « est un mandat d'intérêt commun »²⁷⁶ ou encore des dispositions du Code de commerce que « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties »²⁷⁷. Par ailleurs, c'est encore à la notion de « contrat conclu dans l'intérêt des deux parties » à laquelle recourt le législateur afin de déterminer le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle instaurée par la loi Doubin de 1989²⁷⁸. La notion d'intérêt commun²⁷⁹, tout comme celle de contrat d'intérêt commun²⁸⁰, sont loin de constituer des figures inconnues du droit des contrats. En effet, plusieurs dispositions légales s'y réfèrent explicitement²⁸¹. Néanmoins, l'usage de la notion d'intérêt commun ne suffit pas à en éclairer le contenu²⁸². Quoi qu'il en soit, à défaut de définition légale de l'intérêt commun, c'est vers la jurisprudence qu'il faudra nécessairement se tourner dès lors que la notion, d'origine prétorienne, a été dégagée pour la première fois par la Cour de cassation à propos du contrat de mandat. À partir de la jurisprudence rendue en la matière, les éléments permettant de caractériser l'existence d'un intérêt commun peuvent être dégagés. Ainsi, que recouvre l'intérêt commun des parties à un contrat de mandat ? Une première réponse est donnée par un arrêt fondateur datant de 1885 duquel il résulte qu'un mandat est qualifié d'intérêt commun lorsqu'« il y a intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle »²⁸³. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, rédigé par l'Association Henri Capitant, admet une conception plus étroite en retenant le qualificatif de mandat d'intérêt commun lorsque « la rémunération du mandataire est liée à la création ou au développement de la clientèle du

²⁷⁶ Article 1831-1 du Code civil.

²⁷⁷ Article L. 134-4 du Code de commerce.

²⁷⁸ Article L. 330-3, alinéa 1, du Code de commerce.

²⁷⁹ M. MEKKI, « Intérêt commun », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 678 et s., spéc. p. 678 : « C'est le droit, et spécialement le droit privé, qui est irradié par la notion d'intérêt commun ».

²⁸⁰ Sur les origines antiques du contrat d'intérêt commun, S. LEQUETTE, « Éclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *RDC* 2018, p. 297.

²⁸¹ L. MAUPAS, « L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 431 et s., spéc. p. 439 : « Rigoureusement, l'intérêt commun n'est pas effectif du seul fait qu'il soit cité par le législateur ou les juges. [...] l'intérêt commun est souvent difficile à déceler dans les situations ou parfois, la loi, les juges et les auteurs le considèrent explicitement ou implicitement présent ».

²⁸² T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s., spéc. p. 582 : « Comme ces gens que l'on côtoie sans les connaître, l'intérêt commun est pour le juriste un concept familier mais encore énigmatique ».

²⁸³ Cass. civ., 13 mai 1885 : *DP* 1885, 1, p. 350. V. égal., à propos d'un contrat conclu entre un diffuseur de presse et son mandant, Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-15.935 : *Bull. civ.* IV, n° 44 ; *RTD com.* 2000, p. 711, obs. B. BOULOC ; *D.* 2000, p. 165, obs. J. FADDOUL ; *JCP G* 2000, II, 10355, note É. CADOU ; *JCP E* 2001, 322, obs. Ph. GRIGNON – Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444 : *Bull. civ.* IV, n° 57 ; *RTD com.* 2007, p. 590, obs. B. BOULOC ; *CCC* 2007, n° 124, note M. MALAURIE-VIGNAL.

mandant »²⁸⁴. Quoi qu'il en soit, la qualification de mandat d'intérêt commun exige, pour l'heure, la présence d'un intérêt réciproque du mandat et du mandataire à l'accroissement d'une clientèle commune²⁸⁵. Ainsi, le fait que la clientèle appartienne au seul intermédiaire conduit la jurisprudence à écarter l'existence d'un tel mandat²⁸⁶. La reconnaissance d'un intérêt commun traduit donc l'existence d'un rapport de collaboration, de coopération entre les parties au contrat. Contrairement au mandat ordinaire, dans lequel le mandataire agit dans l'intérêt exclusif du mandant dès lors que la réalisation de l'objet du mandat n'intéresse que celui-ci, le mandat d'intérêt commun se caractérise par la convergence des intérêts de l'ensemble des parties²⁸⁷. Si la gratuité du mandat fait assurément pencher celui-ci du côté des mandats ordinaires, son caractère salarié ne suffit pas à la caractérisation d'un mandat d'intérêt commun²⁸⁸. De la même manière, la reconnaissance d'un intérêt commun ne peut se fonder sur la seule qualité de professionnel du mandataire²⁸⁹. Toutefois, la professionnalisation du mandat a amené la jurisprudence à ne plus systématiquement y voir un contrat destiné à la satisfaction du seul intérêt du mandant. En effet, « le développement des mandats professionnels à titre onéreux a conduit à tempérer cette vision

²⁸⁴ Article 143, alinéa 4, de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant. V. de manière critique sur cette définition, D. GANTSCHNIG, « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », in H. KASSOUL et D. GANTSCHNIG (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 99 et s., spéc. p. 105.

²⁸⁵ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 5, p. 87. Dans le même sens, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 31278, p. 1127. Adde de manière plus générale, M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, V° « Intérêt commun », p. 691 et s., spéc. p. 692 : « L'intérêt est dit commun en raison, soit d'une identité entre les intérêts, soit encore d'une certaine convergence entre les intérêts » ; M. MEKKI, « Intérêt commun », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 678 et s., spéc. p. 678 : « L'intérêt est dit commun en raison, soit de la complémentarité des intérêts, soit d'une identité entre les intérêts, soit encore d'une certaine convergence entre les intérêts ».

²⁸⁶ V., par ex., Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759 : *RTD* 2008, p. 828, obs. D. LEGEAIS (à propos d'un intermédiaire en opération de banque dont la mission se cantonnait à la présentation de clientèle en vue de la conclusion d'opérations de banque). V. par ailleurs sur la notion d'intermédiaire, N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. de Ch. JAMIN, LGDJ, 2007.

²⁸⁷ En ce sens, T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s., spéc. p. 585 : « En un mot, l'intérêt commun apparaît dès lors qu'il existe une convergence d'intérêts entre les parties. Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : l'intérêt commun c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes » (souligné par l'auteur). Adde, A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016, n° 153, p. 65. V. égal. à propos du contrat de concession, Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010, n° 61, p. 29 : « L'intérêt commun procède de la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune, au sein de laquelle leurs intérêts particuliers, tout en subsistant, convergent étroitement et se subliment dans un intérêt supérieur, l'intérêt du réseau ».

²⁸⁸ Par ex., Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1966 : *Bull. civ.* I, n° 359 – Cass. com., 20 janv. 1971, n° 69-14.744 : *Bull. civ.* IV, n° 20.

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1984, n° 83-10.897 : *Bull. civ.* I, n° 92 (à propos du mandat donné à un agent immobilier).

des choses et à admettre, en certains cas, qu'un intérêt commun aux deux parties puisse contrarier la règle énoncée à l'article 2004 du Code civil »²⁹⁰.

52. Afin de déterminer l'influence exercée par la reconnaissance d'un intérêt commun sur l'encadrement des motifs d'exercice des droits, il convient d'apprécier son rôle dans la construction du mandat d'intérêt commun (§1) ainsi que ses limites (§2).

§ 1 : La construction du mandat d'intérêt commun

53. Exigence d'une cause légitime de révocation du mandat d'intérêt commun. – L'article 2004 du Code civil prévoit que le mandant peut révoquer le contrat de mandat « quand bon lui semble »²⁹¹. Parce que le mandat ordinaire est conclu dans l'intérêt exclusif du mandant, celui-ci possède la faculté de rompre unilatéralement le contrat, indépendamment de la durée pour laquelle il a été conclu²⁹². Contrairement à cette libre révocabilité du mandat, le mandat d'intérêt commun ne peut être révoqué, selon une jurisprudence constante depuis 1885, que « par le consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat »²⁹³. Ainsi, à défaut de rupture conventionnelle ou de stipulations aménageant des conditions ou modalités spécifiques de rupture, l'anéantissement unilatéral du mandat d'intérêt commun doit être fondé sur une cause légitime reconnue en jurisprudence. Il pourra s'agir de la faute du mandataire ou encore des motifs tirés de la nécessité d'une réorganisation de l'entreprise du mandant²⁹⁴. En l'absence de cause légitime, le mandataire peut réclamer l'allocation de dommages et intérêts en compensation du préjudice subi du fait de la rupture. Dès lors, le régime attaché à la qualification de mandat d'intérêt commun se veut, en principe, plus favorable au mandataire que le régime applicable en présence

²⁹⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2017, n° 986, p. 735.

²⁹¹ Article 2004 du Code civil.

²⁹² Cass. 3^e civ., 27 avr. 1988, n° 86-11.718 : *Bull. civ.* III, n° 80 ; *D.* 1989, p. 351, obs. Ch. ATIAS : « malgré la durée prévue, le mandat de syndic peut être révoqué à tout moment ».

²⁹³ Cass. civ., 13 mai 1885 : *DP* 1885, 1, p. 350. La solution a par la suite été réaffirmée de manière constante par la Cour de cassation, Cass. com., 10 févr. 1975 : *Bull. civ.* IV, n° 39 ; *JCP* 1975, IV, 113 – Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989 : *Bull. civ.* I, n° 229 – Cass. com., 3 juin 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 172 – Cass. com., 18 janv. 2000 : *CCC* 2000, n° 75, note L. LEVENEUR.

²⁹⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 422 : « Ainsi, les “causes légitimes” de rupture du mandat d'intérêt commun peuvent être, soit inhérentes à la personne du mandataire soit non inhérentes comme celles liées à l'organisation des affaires du mandant ».

d'un mandat ordinaire²⁹⁵. Il apparaît, ainsi, que l'instauration de l'exigence d'une cause légitime de révocation a pour principal intérêt d'écarter le caractère *ad nutum* du droit de révocation afin de protéger le mandataire dès lors qu'il est mis fin unilatéralement à sa mission²⁹⁶. Ainsi que l'observe M. Ost, l'intérêt commun, « émousse les arêtes tranchées du droit subjectif sans pour autant condamner les intérêts individuels »²⁹⁷. En introduisant un contrôle de la légitimité des motifs de la révocation, le régime juridique attaché à la qualification de mandat d'intérêt commun atteste que la notion figure parmi les outils de finalisation des droits²⁹⁸. Certains semblent y voir la trace d'une exigence accrue de bonne foi²⁹⁹. En effet, « l'intérêt commun justifie dans certains types de relations contractuelles [...] une régulation plus intense des comportements, l'instauration de normes communes et un renforcement de la pérennité du lien contractuel »³⁰⁰. En tout cas, parce qu'il implique un débat judiciaire sur les raisons de la révocation, l'intérêt commun favorise la conciliation des intérêts des parties au moment de la rupture du lien contractuel³⁰¹.

²⁹⁵ D. GANTSCHNIG, « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », in H. KASSOUL et D. GANTSCHNIG (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 99 et s., spéc. p. 104 : « Distinguer le mandat du mandat d'intérêt commun est une démarche intéressante tant le régime du mandat s'explique par le fait que l'exécution de la mission du mandataire n'a d'intérêt que pour le mandant. Dès lors que l'exécution du mandat a aussi de l'intérêt pour le mandataire, ce sont non seulement les règles relatives à la rupture du contrat qui doivent être revues, mais pas uniquement ».

²⁹⁶ J. HEMARD, « Les agents commerciaux », *RTD com.* 1959, p. 573 et s., spéc. n° 4, p. 577 : « le droit de révocation discrétionnaire et unilatéral du mandant s'explique par la conception ancienne du mandat [...] mais, lorsque le mandataire a un intérêt certain au maintien du mandat et à son exécution, cette révocation *ad nutum* ne peut plus être admise » ; A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 21, p. 97 : « La logique du contrat d'intérêt commun implique que celui qui tire profit de l'activité du créateur ne puisse impunément disposer, en mettant fin au rapport contractuel, d'une clientèle qui est commune » ; Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* juill. 2017, V° « Mandat », spéc. n° 407 : « La qualification d'intérêt commun paralyse la faculté discrétionnaire de rompre le mandat à durée indéterminée, et entraîne un contrôle de la révocation du mandant de durée indéterminée ».

²⁹⁷ F. OST, *Droit et intérêt, vol. 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 151.

²⁹⁸ V. T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s., spéc. p. 638 : « l'intérêt commun est un mécanisme correcteur qui relaie ici l'abus de droit, en allant plus loin que ne le permet ce dernier ; parce qu'il évite d'avoir à étendre et à déformer l'abus de droit pour obtenir le résultat souhaité, *l'intérêt commun contribue à affiner le droit* » (nous soulignons).

²⁹⁹ En ce sens, J.-M. LELOUP, « Le droit de l'agence commerciale, droit commun ou droit spécial ? », in J.-Cl. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 209 et s., spéc. p. 211 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 667, p. 610. Comp. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2012, spéc. n° 228 et s.

³⁰⁰ M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, V° « Intérêt commun », p. 691 et s., spéc. p. 692.

³⁰¹ En ce sens, A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016, n° 337.

54. La création jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun a par la suite été consacrée par le législateur s'agissant du contrat d'agence commerciale. Ainsi, après avoir rappelé dans un alinéa premier que le contrat d'agence commerciale constituait un mandat conclu dans l'intérêt commun des parties, l'article 3 du décret du 23 décembre 1958 précisait, en son alinéa second, que la résiliation intervenant à l'initiative du mandant ouvrait droit à une indemnité compensatrice du préjudice subi dès lors qu'elle n'était pas justifiée par une faute du mandataire³⁰². Par la suite, le législateur est venu, à la faveur d'une loi du 25 juin 1991, renforcer la protection ainsi reconnue à l'agent commercial par rapport au régime jurisprudentiel applicable en présence d'un mandat d'intérêt commun. En ce sens, il ressort du dispositif institué aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce que la faute justifiant la révocation de l'agent commercial ne peut être qu'une faute grave et que le droit à une indemnité ne se cantonne pas à l'hypothèse de la résiliation du contrat. En effet, alors que l'article L. 134-13 requiert expressément une faute grave au titre des motifs légitimes, la jurisprudence relative au mandat d'intérêt commun exige, quant à elle, une cause légitime reconnue en justice. Les motifs légitimes de révocation du contrat d'agence commerciale feraient ainsi l'objet d'une limitation plus importante que pour les mandats d'intérêt commun ne recevant pas une telle qualification. Par ailleurs, il ressort de l'article L. 134-12 que l'agent commercial a droit à une indemnité « en cas de cessation de ses relations avec le mandant ». Au regard de la généralité de la formule employée, il peut être soutenu que le non-renouvellement injustifié du contrat d'agence commerciale ouvre également droit à une indemnisation de l'agent commercial³⁰³. Sur ce point, le régime jurisprudentiel attaché à la notion de mandat d'intérêt commun se situe en retrait par rapport à la protection légale reconnue à l'agent commercial³⁰⁴. Par conséquent,

³⁰² Décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux.

³⁰³ V. J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s., spéc. p. 22.

³⁰⁴ V., par ex., Cass. com., 5 déc. 1989, n° 88-12.431 : *Bull. civ.* IV, n° 304 – Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2008, n° 05-15.079 : « le mandat litigieux, conclu pour une durée déterminée, étant venu à expiration, le seul refus de le renouveler ne pouvait ouvrir droit à indemnité ». V. par ailleurs, en faveur d'une extension de l'obligation de motivation, D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165 et s., spéc. p. 170 : « [...] ces solutions de principe et, singulièrement l'absence de motivation dans la rupture sont tenues en échec pour certains contrats, comme le contrat d'agence commerciale, à telle enseigne que l'on peut se demander s'il ne devient pas nécessaire et logique de les renverser dans tous les contrats de situation » ; G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1986, n° 289, p. 231-232 : « L'intérêt commun, malgré ses imperfections et sa limitation au contrat de mandat, traduit la volonté de la jurisprudence de prendre en considération la situation de dépendance du mandataire, en imposant à son cocontractant de motiver la décision par laquelle il le prive de son moyen d'existence. Il serait souhaitable de généraliser le principe de la motivation obligatoire qui, incontestablement, limite les risques et la fréquence des ruptures ».

le degré de finalisation du droit de révocation du contrat d'agence commerciale est supérieur à celui des autres mandats d'intérêt commun. Alors que le mandant peut mettre fin à un mandat d'intérêt commun pour une cause légitime reconnue en jurisprudence, la cessation du contrat d'agence commerciale doit être justifiée par une faute grave de l'agent commercial, sans quoi celui-ci pourra obtenir l'indemnité prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce.

55. Ces différences de régime démontrent que le processus de finalisation d'un droit est susceptible de divers degrés. Le caractère finalisé d'un droit, et partant sa relativité, s'intensifie à mesure que les motifs susceptibles de légitimer son exercice se restreignent³⁰⁵. En tout état de cause, qu'il s'agisse de la construction jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun ou du statut légal des agents commerciaux, la reconnaissance d'un mandat d'intérêt commun s'inscrit dans une démarche de stabilisation du lien contractuel³⁰⁶.

§ 2 : Les limites du mandat d'intérêt commun

56. Les limites du mandat d'intérêt sont de deux ordres : elles tiennent à son rayonnement (I) ainsi qu'à sa vigueur (II).

I- Les limites tenant à son rayonnement

57. Voyant le contrat comme une sorte de microcosme, Demogue relevait, dans une formule devenue célèbre, que « c'est une petite société où chacun doit travailler dans un

³⁰⁵ Rapp. à propos de l'abus de droit, R. BOFFA, *Droit civil 1^{re} année, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020, n° 599, p. 227 : « [...] comme l'exercice d'un droit implique une dose d'impunité, la gravité de la faute dépend de l'intensité du droit [...] » ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 57, p. 86 : « [...] l'énergie et la valeur des droits subjectifs apparaissent très inégales. Pour qu'il y ait abus, la jurisprudence requiert – suivant un ordre décroissant de sévérité – tantôt une mauvaise foi caractérisée, tantôt un détournement du droit de sa fonction ou de pouvoir, tantôt une faute simple ou l'absence d'un intérêt légitime, tantôt seulement un dommage excessif ; enfin, point extrême de cette gradation, il existe quelques droits discrétionnaires, insusceptibles d'abus, de moins en moins nombreux ».

³⁰⁶ En ce sens, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1986, n° 288, p. 230 : « L'effet essentiel de l'intérêt commun est donc de retirer au mandant son droit de révocation *ad nutum* [...], ce qui a pour effet d'entraîner une certaine stabilité du contrat ». V. de manière générale, P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960 ; A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, préf. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2005.

but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »³⁰⁷. À en croire l'auteur, la poursuite d'un intérêt commun serait finalement un trait commun à tous les contrats. Pourtant, s'il ne fait guère de doute que certains contrats, à l'instar du mandat d'intérêt commun³⁰⁸, tendent effectivement à l'instauration d'un rapport de coopération entre les parties³⁰⁹, il n'en va pas de la sorte de nombreux contrats, tels que les contrats-échanges ou contrats-permutation, pour lesquels c'est l'antagonisme des intérêts en présence qui caractérise le rapport contractuel. Au sein de la grande famille des contrats, seuls certains mériteraient ainsi le qualificatif d'intérêt commun, à moins d'ôter toute dimension opératoire à la notion³¹⁰. Par ailleurs, la réalité de la catégorie des contrats d'intérêt commun ne saurait être réfutée sous prétexte que la réforme du droit des contrats en fait l'économie³¹¹. En ce sens, certains textes spéciaux font expressément référence aux contrats conclus dans l'intérêt commun des deux parties³¹².

58. La notion d'intérêt commun ne se cantonne pas aux seuls mandats. D'autres contrats tels que la franchise ou la concession sont également animés par intérêt commun³¹³. Se

³⁰⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1932, n° 3, p. 9.

³⁰⁸ Sur le rattachement du mandat d'intérêt commun à la catégorie des contrats-coopération, v. notamment A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016, spéc. n° 154, p. 65.

³⁰⁹ V. not., J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2012 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de Cl. BRENNIER, Economica, 2012.

³¹⁰ Rappr. L. MAUPAS, « L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 431 et s., spéc. n° 24, p. 445 : « [...] l'intérêt commun est une notion fonctionnelle qui génère des ambiguïtés. [...] La précision des qualifications contribue plus au progrès du droit que la multiplication des concepts imprécis ».

³¹¹ V. de manière critique sur cette absence au sein des textes nouveaux, S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148. Rappr. A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE, « Durée », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 517 et s., spéc. p. 521 : « Même si le modèle du contrat-échange est en recul dans le Code civil, ne serait-ce que par cette nouvelle section consacrée à la durée, on ne trouve en revanche guère trace de l'aspect relationnel du contrat pourtant largement valorisé en doctrine ». V. de manière plus optimiste, M. MEKKI, « Intérêt commun », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 678 et s., spéc. p. 681.

³¹² J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly Éditions/Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. n° 9, p. 115 : « L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 a toutefois énoncé le terme de contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties. Il semble que cette adjonction, résultant d'un amendement parlementaire, ait été faite dans l'intention de donner une certaine consécration législative à cette notion ».

³¹³ V. A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 8, p. 88 : « La manifestation la plus connue de la conjonction intérêt commun et clientèle réside dans le mandat d'intérêt commun. Mais le contrat d'intérêt commun ne se limite pas à cette unique hypothèse : d'autres contrats méritent à notre avis la qualification de contrat d'intérêt commun ». Égal. en ce sens à propos du contrat de franchise, E. LAMAZEROLLES, « La franchise », in J.-Cl. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 217 et s., spéc. p. 224 ; C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, 2017, LexisNexis, spéc. n° 45, p. 44.

pose alors la question de savoir si la caractérisation d'un intérêt commun entraîne, pour ces contrats qui se distinguent du mandat, les mêmes effets que ceux attachés à la qualification de mandat d'intérêt commun. En effet, en dehors du mandat, la reconnaissance d'un intérêt commun conduit-elle également à l'instauration de l'exigence d'une cause légitime de révocation ?

59. Un régime cantonné au contrat de mandat. – L'article 1^{er} de loi Doubin du 31 décembre 1989, ayant institué l'article L. 330-3 du Code de commerce, renvoie pour son application à la notion de contrat conclu dans l'intérêt commun des parties. Le texte impose, pour un tel contrat, la délivrance d'une information précontractuelle. Dans la mesure où les contrats de franchise et de concession relèvent des dispositions de ce texte, celui-ci avait renouvelé, notamment chez certains concessionnaires et franchisés, l'espoir d'obtenir, comme pour le mandataire d'intérêt commun, une indemnité compensatrice du préjudice résultant de la cessation des relations contractuelles³¹⁴. Sans aucune ambiguïté, la jurisprudence s'y est fermement opposée. En dépit de l'existence d'un intérêt commun entre les partenaires contractuels, les juges ont refusé d'étendre le régime prétorien du mandat d'intérêt commun aux contrats ne constituant pas un mandat. À ce titre, il a été jugé que « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun »³¹⁵. La solution semble difficilement contestable dans la mesure où le contrat de concession se saurait effectivement être confondu avec un mandat. En se prononçant de la sorte, la Cour de cassation entend exclure l'application du régime attaché à la qualification de mandat d'intérêt en l'absence de mandat. Selon la Haute juridiction, la notion d'intérêt commun est insusceptible de jouer un rôle dans l'encadrement de la cessation des relations contractuelles unissant un concédant et un concessionnaire. En ce sens, dans une décision du 8 janvier 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation a écarté toute exigence de justification du refus de renouvellement du contrat en affirmant que « l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les

³¹⁴ Sur ce point M.-E. ANDRE, *Les contrats de la grande distribution*, préf. de J. M. MOUSSERON, Litec, 1991, n° 383, p. 188-189 ; F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 103.55, p. 475.

³¹⁵ Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158 : *Bull. civ.* IV, n° 252 ; *D.* 1998, p. 333, obs. D. FERRIER ; *ibid.* p. 413, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* p. 370, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1998, p. 401, obs. B. BOULOC. V. égal. M. MAYMON-GOUTALOY, « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.* 1982, p. 518. Comp. P.-Y. GAUTIER, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 130 et s. : « [...] la concession n'est-elle point un contrat mixte ou complexe, empruntant partiellement à la nature et donc au régime du mandat ? ».

conditions de l'arrêt de leur collaboration »³¹⁶. Ce faisant, si la Cour de cassation admet, aux termes d'une telle solution, qu'il puisse exister un intérêt commun en dehors de l'hypothèse du mandat, elle s'abstient de se référer directement à l'expression de contrat d'intérêt commun. Les juges paraissent assez peu enclins à employer une telle notion en l'absence de mandat³¹⁷. Il apparaît ainsi que l'intérêt commun contractuel peut être « atypique ou implicite lorsque l'idée est présente mais la notion n'est pas formellement consacrée par le droit positif »³¹⁸. En tout état de cause, la Haute juridiction ne fait produire aucun effet à la reconnaissance d'un tel intérêt s'agissant des conditions de la cessation d'un contrat autre que le mandat. Comme cela a été justement relevé, « économiquement, le franchisé participe à l'essor de la clientèle du réseau dans son ensemble, en sorte que le choix de ne pas l'indemniser est un choix de politique juridique : si le contrat de franchise n'est pas encore aujourd'hui qualifié de contrat d'intérêt commun, ce n'est pas parce qu'il n'est pas animé par un intérêt commun, mais parce que la catégorie des contrats d'intérêt commun n'existe pas en dehors des contrats de représentation »³¹⁹. En dépit de l'objectif affiché par le législateur de moraliser les contrats de distribution³²⁰, la Cour de cassation campe sur ses positions en refusant de déduire de la notion de contrat conclu dans l'intérêt commun des parties, invoquée par l'article L. 330-3 susvisé, une quelconque exigence de justification de la rupture des contrats de distribution³²¹. Bien que les contrats de concession et de franchise soient conclus dans l'intérêt commun des contractants, une telle considération n'a pas conduit à l'instauration d'une indemnisation du distributeur en cas de cessation de la relation contractuelle. S'il ne fait guère de doute que la notion d'intérêt commun constitue un outil de finalisation de la rupture unilatérale du contrat en présence

³¹⁶ Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142 : *Bull. civ.* IV, n° 1 ; *D.* 2002, p. 567, obs. E. CHEVRIER ; *ibid.* p. 3009, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 2002, p. 323, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RTD com.* 2002, p. 530, obs. B. BOULOC ; *CCC* 2002, n° 78, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *CCC* 2002, n° 87, obs. L. LEVENEUR.

³¹⁷ En ce sens, M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 269, p. 224. V. égal. P.-Y. GAUTIER, « Nature et régime juridique du mandat : Jeux croisés », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 89 et s., spéc. n° 16, p. 94.

³¹⁸ M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, V° « Intérêt commun », p. 691 et s., spéc. p. 692.

³¹⁹ C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, 2017, LexisNexis, spéc. n° 45.

³²⁰ V. G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », *JCP E* 1990, II, 15809.

³²¹ En ce sens, J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly-Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. n° 9, p. 115 : « Il est donc douteux qu'à partir de cette mention dans une loi particulière, la Cour de cassation modifie sa position très ferme actuelle » ; J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s., spéc. p. 22 : « [...] les juges ont depuis lors nettement cantonné cette disposition dans son domaine déclaré, c'est-à-dire celui de l'obligation de renseignement du producteur, et ne l'ont pas faite rayonner au-delà ».

d'un mandat, il n'en est pas de même lorsque l'intérêt commun a un autre support contractuel. Les juges refusent pour l'heure de se saisir de la notion de contrat d'intérêt commun afin de lui faire produire des effets analogues à ceux qui résultent de la qualification de mandat d'intérêt commun³²². Ce refus des juridictions d'étendre la protection reconnue au mandataire d'intérêt commun à certains distributeurs s'explique essentiellement par le fait que ces derniers sont propriétaires de leur clientèle et agissent pour leur compte³²³. Approuvant un tel raisonnement, certains auteurs estiment qu'il serait inopportun, en raison de l'indépendance juridique du distributeur, d'appliquer aux contrats de concession et de franchise le régime juridique attaché au mandat d'intérêt commun. Selon M. Ghestin, « le régime qui se déduit de la notion de mandat d'intérêt commun n'a pas lieu de s'appliquer à des situations de fait, dans lesquelles une clientèle commune peut ou non exister selon les circonstances, de telle sorte qu'aucune règle de portée générale ne peut être instituée en dehors du contrôle de l'abus du droit de résiliation unilatérale »³²⁴. En sens inverse, d'autres considèrent qu'il serait pertinent d'étendre le régime juridique du mandat d'intérêt commun à l'ensemble des contrats pouvant être qualifiés d'intérêt commun et, ce faisant, de reconnaître un droit à indemnité au profit de certains distributeurs. D'un point de vue plus pragmatique, il a été remarqué qu'« un concessionnaire avec lequel le concédant vient de rompre, n'est parfois plus en mesure de continuer à exploiter la clientèle dont le droit lui reconnaît la propriété, faute de pouvoir lui vendre le produit auquel elle est attachée »³²⁵. Champaud relevait à ce titre que le concessionnaire « subit une sorte de spoliation licite »³²⁶. Certains arguments militent donc en faveur d'une extension du régime du mandat d'intérêt commun à d'autres intermédiaires

³²² En faveur d'un changement, P.-Y. GAUTIER, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 130 : « [...] transcendant le critère de l'intérêt commun, on devrait le faire sortir du mandat pour l'appliquer à la catégorie plus vaste du contrat ». Rapp. Th. REVET, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *RDC* 2015, p. 1005 et s. : « Il n'est que temps de mettre fin à une disparité de solutions que rien de consistant ne soutient ni ne justifie ». Par ailleurs, regrettant l'absence de prise en compte de la catégorie des contrats d'intérêt commun par la réforme, S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148 et s.

³²³ En ce sens, Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010, n° 57, p. 27 ; F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 103.55, p. 475. V. déjà, C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451 et s., spéc. n° 31, p. 475.

³²⁴ J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly – Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. n° 9. V. égal. en ce sens, Ph. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127 et s., spéc. n° 19, p. 139 et n° 31, p. 149. Comp. P.-Y. GAUTIER, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 130 et s.

³²⁵ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 3, p. 86.

³²⁶ C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451 et s., spéc. n° 33, p. 477.

dont la situation économique n'est pas véritablement éloignée de celle des agents commerciaux ou encore celle des mandataires d'intérêt commun. Par ailleurs, il est loisible d'observer que le législateur lui-même³²⁷, ou encore parfois le juge³²⁸, ont pu relever la présence de mandats d'intérêt commun dans des cas où l'existence d'un pouvoir de représentation était pourtant loin d'être évidente.

60. En tout état de cause, le législateur et le juge paraissent réticents à utiliser la notion de contrat d'intérêt commun dans le but de faire produire à celle-ci les mêmes effets que ceux normalement attachés à la qualification de mandat d'intérêt commun³²⁹. En d'autres termes, l'existence d'un intérêt commun ne conduit à une finalisation des prérogatives de rupture du contrat qu'en présence d'un mandat d'intérêt commun. Ainsi, les intermédiaires qui ne constitueraient pas des agents commerciaux, ou plus largement des mandataires d'intérêt commun, ne peuvent bénéficier de la protection particulière accordée à ces derniers. Il ressort de la jurisprudence que les distributeurs pourront néanmoins obtenir une certaine protection en cas de requalification du contrat. Ainsi, un contrat de concession pourra être requalifié en mandat d'intérêt commun en présence d'un véritable pouvoir de représentation juridique³³⁰ ou encore un contrat de franchise en contrat de travail dès lors qu'il existe un lien de subordination juridique³³¹. Dès lors, s'agissant de la fin de leur contrat, les concessionnaires et les franchisés demeurent en principe soumis au droit commun de la rupture des contrats. Autrement dit, le non-renouvellement ainsi que la résiliation du contrat n'ont pas à être justifiés par un motif légitime et ne donnent pas lieu

³²⁷ Il en va ainsi du contrat de promotion immobilière qui est considéré de manière critiquable, par les dispositions de l'article 1831-1 du Code civil, comme constitutif d'un mandat d'intérêt commun. V. égal. en ce sens, F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 675, p. 696 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz, 2017, n° 3321.491, p. 1686.

³²⁸ Par ex., Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444 : *Bull. civ. IV*, n° 57 ; *RTD com.* 2007, p. 590, obs. B. BOULOC ; *CCC* 2007, n° 124, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *JCP E* 2008, n° 20, note Ph. GRIGNON (à propos d'un diffuseur de presse qualifié de mandataire d'intérêt commun) – Cass. com., 25 nov. 2014, n° 13-25.266. V. égal., P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2017, n° 987, p. 736-737 : « La Haute juridiction s'abrite en réalité derrière l'appréciation des juges du fond, exerçant un contrôle de base légale pour le moins restreint, et semble accepter de déduire du constat d'une clientèle commune et de l'intérêt du diffuseur à sa création et son développement l'existence d'un mandat... nécessaire à la reconnaissance d'un mandat d'intérêt commun ».

³²⁹ En ce sens, Ph. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127 et s., spéc. n° 31 : « le développement du concept d'intérêt commun suppose l'adoption d'un cadre juridique, toujours absent aujourd'hui ».

³³⁰ Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-16.691 : *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *D.* 2001, p. 2826, obs. E. CHEVRIER ; *ibid.* p. 3245, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 2002, p. 150, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2002, I, 134, obs. G. VIRASSAMY.

³³¹ Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-16.342 : *D.* 2013, p. 732, obs. D. FERRIER.

à une indemnité de fin de contrat. Seul le contrôle de l'abus de droit permettra à ces distributeurs d'obtenir une certaine protection lors de la cessation des relations contractuelles³³². D'ailleurs, si l'existence d'un intérêt commun dans les contrats de concession et de franchise ne permet ni aux concessionnaires ni aux franchisés d'obtenir une indemnité de rupture en l'absence de motif légitime, son influence pourrait néanmoins se faire sentir à propos de la caractérisation d'un abus dans la rupture³³³. C'est alors sur le terrain de l'abus des droits que se posera, une nouvelle fois, l'épineuse question de l'opportunité d'instituer une exigence de justification de la cessation unilatérale des relations de distribution. Il suffira, à ce stade, d'évoquer l'absence d'unité de la jurisprudence en la matière puisque, si certaines décisions écartent tout examen des motifs de la rupture unilatérale ou du non-renouvellement des contrats de distribution³³⁴, d'autres accueillent favorablement l'existence d'un abus en l'absence de motifs ou en présence de motifs erronés³³⁵.

II- Les limites tenant à sa vigueur

61. La caractérisation d'un mandat d'intérêt commun exerce une influence certaine sur le régime de la révocation du contrat. En effet, la nécessité d'une cause légitime finalise la rupture du contrat. Cette influence de la qualification de mandat d'intérêt commun sur le régime d'exercice des droits se trouve néanmoins limitée tant par la possibilité de prévoir des clauses contraires (A) que par la nature strictement indemnitaire de la sanction prévue en cas de non-respect de l'exigence d'une cause légitime de révocation (B).

³³² V. J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s., spéc. p. 21-22.

³³³ V. Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010, n° 316, : « Pour autant, l'abus dans la rupture peut sans doute être plus facilement admis dans un contrat d'intérêt commun, et *a fortiori* si l'idée de partenariat est retenue, que dans un contrat ordinaire : le seuil de qualification de la faute serait abaissé ».

³³⁴ Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199 : *D.* 2001, p. 3240, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

³³⁵ V. par ex. Cass. com., 20 janv. 1998, n° 96-18.353 : *Bull. civ.* IV, n° 40 ; *D.* 1998, p. 333, obs. D. FERRIER ; *ibid.* p. 413, note JAMIN ; *ibid.* 1999, p. 114, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. MESTRE ; *CCC* 1998, n° 56, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1999, II, 10018, note J.-P. CHAZAL – Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-12.402 : *Bull. civ.* IV, n° 171 *D.* 1998, p. 113, obs. D. MAZEAUD ; *RTD com.* 1998, p. 405, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.* 1997, p. 935, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1997, I, 406, obs. Ch. JAMIN. V. égal. D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 721 : « Est discutée la sanction du concédant qui justifie la cessation de la relation par des motifs erronés. Si certaines décisions l'avaient admise même dans le cas où le concédant pouvait mettre fin au contrat en se bornant à notifier sa volonté de ne pas poursuivre la relation, la jurisprudence majoritaire retient une solution contraire tant à l'égard du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée que de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ».

A- En présence d'une clause de résiliation *ad nutum*

62. Absence d'impérativité de l'exigence d'une cause légitime de révocation.

L'exigence d'une cause légitime de révocation, résultant de l'existence d'un mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, est supplétive. Selon la jurisprudence, la révocation du mandat d'intérêt commun peut intervenir « suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat »³³⁶. Autrement dit, il est reconnu aux parties la faculté d'insérer dans le contrat de mandat une clause aux termes de laquelle la rupture pourra être décidée unilatéralement sans préavis³³⁷, sans motif et finalement sans aucune indemnité compensatrice du préjudice subi³³⁸. La solution adoptée en jurisprudence contraste ainsi avec celle que le législateur a retenue à propos du contrat d'agence commerciale. Revêtant un caractère d'ordre public, le droit à réparation de l'agent commercial en cas de cessation du contrat ne peut valablement être écarté que dans les cas limitativement prévus par l'article L. 134-13 du Code de commerce. De la sorte, il a été jugé que « quelles que soient les clauses de résiliation prévues dans le contrat, la légitimité de la rupture de celui-ci doit s'apprécier au regard des dispositions d'ordre public des articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce »³³⁹. Les parties ne sauraient donc valablement remettre en cause, par le biais de stipulations contractuelles, l'exigence légale d'une faute grave. Autrement dit, les parties ne disposent pas de la faculté de substituer un droit de révocation *ad nutum* au droit de révocation finalisé institué par le législateur.

63. Si les parties à un mandat d'intérêt commun peuvent, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un contrat d'agence commerciale, exclure contractuellement l'exigence d'une cause légitime de révocation, il ne fait guère de doute qu'en pratique une telle stipulation ne

³³⁶ Cass. com., 25 nov. 2014, n° 13-25.266 (efficacité de la clause stipulée dans un contrat d'intérêt commun prévoyant que la convention étant révocable *ad nutum* elle pouvait être résiliée par chacune des parties sans motif).

³³⁷ Cass. 3^e civ., 30 oct. 1961 : *Bull. civ.* I, n° 386 (clause du mandat réservant à chacune des parties de mettre fin au contrat "pour quelque cause que ce soit, sans préavis et sans indemnité").

³³⁸ Sur la validité d'une telle clause, M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 261 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz, 2017, n° 3321.492, p. 1686. V. cependant en sens contraire, A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 31, p. 103 : « À vrai dire, la notion d'intérêt commun comporte un caractère d'ordre public qui bannit de tout contrat d'intérêt commun les clauses faisant échec à l'indemnisation du créateur ».

³³⁹ Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.173 : CCC 2013, n° 112, obs. N. MATHEY. V. égal. J.-M. LELOUP, « Le droit de l'agence commerciale, droit commun ou droit spécial ? », in J.-Cl. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 209 et s., spéc. p. 215.

profitera qu'au mandant³⁴⁰. La solution est rigoureuse pour le mandataire d'intérêt commun qui se verra privé de son droit à indemnité. Ainsi, en dépit de la validité de principe de la clause de résiliation *ad nutum* contenue dans un mandat d'intérêt commun, une telle stipulation ne pourrait-elle pas être à l'origine d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ou de l'article 1171 du Code civil ? Bien que certaines décisions aient pu laisser croire qu'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties pouvait être caractérisé dès lors que la réciprocité n'est qu'apparente³⁴¹, la jurisprudence est venue affirmer qu'une telle stipulation n'encourait pas la critique dès lors qu'elle confère à chacune des parties le droit de rompre le contrat dans les mêmes conditions. En ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'existence d'un déséquilibre significatif dès lors que « la clause de résiliation anticipée confère au concédant comme au concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute, et que les intérêts de l'un comme de l'autre peuvent varier en fonction de l'évolution de leurs situations et de la conjoncture économique »³⁴². Ainsi, l'argument tiré du déséquilibre significatif a, semble-t-il, peu de chances de prospérer s'agissant de la critique de la clause reconnaissant à chacune des parties le droit de rompre le contrat dans les mêmes conditions. Pourtant, comme l'a justement souligné M. Barbier, « il est peut-être regrettable que le juge ne puisse intervenir dans des situations où une clause unilatérale a été artificiellement déguisée en clause bilatérale. La prime à l'octroi à l'autre partie d'une prérogative chimérique pour soi-même se garantir de la validité d'une prérogative bien réelle n'a rien de satisfaisant »³⁴³. Si la clause excluant l'exigence d'une cause légitime de révocation est en principe valide, le

³⁴⁰ En ce sens, A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 31, p. 103 : « Cette position est critiquable : comment accepter que la volonté des parties, en réalité la seule volonté du mandant imposée au mandataire par le biais du contrat d'adhésion, soit susceptible d'anéantir les effets d'un contrat d'intérêt commun alors que ceux-ci sont indépendants de celle-là ? » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 31281 : « Et l'on peut penser que la réciprocité, dans de telles hypothèses, est largement théorique, la faculté ouverte jouant en faveur du mandant avant tout ».

³⁴¹ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 : *D.* 2015, p. 1021, note F. BUY ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. CHAGNY. V. égal. à propos du contrat d'agence commerciale, J.-M. LELOUP, « Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale », *AJCA* 2014, p. 356 : « si le concept d'intérêt commun n'existait pas, la fin d'un contrat d'agence sans indemnité apparaîtrait comme l'effet d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et serait certainement sanctionné, sans la proportionnalité que l'usage a établi entre l'indemnité de cessation de contrat et l'efficacité de l'action de l'agent commercial ».

³⁴² Par ex., Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712 : *RTD civ.* 2016, p. 618, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2016, 1474, note S. Le GAC-PECH ; *CCC* 2016, n° 142, obs. N. MATHEY.

³⁴³ H. BARBIER, obs. sous Cass. com., 12 avr. 2016, *RTD civ.* 2016, p. 618.

mandataire d'intérêt commun pourra néanmoins obtenir des dommages-intérêts dès lors que la révocation est abusive.

64. En somme, l'admission des clauses de résiliation *ad nutum* dans les mandats d'intérêt commun atténue l'efficacité, en tant qu'outil judiciaire d'encadrement des finalités d'exercice des droits de rupture, de la qualification de mandat d'intérêt commun. D'autres éléments du régime applicable paraissent également relativiser la protection accordée au mandataire d'intérêt commun. L'étude de la sanction applicable en cas de révocation intervenant sans motif légitime permet d'en rendre compte.

B- En l'absence de cause légitime de révocation

65. **Efficacité de la révocation injustifiée.** – La qualification de mandat d'intérêt commun conduit normalement à l'éviction de la faculté de révocation *ad nutum* et sans indemnité découlant de l'article 2004 du Code civil. En l'absence de *mutuus dissensus*, la révocation du mandat d'intérêt commun doit être justifiée par une cause reconnue comme légitime par la jurisprudence, à moins que les parties n'aient prévu d'autres conditions spécifiques de rupture. Le mandat d'intérêt commun a parfois été qualifié pour cette raison d'irrévocable. Il ne faut cependant pas être dupe des mots. Cette prétendue « irrévocabilité » est en réalité frappée du sceau de la relativité³⁴⁴. En effet, elle ne doit pas être comprise comme l'interdiction pour le mandant de mettre fin au mandat, mais plutôt comme la nécessité, pour celui-ci, d'indemniser le mandataire d'intérêt commun dès lors que la révocation ne repose sur aucun motif légitime³⁴⁵. De cette manière, dès lors que le mandat est conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, le droit de révocation unilatérale de celui-là devient finalisé. Néanmoins, en refusant de priver d'effet la révocation injustifiée, les juges relativisent la protection offerte par le régime du mandat d'intérêt commun au mandataire³⁴⁶. Il en va également de la sorte s'agissant de la

³⁴⁴ En ce sens, M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 260, p. 217 : « La théorie du mandat d'intérêt commun ne consacre donc pas, en réalité, le principe d'une irrévocabilité du contrat de mandat » ; Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010, n° 55, p. 26 : « la qualification en cause emporte une irrévocabilité relative du mandant » ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz, 2017, n° 3321.471.

³⁴⁵ V. égal. sur les incidences probatoires attachées à l'« irrévocabilité » du mandat ordinaire, Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, n° 393, p. 324.

³⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2001, n° 99-15.938 : *Bull. civ. I*, n° 239 ; *RTD civ.* 2002, p. 118, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RTD com.* 2002, p. 361, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2002, II, 10094, note DAGORNE-LABBE ; *CCC* 2002, n° 3, note L. LEVENEUR.

révocation du mandat stipulé irrévocable³⁴⁷. Affaiblissant l'influence qu'exerce la reconnaissance d'un intérêt commun sur les conditions de la révocation unilatérale, une telle solution se justifie néanmoins au regard de la nature particulière du contrat de mandat. En effet, la confiance se situe au « cœur » du mandat³⁴⁸. Dès lors que celle-ci disparaît, le mandant ne saurait être enfermé dans des rapports contractuels devenus pour lui indésirables. Comme le souligne M. Najjar, « en dépit de tous les aménagements apportés par la loi et la jurisprudence à toutes les variétés de mandats, on peut difficilement nier que le mandat est révocable par nature, par son essence même »³⁴⁹. Si le caractère d'intérêt commun du mandat finalise la faculté de révocation reconnue au mandant, l'absence de motif légitime d'exercice de ce droit ne saurait conduire à sa paralysie. L'efficacité de la rupture, quand bien même celle-ci serait injustifiée, ne contredit pas le caractère finalisé du droit de révocation dans la mesure où le juge opère effectivement un contrôle de la légitimité des motifs de la rupture et le mandataire d'intérêt commun pourra prétendre à une indemnisation au titre du préjudice subi du fait de la résiliation du contrat. La sanction de la violation de l'exigence de motifs légitimes par la neutralisation du droit n'est pas indispensable à sa finalisation. Une telle paralysie étant d'ailleurs parfaitement concevable s'agissant de la sanction de prérogatives qui ne sont pas nécessairement finalisées³⁵⁰.

66. Conclusion de la section. – En définitive, il ne fait guère de doute que la construction jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun exerce une influence directe sur les conditions de la révocation du contrat en faisant du droit de révocation *ad nutum* du mandat ordinaire un droit finalisé. De cette manière, en assortissant la qualification de

³⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2002, n° 99-20.895 : *Bull. civ.* I, n° 40 ; *D.* 2002, p. 2640, note DAGORNE-LABBE ; *ibid.* p. 2838, obs. L. AYNES ; *JCP G* 2003, II, 10029, note D. MARTIN.

³⁴⁸ D. GANTSCHNIG, « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », in H. KASSOUL et D. GANTSCHNIG (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 99 et s., spéc. p. 114 : « Si cette confiance est ébranlée, voire perdue, il est nécessaire que le mandant ne demeure pas prisonnier d'un mandat qui permet au mandataire de l'engager ».

³⁴⁹ I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, p. 708. Adde, A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016, n° 338, p. 146 : « le maintien de la confiance du mandant est essentiel à la survie du mandat ». En ce sens de manière générale à propos des contrats instituant un rapport de coopération entre les parties, A. ROBERT, « La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de Droit privé*, LGDJ, 1960, p. 37 et s., n° 1, p. 38.

³⁵⁰ Rapp. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 694, p. 539 : « La jurisprudence Les Maréchaux, si elle a interdit au juge de paralyser une créance du seul fait de son invocation de mauvaise foi par le créancier, a laissé, en revanche, le juge libre de paralyser une prérogative contractuelle utilisée avec déloyauté. Une telle sanction est applicable à n'importe quelle prérogative unilatérale abusivement mise en œuvre par son titulaire : clause de dédit, clause de modification unilatérale du contrat, clause résolutoire ou résiliatoire, etc. ».

mandat d'intérêt commun d'un régime particulier, la jurisprudence fait de celle-ci un outil de finalisation du droit de rupture de la relation contractuelle. Néanmoins, son utilisation apparaît limitée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'influence de l'intérêt commun sur les conditions d'exercice des prérogatives juridiques reconnues aux contractants se cantonne, pour l'heure, au contrat de mandat. En effet, ni les juges ni le législateur ne paraissent enclins à la construction d'un véritable régime des contrats d'intérêt commun, dont l'élément principal serait la reconnaissance d'un droit de rupture finalisé. Ensuite, le régime du mandat d'intérêt commun étant supplétif, il est loisible aux parties de neutraliser contractuellement la nécessité d'une cause légitime de révocation. Enfin, à défaut de cause légitime reconnue en justice, la révocation du mandat d'intérêt commun n'en produit pas moins ses effets. La violation des finalités assignées à l'exercice du droit de révocation aura ainsi pour unique conséquence une indemnisation à la charge de son auteur. Pour autant, le recours à la qualification de mandat d'intérêt commun demeure un moyen d'instaurer un contrôle de la légitimité de la rupture unilatérale du contrat. À ce titre, il participe du phénomène de finalisation des droits observé en droit des contrats.

67. La notion de mandat d'intérêt commun témoigne d'une influence de la nature du contrat sur le caractère libre ou finalisé de certaines prérogatives, et plus particulièrement celles de rupture. En effet, la caractérisation d'un mandat d'intérêt commun conduit à une exigence de justification de la rupture du contrat. Révocable *ad nutum* lorsqu'il est ordinaire, la rupture d'un mandat intervenant à l'initiative du mandant sans cause légitime devient, sauf clause contraire, source de responsabilité dès lors qu'il est conclu dans l'intérêt commun des parties. Suggérant pour le mandant la considération des intérêts de son cocontractant, car coïncidant au moins partiellement avec les siens, l'intérêt commun invite, par conséquent, à une exigence de justification et à un contrôle des motifs de la révocation. C'est bien la nature particulière des rapports contractuels noués entre les parties qui conduit le juge, en certaines occasions, à imposer la justification de la révocation. L'intérêt commun se présente, au moins dans le mandat, comme une source de finalisation des prérogatives juridiques. Plus généralement, s'agissant des relations entre la notion d'intérêt et l'instauration d'un contrôle des motifs d'exercice des prérogatives, la doctrine

constate l'existence d'une corrélation entre la prise en compte de l'intérêt de l'autre dans l'exercice d'une prérogative et le caractère finalisé de celle-ci³⁵¹.

SECTION 2 : LA TECHNIQUE DE L'ABUS ET LA FINALISATION DES DROITS

68. Né en dehors du droit des contrats³⁵², l'abus des droits se déploie aujourd'hui très largement en matière contractuelle bien qu'il demeure difficile d'établir avec précision les contours de son domaine³⁵³. Le nombre restreint de références faites au terme « abus » au sein de la réforme du droit des contrats de 2016-2018 n'enlève sans doute rien à la vigueur de la technique³⁵⁴. En tout état de cause, le recours à l'abus des droits par les juges débouche sur une « police des droits subjectifs » des contractants³⁵⁵. En ce qu'il a pour objet de contrôler et limiter l'exercice des prérogatives juridiques³⁵⁶, l'abus des droits participe-t-il du phénomène de finalisation des droits en droit des contrats ou doit-il, au contraire, en être résolument distingué ? C'est à cette délicate question que les développements suivants

³⁵¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 235, p. 150 : « Le pouvoir est une prérogative finalisée. Par ce néologisme, on entend signifier qu'à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire » ; 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. Mme ROCHFELD qualifie d'ailleurs en ce sens la considération de l'intérêt du contractant de « directive de contrôle [...], spécifique à l'intrusion de la puissance dans la sphère contractuelle » (J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. n° 18, p. 764-765).

³⁵² V. par ex. sur l'histoire de l'abus des droits, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 456, p. 476-477.

³⁵³ V. not. sur l'abus des droits dans le contrat, J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, p. 379 et s. ; P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 30 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000 ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19 et s.

³⁵⁴ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19 et s., spéc. p. 21 : « En ne recourant pas davantage à la notion d'abus, les auteurs du nouveau droit des contrats ont-ils cherché à cantonner son utilisation ? On remarque que d'autres notions semblent plus en vogue, même si l'idée de tempérer la rigueur de la règle de droit par le recours à l'abus reste, elle, de toute actualité ».

³⁵⁵ L'expression est empruntée à MM. L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, in *Rép. civ.* juin 2015, V° « Abus de droit », spéc. n° 34. Rapp. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19 et s., spéc. p. 19 : « Le but de la notion est de constituer un garde-fou malléable contre les rigidités de la règle de droit, contre ses excès ».

³⁵⁶ Voyant dans l'abus des droits « un instrument précieux de limitation et de contrôle », G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, préf. de A. AMIAUD, La mémoire du droit, 2010 (réimpression), p. 154.

tenteront de répondre afin de déterminer dans quelle mesure l'abus des droits participe à l'essor de l'exigence de justes motifs en droit des contrats³⁵⁷.

69. Critères traditionnels de l'abus des droits³⁵⁸. – Classiquement, deux critères ont été avancés en doctrine au début du XX^e afin de fixer le domaine de l'abus des droits : d'une part, celui de l'intention de nuire et de ses équivalents, critère dont Ripert a constitué l'un des promoteurs³⁵⁹ ; d'autre part, celui du détournement du droit de sa fonction sociale, critère largement associé aux travaux de Josserand³⁶⁰. Dans sa théorie dite de la relativité des droits, ce dernier affirme l'idée selon laquelle les droits subjectifs sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de l'abus à l'occasion duquel le juge apprécierait l'adéquation entre l'usage du droit et sa fonction sociale. Il emploie d'ailleurs volontiers l'expression de « droits-fonction » pour qualifier ces prérogatives dont l'exercice serait orienté par la satisfaction d'un but, d'une fonction sociale. La jurisprudence use de la notion d'abus des droits sans véritablement montrer une préférence pour l'un ou l'autre de ces critères³⁶¹. Néanmoins, une certaine prise en compte de la question des motifs dans l'application de l'abus des droits laisse entrevoir la réalisation d'un contrôle de finalité³⁶².

70. Conception finaliste de l'abus des droits. – Selon la définition qu'en donne Josserand, les droits-fonction, parce qu'orientés vers la poursuite d'une fonction sociale, correspondraient à des prérogatives à esprit altruiste. L'auteur affirme que l'abus de droit

³⁵⁷ V. de manière critique sur cette théorie et estimant que le critère de l'abus des droits réside dans la notion de faute, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 458, p. 479.

³⁵⁸ V. sur les différentes théories de l'abus des droits, Ch. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *CCC* 1996, n° 92, p. 7 et s.

³⁵⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 97, p. 171. Comp. G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, réimp. de l'édition de 1951, La mémoire du droit, 2010, p. 176-177.

³⁶⁰ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 56, p. 85 : « L'abus de droit fut un des sujets favoris de la doctrine civiliste au début du XX^e siècle : Marcel Planiol, Raymond Saleilles, Georges Ripert, Louis Josserand, Henri Capitant s'affrontèrent sur ce thème. La thèse la plus marquante fut celle de Josserand : les droits subjectifs seraient des "droits-fonctions" à "esprit altruiste" et non égoïste ; l'abus consisterait en un détournement du droit de sa mission et de sa finalité sociales ; l'absence de "motif légitime" en serait le critère. La jurisprudence est plus complexe et ne retient pas qu'un seul critère ».

³⁶¹ P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 30 et s., spéc. p. 33 : « [...] la Cour de cassation se tient, en matière contractuelle, dans le marais des conceptions intermédiaires ».

³⁶² Évoquant un « glissement d'un contrôle de l'intention de nuire vers un contrôle des motifs légitimes de rupture », P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 263. Rapp. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 234, p. 120 : « Dans la période récente, le contrôle de finalité s'est fait plus exigeant. Dans la loi comme dans la jurisprudence de la Cour de cassation, on observe ainsi une tendance à la fixation des finalités légitimes de l'employeur ».

est caractérisé par « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »³⁶³. Néanmoins, l'idée d'une finalité « sociale » apparaît bien trop abstraite et compréhensive pour pouvoir être retenue au titre de la présente étude comme élément caractéristique de la notion de droit finalisé. En ce sens, comme l'a remarqué M. Karimi, « ce n'est pas un intérêt général qui doit être respecté dans l'exercice de tous les droits, mais plutôt, à chaque droit sa finalité »³⁶⁴. L'auteur poursuit en relevant que « le titulaire d'un droit subjectif l'exerçant à son profit doit respecter cette finalité concrète et non la finalité sociale abstraite envisagée pour l'ensemble du droit objectif »³⁶⁵.

71. Les droits finalisés, compris comme les droits ne pouvant être exercés que pour certains motifs concrets déterminés par la loi, le juge ou les parties, ne sont pas totalement étrangers à une conception finaliste de l'abus de droit³⁶⁶. Bien que le respect d'une exigence légale de justification ne se trouve en principe pas assuré par la technique de l'abus de droit³⁶⁷, celle-ci peut néanmoins, dans certaines situations, conduire à la limitation des motifs admis pour l'exercice d'un droit³⁶⁸. Autrement dit, si le contrôle judiciaire de l'abus de droit est susceptible de conduire, notamment par le biais d'un contrôle des motifs, à la finalisation de certaines prérogatives, force est de constater qu'il en va autrement dans de nombreuses hypothèses³⁶⁹. En effet, la caractérisation d'un abus de droit se conçoit sans

³⁶³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd., 2006, n° 292, p. 395.

³⁶⁴ A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s., spéc. n° 35, p. 602.

³⁶⁵ A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s., n° 35, p. 602.

³⁶⁶ V. L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 25, p. 40 : « [...] la théorie dite de l'abus des droits a pour point central la notion du motif légitime [...] » ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. de G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n° 81, p. 95 : « [...] la conception finaliste de l'abus de droit a un caractère abstrait et insaisissable. Or, pour concrétiser l'utilisation d'une telle théorie, il faut recourir à la notion de « motif légitime ».

³⁶⁷ En ce sens, Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1021, p. 1052 : « S'il n'était [...] question que de l'application pure et simple de la théorie de l'abus de droit, aucune loi n'aurait été nécessaire » ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, n° 374 : « Cette exigence [de justification] traverse aujourd'hui le droit privé et révèle ainsi la diffusion du pouvoir. [...] Ce n'est pas l'abus de droit qui fonde ces exigences de justification ».

³⁶⁸ B. FAGES, « Des motifs de débat... », *RDC* 2004, p. 563 et s., spéc. p. 563 : « [...] les cas d'abus, dans le contrat, se ramassent à la pelle... Il en existe certes de diverses sortes, appréciées à l'aune de différents critères, mais souvent les motifs se retrouvent au centre de l'appréciation des juges ».

³⁶⁹ Rappr. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. de G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n° 81, p. 95 : « [...] l'abus de droit est un concept "prohibitif" : son but consiste davantage à fixer des limites qu'à définir un contenu » ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 553, p. 298 : « La bonne foi permet, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés

qu'il soit nécessairement question de motifs. En ce sens, le juge se cantonne parfois, au titre du contrôle de l'abus de droit, à un strict examen des circonstances dans lesquelles le droit a été mis en œuvre³⁷⁰. En pareil cas, le contrôle de l'abus de droit ne repose pas sur une appréciation des motifs d'exercice du droit. Par ailleurs, si l'existence d'un droit finalisé ne peut se concevoir sans la possibilité d'un contrôle des motifs, la présence de celui-ci ne garantit pas que la prérogative qui en fait l'objet soit finalisée. Ce n'est pas la même chose que de sanctionner l'exercice d'un droit reposant sur un motif condamnable et d'imposer de manière positive la nécessité d'une cause légitime d'exercice du droit. Seule cette dernière exigence permet de parler véritablement d'un droit finalisé. Par exemple, sanctionner au titre de l'abus de droit l'intention de nuire du contractant ne revient pas à lui imposer une exigence de juste motif d'exercice de son droit. La sanction de certains motifs illicites au titre de l'abus de droit ne contredit pas la liberté des motifs dont bénéficie en principe le contractant de droit privé lorsqu'il exerce une prérogative³⁷¹. La distinction entre abus de droit et acte sans droit rend compte des différences entre le contrôle du respect des motifs positivement assignés à l'exercice d'un droit et le contrôle de l'abus des droits³⁷².

manifestes. Sous cet aspect, elle pare toute une série de mauvais comportements et notamment ceux que recourent, classiquement, les notions de dol, de fraude et surtout d'abus de droit ».

³⁷⁰ En ce sens, A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19 et s., spéc. p. 19 : « [...] on admet, en général, que seules certaines circonstances exceptionnelles peuvent faire dériver l'usage d'un droit en abus ». Rapp. à propos de la révocation des dirigeants sociaux, K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488 et s., spéc. n° 17 : « [...] la règle est le rejet de tout contrôle des motifs de la révocation des dirigeants révocables *ad nutum*, car l'abus ne peut résider que dans les circonstances qui ont entouré la révocation, ou dans la violation des droits de la défense ».

³⁷¹ Rapp. Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 et s., spéc. n° 7, p. 199 : « Le contrôle de la motivation de la rupture décidée par le partenaire dominant est loin d'être aussi serré lorsqu'il s'opère sur le fondement de l'abus de droit : il n'y a pas l'obligation d'énoncer un motif [...]. [...] Et ce motif n'a pas à être doté des mêmes qualités que dans les hypothèses où il doit être mentionné par l'auteur de la rupture : il n'a pas à satisfaire à des conditions précises positives, car il lui convient, seulement, de *ne pas* être abusif, exigence négative restreignant fatalement le contrôle opéré » (souligné par l'auteur) ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 324 : « Lorsqu'un droit n'est limité que par son abus, cela signifie que les raisons d'en faire usage sont libres sauf exceptions contrôlées et sanctionnées. Lorsqu'en revanche le législateur ou le juge imposent au contractant une obligation de motivation, cela signifie que l'utilisation du droit est limitée, c'est-à-dire que le titulaire du droit ne peut en faire usage que dans les hypothèses et pour les finalités légalement prévues ».

³⁷² Rapp. à propos de l'excès, D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005, n° 446, p. 399 : « [...] si le titulaire du droit s'écarte de l'usage déclaré légitime, c'est-à-dire non manifestement démesuré, du droit qui lui avait été reconnu, il n'est plus comme dans l'hypothèse de l'abus, encore dans son droit, mais, cette fois, en dehors de celui-ci ».

72. Abus de droit et acte sans droit. Principe de la distinction. – Lorsque le législateur décide d’attribuer à un contractant une prérogative à condition qu’il s’en serve uniquement pour certaines finalités spécifiquement prévues, l’abus de droit ne devrait pas trouver à s’appliquer puisque l’usage du droit en dehors de ces finalités constitue alors un acte sans droit, le titulaire ayant dépassé les limites objectives du droit³⁷³. Ainsi, « lorsque la lettre renvoie à l’esprit, c’est-à-dire lorsque le texte qui pose le droit se réfère explicitement à sa finalité, il n’est peut-être pas nécessaire d’évoquer la question de l’abus »³⁷⁴. Dès 1952, Dabin semblait déjà défendre une telle idée en affirmant que « l’abus au sens technique disparaît quand le législateur ne donne un droit que sous réserve de n’en user que de telle façon non “abusive” à apprécier par le juge »³⁷⁵. Le dépassement des finalités d’exercice positivement assignées à l’exercice d’un droit constituant une hypothèse de non-droit³⁷⁶, celle-ci devrait, en toute rigueur, conduire à l’exclusion du contrôle de l’abus des droits³⁷⁷. L’instauration d’exigences légales de justification conduit donc à restreindre le domaine de l’abus des droits.

73. Exemple du licenciement du salarié. – La réforme législative initiée par la loi du 13 juillet 1973 « a substitué au seul contrôle *a posteriori* de l’abus du droit de résiliation du contrat de travail, l’exigence d’un motif réel et sérieux, condition de fond du licenciement »³⁷⁸. L’exigence légale de justification du licenciement marque ainsi un degré supplémentaire de relativisation du droit de licencier par rapport au contrôle de l’abus des

³⁷³ Rappr. L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* Juin 2015, V° « Abus de droit », n° 34 : « Au dépassement des limites externes correspond l’hypothèse du défaut de droit ; au franchissement des limites internes celles de l’abus de droit, et le critère de franchissement dépend de la nature du droit ». V. égal. D. BAKOUCHE, *L’excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005, n° 446, p. 399 : « L’usage “en marge”, c’est-à-dire excessif, équivaut ainsi à un défaut de droit, l’appréhension de l’excès en droit civil ayant pour fonction de borner l’usage des droits subjectifs en fixant la limite matérielle et objective de ceux-ci » ;

³⁷⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans le contrat, Essai d’une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 680, p. 498.

³⁷⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 272.

³⁷⁶ Comp. 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 et s., spéc. n° 6.

³⁷⁷ V. sur la différence entre obligation de motivation et abus de droit, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, LGDJ, 2020, n° 666, p. 515 : « Ne pas motiver sa décision alors que l’on y était tenu n’est pas la même chose qu’abuser d’un droit. C’est simplement ne pas se plier à une condition particulière d’exercice de ce droit. Il en résulte que, même en l’absence de toute obligation de motivation d’une rupture, un abus peut être caractérisé ».

³⁷⁸ F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 7^e éd., 2020, n° 713, p. 576 ; V. égal., F. FAVENNEC-HERY, « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de Droit du Travail, L’histoire par les lois (sous la direction de J.-P. LE CROM)*, Les éditions de l’atelier, 1998, p. 251 et s. ; G. COUTURIER, *Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail*, PUF, 3^e éd., 1996, n° 133, p. 243 : « Une chose est que l’exercice d’un droit de résiliation puisse, en cas d’abus, donner lieu à responsabilité, autre chose que cet exercice soit soumis à l’exigence d’un juste motif – ce sont deux degrés différents dans la relativité des droits ».

droits. Il ne s'agit plus seulement pour le juge d'opérer un contrôle du caractère non abusif de l'exercice du droit de licencier mais d'apprécier, au regard des motifs avancés par l'employeur, que le licenciement se trouve justifié. Lorsqu'elle intervient en dehors de toute cause réelle et sérieuse, la rupture unilatérale du contrat par l'employeur s'apparente à une hypothèse d'« acte sans droit ». Autrement dit, l'employeur n'avait en réalité aucunement le droit de licencier le salarié. C'est donc logiquement qu'il n'a pu abuser d'un droit dont il ne disposait finalement pas. À proprement parler, le licenciement qui ne s'appuie pas sur une cause réelle et sérieuse n'est pas un licenciement abusif. Pourtant, jusqu'à une période récente, le Code du travail qualifiait inopportunément certains licenciements intervenant sans cause réelle et sérieuse de « licenciement abusif »³⁷⁹. En ce sens, l'article L. 1235-5 employait cette terminologie pour désigner le licenciement d'un salarié n'ayant pas deux ans d'ancienneté ou le licenciement intervenant dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés. L'utilisation par le texte du terme « abusif » ne renvoie toutefois pas à l'abus de droit au sens où il est classiquement entendu³⁸⁰. Consciente de cette maladresse rédactionnelle, la chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser qu'« en retenant que le licenciement de la salariée ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse, les juges du fond en ont exactement déduit qu'il était abusif au sens de l'article L. 122-14-5 [devenu L. 1235-5] du Code du travail »³⁸¹. Ce faisant, la Haute juridiction souligne la particularité de l'usage réalisé par le texte du terme abus. Ainsi que l'a soutenu M. Karaquillo, « il n'est guère contesté que, depuis la loi de 1973, à la technique du licenciement abusif s'est substitué, ici comme dans le cas général, le procédé du contrôle de la réalité et du sérieux du motif allégué »³⁸². Pour autant, cela ne signifie pas que le droit de licencier soit devenu totalement imperméable au contrôle de l'abus des droits. Tout en suggérant un dépassement du contrôle de l'abus de droit, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse ne l'évince pas complètement³⁸³.

74. Afin de déterminer l'étendue de l'abus de droit en la matière, il convient de distinguer les licenciements fondés sur une cause réelle et sérieuse de ceux qui ne le sont

³⁷⁹ Sur la distinction entre licenciement abusif et licenciement injustifié, E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, 13^e éd., Dalloz, 2021, n° 648, p. 435.

³⁸⁰ De manière générale, sur les usages du terme abus ne renvoyant pas toujours à la technique de l'abus de droit, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 58, p. 87.

³⁸¹ Cass. soc., 9 mars 1993, n° 91-44.452.

³⁸² J.-P. KARAQUILLO, note sous Cass. soc., 30 mai 1990, *D.* 1990, p. 559.

³⁸³ V. récemment, J. MOULY, « La réactivation de la théorie du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018, p. 824 et s.

pas. En premier lieu, à défaut de cause réelle et sérieuse de licenciement, l'employeur agit en réalité sans droit dans la mesure où il ne remplit pas l'une des conditions qui président à l'attribution du droit par la loi, à savoir la poursuite de finalités précisément déterminées. En toute rigueur, il est dans ce cas impossible de prétendre que le contractant abuse de son droit puisqu'il dépasse les frontières objectives du droit. L'acte de l'auteur ne saurait alors être perçu comme l'utilisation défectueuse d'un droit puisqu'il n'a précisément pas rempli les conditions de son attribution. En second lieu, lorsque le licenciement s'appuie effectivement sur un motif réel et sérieux, il ressort de la jurisprudence que l'usage du droit de licencier peut néanmoins, à cette occasion, dégénérer en abus. C'est par exemple le cas du licenciement portant atteinte à la réputation et à l'honneur du salarié. Dans ce cas, le contrôle de l'abus dont fait l'objet le droit de licencier n'est pas celui du respect des finalités légales. Le contrôle de l'abus ne se confond pas dans cette perspective avec l'examen du respect des finalités assignées à la mise en œuvre du droit. Le contrôle de l'abus de droit retrouve ici son emprise puisque, le licenciement étant justifié par une cause réelle et sérieuse, l'employeur bénéficie effectivement du droit de licencier. Ainsi, le respect des finalités assignées à l'exercice du droit n'exclut pas que le titulaire du droit puisse en abuser³⁸⁴. Concrètement, bien que l'employeur ait agi dans les limites objectives du droit, son comportement est, dans l'éventualité d'une faute, susceptible de constituer un abus dans l'usage de celui-ci. Le droit du licenciement atteste donc que les droits finalisés ne sont pas insusceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au titre de l'abus. Si la finalisation des droits entraîne une réduction du domaine de l'abus au sens technique³⁸⁵, celui-ci demeure apte à fonder le contrôle des circonstances de l'exercice de l'action du contractant. Toutefois, les droits finalisés échappent en partie au contrôle de l'abus de droit. La méconnaissance par l'employeur de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, condition de fond du licenciement, constitue un acte sans droit échappant alors à la technique de l'abus de droit. D'ailleurs, cette hypothèse, dans laquelle le contractant agissant *ultra jure* commet un acte sans droit et non un abus de droit, n'est pas circonscrite au droit du travail.

³⁸⁴ Rappr. E. DOCKES, « Le retour du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018, p. 541 : « Juridiquement, l'abus du droit de licencier n'est pas mort de la loi de 1973. Il a perdu l'essentiel de son utilité, ce qui n'est pas la même chose. Là où il restait utile, il a conservé un petit champ d'application ».

³⁸⁵ Rappr. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 155, p. 132 : « [...] plus un droit subjectif est précisément défini, et par là enfermé dans les limites “externes” précises, moins il laisse de place à un contrôle de l'abus du droit entendu comme sanctionnant les limites “internes” de ce droit » ; D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 169 : « Ainsi, ne pas commettre d'abus dans la rupture du contrat est une application de la bonne foi ; mais exiger la motivation de la rupture d'un contrat de situation traduit son dépassement ».

À partir du moment où le législateur subordonne l'exercice d'un droit à l'existence de certains motifs particuliers, l'acte réalisé en méconnaissance de cette exigence constitue un cas d'action sans droit et non un abus de droit. L'examen des statuts applicables au bail permet de s'en convaincre.

75. Exemple du congédiement dans les baux spéciaux. – En matière de bail d'habitation, le bailleur bénéficie de la faculté de congédier le preneur s'il entend reprendre le logement, le vendre ou encore s'il dispose d'un motif sérieux et légitime. À l'instar de l'employeur qui licencierait un salarié de manière injustifiée, le bailleur qui délivre un congé pour un autre motif que ceux autorisés par la loi se place en dehors des limites objectives de son droit. Le rapprochement entre la législation travailliste et celle des baux s'autorise d'autant plus que la loi ALUR du 24 mars 2014³⁸⁶ a imposé au bailleur, qui donne un congé en vue de reprendre le logement, de justifier du caractère réel et sérieux de sa décision. Ce décalque de la notion de « cause réelle et sérieuse » dans le droit spécial des baux atteste de la similitude existante entre ces deux prérogatives de rupture finalisée que sont le droit de licencier le salarié et celui de congédier le locataire. Le contrôle du respect par le bailleur des finalités imposées par la loi devrait donc passer principalement par un contrôle de la justification et non celui de l'abus de droit³⁸⁷.

76. La loi du 1^{er} septembre 1948 faisait, quant à elle, référence à la possible caractérisation d'une fraude dans l'exercice par le bailleur de son droit de reprise. Les dispositions de l'article 21 de ladite loi prévoyaient en effet que « lorsqu'il sera établi par le locataire ou l'occupant que le propriétaire invoque le droit de reprise, non pas pour satisfaire un intérêt légitime, mais dans l'intention de nuire au locataire ou à l'occupant ou d'éluder les dispositions de la présente loi, le juge devra refuser au propriétaire l'exercice de ce droit »³⁸⁸. De prime abord, l'évocation par le texte de l'intention de nuire semble

³⁸⁶ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

³⁸⁷ Rappr. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209 et s. : « Le contrôle peut [...] se justifier par la finalité du droit potestatif (ex. délivrance d'un congé pour vendre, pour habiter ou reconstruire). Si le titulaire du droit l'exerce en dehors de sa finalité, il est sans effet ».

³⁸⁸ Article 21 de la Loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux à usage d'habitation ou professionnel et instituant des allocations... V. égal. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, 2012, PUF, n° 233, p. 349 : « En outre, la loi de 1948 marquait un nouveau recul des prérogatives du propriétaire en accordant à l'occupant (et pas seulement au locataire) un droit au maintien dans les lieux sans limitation de durée, droit en principe intransmissible, mais qui pouvait profiter à la famille du locataire décédé ».

contraindre l'interprète à rapprocher l'hypothèse de fraude ainsi décrite de celle l'abus de droit³⁸⁹. Pourtant, les deux notions ne sauraient être confondues puisque « l'abus de droit suppose l'exercice de prérogatives *déterminées*, dont les contours extérieurs peuvent être définis avec assez de précision. Or la plupart des fraudes ne se réalisent pas en exerçant un droit ainsi conçu. [...] Le plus souvent, la fraude n'est pas le mauvais exercice d'un droit détournant celui-ci de sa fonction, mais le détournement d'une règle juridique afin d'acquérir un droit dont on était privé. L'abus ne s'opère que par détournement d'un droit ou d'un pouvoir, pas d'une loi ; il y a des abus de droit, des abus de pouvoir, pas d'abus de loi »³⁹⁰. Contrairement à l'abus de droit, la fraude ne repose donc pas sur l'usage d'un droit préexistant³⁹¹. Dès lors, l'appréhension du comportement du bailleur exclusivement sous l'angle de la fraude atteste, une nouvelle fois, du fait que le contrôle des finalités assignées à l'exercice de certains droits ne relève pas toujours de la technique de l'abus de droit.

77. Dès lors que le législateur détermine positivement les raisons pour lesquelles un droit peut être exercé, le contrôle de la légitimité des motifs du contractant échappe au domaine de l'abus des droits. Néanmoins, en l'absence d'exigence légale de justification, c'est par l'application de l'abus des droits qu'un contrôle des raisons d'agir du contractant pourrait cette fois être réalisé.

78. Absence d'exigence légale de justification et contrôle des raisons d'agir. – En dehors des hypothèses de plus en plus nombreuses dans lesquelles le législateur impose expressément la justification d'une décision contractuelle, une incertitude plane quant à l'existence d'une telle exigence à propos de la rupture de certains contrats ne relevant pas de législations spéciales protectrices. Tel est notamment le cas de la rupture des contrats de concession qui est à l'origine d'un important contentieux³⁹². En effet, la jurisprudence

³⁸⁹ V. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, t. 2, *Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 729, p. 576-577.

³⁹⁰ J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, t. 2, *Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 729, p. 577.

³⁹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 18^e éd., 1988, p. 318. Rappr. Ch.-É. BUCHER, « Fraude », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 607 et s., spéc. p. 608-609 : « [...] la fraude ne requiert pas toujours la préexistante d'un droit puisque celui qui la commet tente précisément de bénéficier d'un avantage dont il ne devrait pas profiter. En revanche, c'est nécessairement le cas de l'abus qui consiste en la "maximisation" du droit ». V. récemment sur la question des rapports entre fraude et abus en matière fiscale, A. PERIN-DUREAU, « Abus de droit ou fraude à la loi : l'éternelle question », *RTD com.* 2019, p. 522.

³⁹² En faveur d'une obligation de motivation de la rupture des contrats de concession, Ph. LAURENT, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* mars 2000, p. 6 et s. : « [...] la bonne foi dans les relations contractuelles justifierait selon nous qu'une obligation de motiver la

paraît hésitante à admettre un contrôle de la légitimité des motifs de la rupture de ces contrats³⁹³. Les décisions des juridictions se divisent entre celles ayant condamné des ruptures intervenues sans justes motifs³⁹⁴ ou encore fondées sur des motifs erronés ou fallacieux³⁹⁵ et celles écartant délibérément toute appréciation des motifs de la rupture³⁹⁶. D'un tel constat il ressort que la motivation, en raison de son absence mais également de ses vices lorsqu'elle est exprimée, peut servir de support à la caractérisation d'un abus³⁹⁷. Ainsi, l'abus des droits constitue parfois le terrain d'un contrôle des raisons d'agir du contractant qui exerce son droit et participe alors, dans une certaine mesure, au phénomène de finalisation des droits dans la sphère contractuelle³⁹⁸.

79. Conclusion de la section. – Les prérogatives reconnues aux contractants peuvent faire l'objet d'une pluralité de contrôles³⁹⁹. Pour autant, ces divers contrôles ne révèlent pas tous le caractère finalisé du droit reconnu au contractant. Évoquant l'existence d'une gradation entre les différents mécanismes que constituent l'abus de droit, la bonne foi et l'obligation de motivation, un auteur a justement souligné que « l'obligation de motivation semble indiquer un contrôle plus poussé que l'abus du droit et également que la bonne foi. [...] l'obligation de motivation indique que le droit en question est finalisé, et que le contractant ne peut donc en faire usage qu'à condition d'être dans les hypothèses

décision de rupture soit effectivement découverte dans les contrats de concession et qu'elle soit imposée à la charge de celui qui entend rompre le contrat. Après tout, les contrats de distribution sont caractérisés par un fort lien de domination économique ».

³⁹³ Estimant de manière générale que le recours à l'abus de droit ne permet pas le développement d'un tel contrôle, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 415, p. 305.

³⁹⁴ Par ex., CA Rouen, 10 févr. 1993, *JCP G* 1993, I, 3725, obs. M. BILLIAU.

³⁹⁵ Par ex. Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-10.408 : *Bull. civ.* IV, n° 326 ; *JCP E* 1994, II, 557, note Ch. JAMIN. V. égal. K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488 et s., spéc. n° 17 : « [...] la Haute juridiction elle-même n'a pu s'empêcher de succomber à la tentation de s'appuyer sur les motifs invoqués pour déterminer si la révocation était ou non abusive ». V. égal. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le droit, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, spéc. n° 215.

³⁹⁶ V. par ex., CA Paris, 20 déc. 1990, *CCC* 1991, comm. n° 50 ; CA Versailles, 10 juin 1999, *JCP E* 2000, n° 29, p. 1221.

³⁹⁷ B. FRETELEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017, n° 307 : « La motivation n'a alors qu'un rôle d'aide à la caractérisation de l'abus, mais elle ne l'empêche pas véritablement ».

³⁹⁸ Estimant que le passage du contrôle de la manière d'agir à celui des raisons d'agir de l'employeur s'est d'abord opéré « sous les traits de l'abus de droit », A. FABRE, *Le régime du pouvoir*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 535, p. 271.

³⁹⁹ Sur cette pluralité de contrôles envisageables, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s. : « [...] les mécanismes de contrôle de la prérogative contractuelle, c'est-à-dire principalement l'abus de droit et la bonne foi, ne permettent pas un contrôle efficace des actes unilatéraux. Il n'est guère surprenant à cet égard que le droit du licenciement, qui organise un contrôle particulièrement élaboré de la procédure et du motif de la décision patronale, se soit développé en rupture avec le mécanisme de l'abus de droit [...] ».

légalement et limitativement prévues »⁴⁰⁰. En effet, dès lors que le législateur détermine positivement les raisons pour lesquelles un contractant peut agir, la relativisation de ses prérogatives s'accroît par rapport à celle résultant d'autres mécanismes tels que l'abus de droit ou la bonne foi⁴⁰¹. Contrairement à ces derniers, qui se préoccupent moins des raisons de l'action que du comportement du contractant, la finalisation des droits est inconciliable avec l'affirmation d'une liberté des motifs⁴⁰². Néanmoins, le juge va parfois jusqu'à réaliser sur le fondement de l'abus des droits un contrôle des raisons d'agir du contractant. En pareille situation, la mise en œuvre de la technique de l'abus finalise l'exercice du droit. Toutefois, l'abus des droits ne constitue pas une technique idoine pour encadrer positivement les motifs d'exercice des droits des contractants⁴⁰³. En effet, un tel instrument devrait principalement servir à sanctionner certaines « attitudes négatives »⁴⁰⁴ des contractants et non instaurer un contrôle positif des motifs du contractant.

SECTION 3 : LA FONDAMENTALISATION DU CONTRAT ET LA FINALISATION DES DROITS

80. La « fondamentalisation » du contrat⁴⁰⁵. – Parler de « fondamentalisation » du contrat revient à considérer que les droits et libertés fondamentaux exercent une influence

⁴⁰⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, p. 301 et s., spéc. n° 22, p. 326.

⁴⁰¹ Sur la distinction entre bonne foi et abus en matière contractuelle, B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 11 et s., spéc. n° 7, p. 12. Comp. D. MAINGUY, « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 23 et s., spéc. n° 23, p. 28.

⁴⁰² Rappr. M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s., spéc. p. 578 : « [...] une telle obligation [de motiver la décision de rompre] supposerait que les raisons de rompre soient limitées [...] » ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 357 : « [...] si l'on effectue un véritable contrôle des motifs de la rupture, cela aboutit à exiger une cause légitime de rupture et à restreindre ainsi excessivement la liberté de rompre ».

⁴⁰³ Rappr. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 688, p. 536 : « Il ne faut pas trop attendre de l'application de la théorie de l'abus de droit. Elle n'est qu'un correctif apporté à la mise en place des droits. [...] C'est au législateur qu'il appartient, en définissant les limites "externes" des droits et en créant des obligations précises de donner les orientations décisives ».

⁴⁰⁴ La formule est celle de B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1999, n° 6, p. 11 et s., spéc. n° 7, p. 12.

⁴⁰⁵ Parmi une littérature abondante, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. de É. GARAUD, PUAM, 2003 ; Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175 et s. ; S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s. ; P. de FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ, 1995, p. 157 et s. ; Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du*

directe sur le contenu contractuel. Cette fundamentalisation témoigne d'une européanisation des sources du droit des contrats⁴⁰⁶ puisqu'elle est, en grande partie, le fruit de la diffusion, dans l'ordre contractuel, des libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. *Prima facie*, cette incursion des droits fondamentaux dans les contrats de droit privé a, notamment au regard de la vocation première de la Convention, de quoi surprendre⁴⁰⁷. Celle-ci a, en effet, pour principal objectif de garantir aux citoyens le respect, par les États signataires, des droits et libertés qui y sont reconnus et ainsi de leur offrir une protection face aux ingérences de l'autorité publique. En ce sens, l'article premier relatif à l'obligation de respecter les droits de l'homme dispose que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »⁴⁰⁸. En vertu d'un effet qualifié de « vertical »⁴⁰⁹, les droits fondamentaux reconnus par la Convention peuvent être mobilisés par un particulier dans le cadre d'un recours exercé devant le juge national à l'encontre de l'État. À l'origine, celle-ci n'a donc pas pour but de consacrer des droits subjectifs au bénéfice d'un individu dans le cadre de ses relations contractuelles avec un autre individu. Dès lors, les rapports entre particuliers, et plus particulièrement ceux de nature contractuelle, se situent *a priori* en dehors de son champ d'application. Il est d'ailleurs remarquable que seul le Protocole n° 4 fasse allusion au contrat en disposant, dans un article premier, que « nul ne peut être privé de sa liberté

bicentenaire, Dalloz/Juris-Classeur, 2004, p. 171 et s. ; J.-P. MARGUENAUD, « La fundamentalisation du droit privé », *RDA* oct. 2015, n° 11, p. 33 et s.

⁴⁰⁶ V. en ce sens, Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc. p. 193 : « notre théorie générale des obligations s'ouvre peu à peu, de façon presque invisible, aux influences européennes ». Adde A. BENABENT, *Droit des obligations*, 18^e éd., LGDJ, 2019, n° 8, p. 21 : « Œuvre d'une autre Europe, la Convention européenne des droits de l'homme introduit aussi progressivement son influence dans le droit des obligations ».

⁴⁰⁷ M.-É. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et s., spéc. p. 132 : « La réalité, c'est que la Convention et le droit des obligations n'évoluent pas dans les mêmes dimensions : l'une est propre à régir les relations du citoyen avec l'État (y compris dans sa fonction de législateur de droit privé), l'autre les relations entre les personnes privées ». Rapp. A. MARAIS, « Droits fondamentaux », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511 et s., spéc. p. 511 : « La rencontre entre les droits fondamentaux et le contrat est aussi récente que bouleversante ».

⁴⁰⁸ Article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

⁴⁰⁹ Évoquant une influence verticale de la Convention, J.-P. MARGUENAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales*, t. I, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 45 et s., spéc. p. 49.

pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle »⁴¹⁰. En dehors de cette référence isolée, la matière contractuelle se trouve très largement ignorée des dispositions de la Convention⁴¹¹. Cela se justifie aisément au regard de la fonction classiquement attribuée à un tel instrument : protéger les particuliers contre les ingérences de la puissance publique. En ce qu'il constitue un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes ayant pour objet la production d'effets de droit, le contrat devrait en principe se situer en dehors du champ d'application des droits fondamentaux contenus dans la Convention. Pourtant, à côté d'un effet vertical, la jurisprudence combinée de la Cour de Strasbourg⁴¹² et des juridictions nationales⁴¹³ a progressivement conduit à la reconnaissance d'un « effet direct horizontal » à la Convention européenne des droits de l'homme. Cela a d'ailleurs fait dire à un auteur que « la notion d'effet horizontal est une notion capitale car c'est surtout grâce ou à cause d'elle que la CEDH imprègne de plus en plus fortement le droit des affaires et le droit civil »⁴¹⁴. De la sorte, les rapports contractuels de droit privé se trouveraient ouvertement soumis aux droits et libertés fondamentaux. Concrètement, le motif tiré de la violation des droits fondamentaux devient un moyen pour une partie de contester la licéité du contenu contractuel et ainsi obtenir la neutralisation de

⁴¹⁰ Article 1^{er} du Protocole n° 4 à la Convention (Protocole n° 4 du 16 septembre 1963). V. égal. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., PUF, 2019, n° 111, p. 92-93 : « Officiellement, le seul texte visant expressément les contrats est l'article 1 du protocole additionnel n° 4 [...]. Cet article ne bouleverse pas le droit français, dans la mesure où la règle existe en France depuis 1867, date à laquelle fut abolie la contrainte par corps ».

⁴¹¹ Rapp. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2018, n° 7, p. 7 : « La Convention européenne des droits de l'homme joue un rôle croissant dans une matière qu'on aurait pu croire étrangère aux principes qu'elle édicte ».

⁴¹² Par ex. CEDH, 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD (à propos du contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de l'interprétation que donne une juridiction interne à un testament, acte purement privé). Cet arrêt a été vivement critiqué par la doctrine qui a notamment déploré le fait que la Cour de Strasbourg fasse produire à la Convention un « effet horizontal extrême » (cf. en ce sens, J. ROCHFELD, in RDC 2005, p. 645 s.). V. égal., CEDH, 16 déc. 2008, *Khursid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, RTD civ. 2009, p. 281, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

⁴¹³ Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n° 93-11.113 : Bull. civ. III, n° 60 ; JCP G 1996, I, 3958, obs. Ch. JAMIN ; RDI 1996, p. 620, obs. F. COLLART DUTILLEUL ; RTD civ. 1996, p. 580, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 897, obs. J. MESTRE ; *ibid.* p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 1997, p. 167, obs. B. DE LAMY (appréciation de la validité d'une clause d'habitation personnelle insérée dans un bail d'habitation au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) – Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : Bull. civ. V, n° 7 ; Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; RTD civ. 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; D. 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY (appréciation de la validité d'une clause de mobilité incluse dans un contrat de travail au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme).

⁴¹⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales*, t. I, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 45 et s., spéc. p. 57. *Adde* du même auteur, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat », in D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 113 et s., spéc. p. 113.

la force obligatoire de clauses attentatoires aux droits fondamentaux⁴¹⁵. De cette manière, il n'est guère douteux qu'existe la possibilité d'un « remodelage du contrat, pour l'adapter à ce qui est “fondamentalement correct” »⁴¹⁶. Faire produire un tel effet horizontal à la Convention conduit à admettre qu'un particulier est fondé à exiger de son cocontractant qu'il respecte ses droits et libertés fondamentaux et, par conséquent, à faire sanctionner leur violation en justice⁴¹⁷. En d'autres termes, « si l'État supporte la responsabilité internationale des atteintes contractuelles aux droits fondamentaux d'une partie, le contractant est le premier débiteur du respect des droits de son partenaire »⁴¹⁸.

81. Le phénomène de fondamentalisation du contrat s'observe principalement dans les contrats spéciaux et, plus particulièrement, à propos du contrat de travail et du bail⁴¹⁹. Rien d'étonnant à cela puisqu'il s'agit des « contrats les plus propices aux violations des droits fondamentaux »⁴²⁰. En effet, en pratique, le bail et le contrat de travail constituent le plus souvent des contrats inégalitaires au sein desquels les rapports de force sont déséquilibrés et dont le contenu se trouve déterminé unilatéralement par le contractant en position de force. Dans ce contexte, le contrôle de l'atteinte aux droits fondamentaux constitue un outil de protection de la liberté de la partie faible en débouchant sur une appréciation de la licéité du contenu obligationnel⁴²¹. Ainsi, « se dessinerait un embryon de théorie générale des

⁴¹⁵ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 243-244 : « Pour juger de la licéité de la restriction conventionnelle des droits fondamentaux du contractant, le juge doit donc se livrer à un contrôle de la nécessité de cette atteinte qui recouvre l'examen de la légitimité du motif et de la proportionnalité de l'ingérence au but recherché ».

⁴¹⁶ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel de “protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 15, p. 855.

⁴¹⁷ A. MARAIS, « Droits fondamentaux », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511 et s., spéc. p. 514-515 : « Pour l'heure, la Haute juridiction fait peser sur chaque contractant une obligation de ne pas violer les droits fondamentaux de son cocontractant ».

⁴¹⁸ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 235.

⁴¹⁹ V. not. sur la « “fondamentalisation” du bail d'habitation », J.-B. SEUBE, « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *AJDI* 2019, p. 756.

⁴²⁰ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 236. Dans le même sens, J. ROCHFELD, note sous Cass. 3^e civ., 18 déc. 2003 et 12 juin 2003, *RDC* 2004, p. 231 et s. L'auteur relève notamment que le contrat de bail constitue un « grand pourvoyeur de l'intégration des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme dans les sources du droit des contrats ». *Adde*, J.-B. SEUBE, « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », *RDC* 2006, p. 1149.

⁴²¹ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 15, p. 855 : « [La défense des droits fondamentaux] sous-tend l'émergence d'une nouvelle police du contenu contractuel » ; É. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental », in B. FAGES

actes conventionnels sur les libertés comportant un contrôle étendu des motifs, de la durée et finalement de la cause dans toutes ses acceptions »⁴²².

82. À côté de l'influence qu'ils exercent sur l'appréciation du contenu contractuel, les droits et libertés fondamentaux ont-ils une incidence sur les conditions d'exercice des prérogatives juridiques des contractants ? Plus spécifiquement, les motifs d'exercice d'un droit peuvent-ils être limités par l'injonction faite à son titulaire de ne pas porter une atteinte injustifiée aux droits et libertés fondamentaux de son cocontractant ? En d'autres termes, il convient de vérifier si le contrôle de la violation d'un droit fondamental est susceptible de constituer une source de finalisation des droits des parties au contrat.

83. Influence théorique des droits fondamentaux sur les motifs d'exercice des droits. – L'exercice par un contractant d'une prérogative qu'il tire de la loi ou du contrat est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux reconnus à son cocontractant. Les droits de l'un peuvent ainsi entrer en conflit avec les droits fondamentaux de l'autre. La résolution d'un tel conflit de droits peut-elle déboucher sur l'instauration d'une exigence de justification de la restriction apportée aux droits fondamentaux⁴²³ ? En cas de réponse positive, il en résulterait un contrôle des raisons d'agir du contractant exerçant la prérogative à l'origine de l'atteinte. De la sorte, l'exigence de justification de la violation des droits fondamentaux du cocontractant conduirait à une restriction des possibilités d'exercice de certains droits et constituerait par conséquent un facteur de finalisation de l'action des contractants. Un auteur a justement affirmé à ce titre qu'« exiger qu'une atteinte à un droit fondamental soit justifiée consiste à imposer que soit fournie *une bonne raison* permettant de légitimer l'acte juridique litigieux »⁴²⁴. Il poursuit en ces termes : « la

(dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer France, nov. 2012, Étude 245, spéc. n° 245-19 : « parce qu'ils sont de nature à éviter une exploitation de la partie faible, encline à accepter n'importe quel désagrément pour bénéficier d'une situation déterminée (avoir un logement, obtenir un emploi, etc.), les droits fondamentaux jouent un rôle semblable à celui assigné à l'ordre public économique ».

⁴²² J. HAUSER, obs. sous Cass. soc., 10 juill. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 58.

⁴²³ X. DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211, spéc. n° 10 : « Le juge judiciaire se réfère régulièrement au caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté lorsqu'il est confronté à un conflit de droits. Cela lui permet alors selon les cas de procéder à une conciliation des droits en conflit, de faire prévaloir l'un de ces droits, de développer une interprétation restrictive des clauses d'un contrat ou encore de déterminer un principe d'interprétation des lois et règlements qui constituent le support de ces droits ». V. de manière critique, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 259, p. 308 : « Les juges judiciaire et européen abusent de cette expression en en faisant une pure rhétorique, d'une façon qui contraste avec la sobriété du juge administratif ».

⁴²⁴ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. de É. GARAUD, PUAM, 2003, n° 193, p. 215 (nous soulignons).

recherche est celle de la justification du principe même de l'ingérence, qui doit reposer sur un intérêt digne de protection, apte à cautériser la violation de la liberté fondamentale considérée »⁴²⁵. Si l'atteinte à un droit fondamental peut résulter du contenu obligationnel du contrat, il est tout aussi envisageable qu'elle puisse également trouver son origine dans l'exercice d'une prérogative accordée au contractant. L'invocation par une partie de l'atteinte causée à ses droits fondamentaux pourrait lui fournir un argument juridique apte à déclencher un contrôle du bien-fondé des décisions de son cocontractant et ainsi constituer un instrument de modération des droits de ce dernier⁴²⁶. Dans une telle perspective, la nécessité pour une partie de ne pas porter une atteinte illégitime aux droits fondamentaux du cocontractant emporterait une exigence de justification de nature à finaliser des prérogatives pour lesquelles la question des motifs d'exercice demeurerait en principe indifférente⁴²⁷. De la sorte, pour reprendre les mots de M. Maurin, « si la faculté de rompre est assurément une liberté fondamentale ne justifiant aucune motivation dans sa mise en œuvre, il n'en demeure pas moins que d'autres droits fondamentaux peuvent venir encadrer son exercice en offrant certaines garanties procédurales, dès lors que, par exemple, l'une des parties se trouve en "situation de faiblesse" »⁴²⁸.

84. Pour autant, tous les droits fondamentaux reconnus à un contractant peuvent-ils déboucher sur une restriction des motifs d'exercice d'un droit par l'autre partie ? *Prima facie*, une quelconque influence des droits-créances sur l'exercice des droits d'un

⁴²⁵ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. de É. GARAUD, PUAM, 2003, n° 193, p. 215.

⁴²⁶ En ce sens, A. PELISSIER, « Rapport introductif », in D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 11 et s., spéc. p. 17 : « Les droits fondamentaux peuvent ainsi se présenter comme des garde-fous contre les excès d'un contractant ». Rappr. X. LAGARDE, « Qu'est-ce qui est juste ?, Propos de juriste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/Litec, 2009, p. 299 et s., spéc. n° 5, p. 306 : « Et l'on comprend alors que si les droits de l'homme donnent des arguments, ils ne donnent pas de solutions. Pour dire [...] ce qui est juste et équitable, il convient en conséquence d'identifier des critères qui ne s'évincent pas naturellement d'une simple proclamation de droits ».

⁴²⁷ V. sur la « méthode issue du principe de proportionnalité », X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 158 : « Quels sont les traits caractéristiques de cette nouvelle méthode ? Ils sont au nombre de deux. Le premier est de *formaliser les conflits d'intérêts en mettant face-à-face un pouvoir et un ou des droits* : [...]. Le second trait caractéristique de cette méthode est de *finaliser le pouvoir et de soumettre son exercice à un contrôle de légitimité*, lequel se traduit par un contrôle des *finalités*, de la *nécessité* et de l'*excès* » (souligné par l'auteur). Rappr. F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 61 et s., spéc. p. 89 : « La protection des droits fondamentaux conduit à ne pas prédéterminer le contenu des règles applicables, et à un raisonnement circonstancié permettant de rechercher dans chaque cas concret la solution des conflits de normes induits par les droits fondamentaux ».

⁴²⁸ L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, préf. de E. PUTMAN, LGDJ, 2013, n° 281, p. 230.

contractant se conçoit difficilement dès lors qu'ils ne constituent pas, à proprement parler, des droits subjectifs⁴²⁹. En tant que tel, le droit-créance ne peut être directement invoqué à l'endroit d'une personne privée. Selon les mots de Rivero, « s'il s'agit des créances, on voit mal comment celui qui en est titulaire pourrait demander à un particulier de les honorer, alors que c'est la collectivité toute entière, c'est-à-dire en fait l'État, qui s'est reconnue débitrice de la prestation. Qu'il s'agisse du droit au travail, du droit à la santé et à la sécurité sociale, du droit à un niveau de vie décent, on ne conçoit pas que leur reconnaissance permette à un individu de se tourner vers un autre pour exiger de lui qu'il les satisfasse »⁴³⁰. Il en conclut que « le problème de la protection des droits à prescriptions concrètes ne semble concerner les rapports entre personnes privées qu'à titre subsidiaire »⁴³¹. Pourtant, au sein de la catégorie des droits fondamentaux, certains droits-créances se muent en véritables droits subjectifs⁴³², ce qui pourrait en théorie conduire, dès lors qu'ils entrent en conflit avec d'autres prérogatives reconnues à des contractants, à une limitation des possibilités d'exercice de celles-là⁴³³.

85. Illustration pratique. Pouvoirs de l'employeur *versus* droits fondamentaux du salarié. – La chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à faire explicitement mention, dans ses décisions, du caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté du salarié⁴³⁴. Ces références judiciaires à la fundamentalité indiquent-elles la réalisation d'un contrôle de la légitimité de l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié, notamment à

⁴²⁹ En ce sens, F. GAUDU, *Les 100 mots du droit*, PUF, 2010, V° « Droit, droits », p. 36 et s., spéc. p. 37 : « Il s'agit plutôt de missions que le Droit assigne à l'État de remplir ». Comp. D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF/Dalloz/Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s., spéc. p. 394. Selon l'auteur, l'emploi de l'expression « droit à... » constitue une « manière de nommer des droits subjectifs ».

⁴³⁰ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, t. III, Pedone, 1971, p. 311 et s., spéc. n° 2, p. 312.

⁴³¹ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, t. III, Pedone, 1971, p. 311 et s., spéc. n° 2, p. 313.

⁴³² Sur un tel constat, D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF/Dalloz/Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s., spéc. p. 399-400 : « [...] plusieurs droits à... sont aujourd'hui effectifs alors qu'ils n'étaient que virtuels voici trente ou quarante ans [...] ». V. de manière critique, F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 27, p. 32 : « La transformation de toute revendication identitaire en droit fondamental participe bien de ce dévoiement des droits fondamentaux en droits situés, conjoncturels et catégoriels ».

⁴³³ V. à propos du droit au logement, J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 20, p. 10 : « Jusqu'ici donc les tentatives faites par certaines juridictions du fond pour appliquer de manière extensive le droit au logement, au préjudice du droit de propriété ont échoué. Mais il n'est pas dit qu'il en sera toujours ainsi ».

⁴³⁴ V. O. DESAULNAY, « La fundamentalité des droits et des libertés », in R. BERNARD-MENORET (dir.), *Le grand oral. Les droits et libertés fondamentales*, Ellipses, 2016, p. 21 et s., spéc. p. 25 où l'auteur cite plusieurs décisions en ce sens. Rapp. F. BERGERON-CANUT et F. GAUDU, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, 2021, n° 43, p. 45.

travers un examen des motifs pour lesquels l'employeur use de ses pouvoirs ? Tout d'abord, un tel contrôle de la justification en droit du travail semble imposé par le législateur lui-même. L'article L. 1121-1 du Code du travail prévoit que l'employeur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des *restrictions qui ne seraient pas justifiées* par la nature des tâches à accomplir ni proportionnées au but recherché »⁴³⁵. Au regard des termes du texte, toutes les décisions prises par l'employeur dans l'exercice de ses pouvoirs devraient être concernées dès lors qu'elles restreignent les droits fondamentaux du salarié⁴³⁶. Si des entorses à ces droits demeurent valables, c'est à la condition qu'elles soient à la fois justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché. Selon les mots de M. Supiot, « la loi enferme aujourd'hui les pouvoirs de l'employeur dans *une définition fonctionnelle*, qui permet de contrôler leur éventuel détournement (restriction injustifiée des droits et libertés) ou dépassement (restriction disproportionnée) »⁴³⁷. La protection des droits fondamentaux fournit ainsi un moyen de contrôle de l'action de l'employeur et, corrélativement, un outil de protection du salarié à travers l'exigence de justification. Le contrôle de la justification de l'atteinte à un droit fondamental du salarié finalise le pouvoir de l'employeur qui en est à l'origine. En ce sens également, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 prévoit, en son article 30, que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». Il ne fait donc guère de doute que l'exigence de justification résultant de l'existence d'un contrôle de finalité de l'action patronale permet une certaine conciliation entre l'exercice des pouvoirs patronaux et les droits reconnus à la personne du salarié⁴³⁸.

⁴³⁵ V. égal. Ph. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés » ; *Dr. soc.* 2000, p. 1051 : « [Le juge] dispose de textes et d'une jurisprudence, aussi bien administrative que judiciaire, qui lui permet de maintenir l'équilibre entre l'autorité de l'employeur et l'autonomie du salarié ».

⁴³⁶ Rappr. F. BERGERON-CANUT et F. GAUDU, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, 2021, n° 179, p. 155 ; F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 311, p. 285.

⁴³⁷ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, 7^e éd., PUF, 2019, p. 76 (nous soulignons). V. égal. en ce sens, A. BUGADA, « En droit du travail : équilibre contractuel et justice sociale », in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 75 et s., spéc. p. 81 : « [...] l'article L. 1121-1 C. trav. adopte une formule générale soumettant les restrictions (sans les interdire d'emblée) aux principes de finalité et de proportionnalité. L'employeur doit se justifier » ; F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 314, p. 289 : « Ce texte a connu [...] une destinée exemplaire et a donné lieu à une jurisprudence aussi nourrie qu'inventive, permettant de contrôler à la fois sous l'angle de la justification et sous l'angle de la proportionnalité l'exercice par l'employeur des pouvoirs qui lui sont par ailleurs reconnus par le droit ».

⁴³⁸ Rappr. F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 322, p. 292 : « La pierre angulaire de la conciliation de la liberté et de l'intérêt de l'entreprise se trouve dans la règle posée à l'article L. 1121-1 du Code du travail ».

86. La jurisprudence fournit aujourd'hui de nombreuses illustrations de cette mise en balance entre les droits et libertés de la personne du salarié, d'une part, et les pouvoirs de l'employeur, d'autre part⁴³⁹. La jurisprudence administrative a constitué le point de départ du contrôle juridictionnel des pouvoirs de l'employeur à l'aune des droits fondamentaux du salarié⁴⁴⁰. En effet, par un arrêt *Corona* en date du 1^{er} février 1980, le Conseil d'État a vérifié que les restrictions apportées par les dispositions d'un règlement intérieur aux droits et libertés du salarié étaient justifiées au regard de ses finalités. À cette occasion, il a été jugé que « lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus [...] pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché »⁴⁴¹. Ce faisant, comme l'a souligné le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, « les pouvoirs de l'employeur se trouvent-ils finalisés et assujettis à une exigence de proportionnalité »⁴⁴². Un rapide examen des dispositions de l'article L. 1321-3, 2^o du Code du travail permet de se rendre compte que celles-ci sont très largement inspirées de la décision de 1980 susvisée. La Cour de cassation effectue également un tel contrôle de la légitimité des atteintes que les pouvoirs patronaux portent aux droits et libertés fondamentaux des salariés. Ainsi, nombreuses sont les décisions faisant dépendre la validité des clauses de pouvoir contenues dans un contrat de travail de la pertinence de leur cause de justification. À suivre les propos de M. Béraud, « en raison essentiellement de la porosité du contrat et du pouvoir normatif de l'employeur, c'est le contenu du contrat de travail qui se trouve assujetti aux principes de finalité et de proportionnalité lorsqu'il touche à des droits et des libertés »⁴⁴³.

⁴³⁹ De manière générale, estimant que l'application des droits fondamentaux ne se traduit pas systématiquement par une mise en balance, T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" ». Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

⁴⁴⁰ En ce sens, I. MEYRAT, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail, Pour une approche critique », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 41 et s., spéc. p. 48 : « Le célèbre arrêt *Corona* rendu par le Conseil d'État le 1^{er} février 1980 a marqué une étape décisive dans la constitution et le développement d'une problématique juridique des droits fondamentaux en droit du travail. Si l'arrêt *Corona* "révolutionne" le droit du travail, c'est d'abord par la transposition du mécanisme de contrôle juridictionnel des pouvoirs de police au contrôle du règlement intérieur mais aussi par l'irruption de la personne sur la scène du droit du travail ».

⁴⁴¹ CE, 1^{er} févr. 1980, *Ministre du travail c/ Sté Peintures Corona* : *Dr. soc.* 1980, p. 310, concl. A. BACQUET.

⁴⁴² A. BACQUET, concl. sur CE 1^{er} févr. 1980, *Dr. soc.* 1980, p. 310. Rappr. à propos du juste motif de révocation, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 753, p. 447 : « Qu'est-ce qu'un juste motif si ce n'est l'utilité, la nécessité et la proportionnalité au sens strict d'une mesure de révocation ou d'exclusion au regard de l'intérêt social à condition de respecter une certaine mesure ».

⁴⁴³ J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 55 et s., p. 65. Rappr. Ph. LAURENT,

87. Une première illustration peut en être donnée par le contrôle que font les juridictions de l'utilisation par l'employeur d'un dispositif de géolocalisation. Par une décision du 3 novembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'« un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portée à la connaissance des salariés »⁴⁴⁴. Plus récemment encore, une délibération de la CNIL est venue, après avoir rappelé que « des données à caractère personnel ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et [...] elles ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités »⁴⁴⁵, dresser en son article 2 une liste limitative des finalités de traitement. Cette exigence de respect de finalités établies s'explique par le besoin de légitimer les atteintes que l'utilisation d'un système de géolocalisation porte à la liberté de déplacement du salarié. La validité de l'atteinte que le recours à un tel système porte aux droits et liberté du salarié se trouve subordonnée à une exigence de justification.

88. Le contrôle judiciaire de la clause de mobilité géographique fournit un autre exemple d'exigence de justification mise à la charge de l'employeur en raison de l'atteinte qu'elle est susceptible de causer à une liberté reconnue au salarié⁴⁴⁶. En conférant à l'employeur le pouvoir de décider unilatéralement de la mutation du salarié, la clause de

« La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* mars 2000, p. 6 et s. : « [...] le principe de proportionnalité [...] conduit à limiter l'exercice d'un pouvoir ou d'une prérogative lorsqu'il heurte d'autres intérêts ».

⁴⁴⁴ Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036 : *Bull. civ.* V, n° 247 ; *RDT* 2012, p. 156, note B. BOSSU et Th. MORGENROTH. V. dans le même sens, Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-23.645 : « [...] l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ».

⁴⁴⁵ Délibération CNIL n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés. Sur cette délibération, A. GARDIN, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », *RDT* 2015, p. 544.

⁴⁴⁶ Ch. VARIN, obs. sur Cass. soc., 28 févr. 2012, *RDT* 2012, p. 225 : « La Cour de cassation se présente ainsi comme une garante très attentive du respect du droit fondamental du libre choix du domicile et rejette, pour l'heure, les diverses tentatives des juges du fond visant à reconnaître la licéité des obligations de résidence ». V. égal. F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 318, p. 290 : « La liberté de choisir son domicile et le respect de la vie privée et familiale sont des droits qui débordent largement les relations de travail, mais que les pouvoirs de direction et d'organisation reconnus au chef d'entreprise peuvent venir directement contrarier ».

mobilité est attentatoire à la liberté du salarié de choisir son domicile⁴⁴⁷. Dans l'arrêt *Spileers* rendu le 12 janvier 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une restriction apportée par l'employeur à la liberté de choix du domicile « n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »⁴⁴⁸. Une telle solution fait directement écho à la jurisprudence relative au contrôle de la clause de non-concurrence dans la mesure où l'employeur ne peut valablement l'invoquer que si celle-ci est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise⁴⁴⁹. Parce qu'elle constitue une restriction à la liberté d'entreprendre, la licéité de la clause de non-concurrence est subordonnée à l'existence d'un intérêt légitime. La nécessité pour l'employeur de justifier les restrictions aux droits et libertés fondamentaux du salarié débouche, là encore, sur un contrôle de la justification et de proportionnalité de la décision patronale, ainsi que l'exigent aujourd'hui les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail⁴⁵⁰.

89. De la même manière, quelques arrêts de la Cour de cassation témoignent d'un contrôle de justification des décisions de l'employeur en raison de l'atteinte qu'elles portent à la liberté religieuse du salarié. Tout d'abord, il convient de préciser à ce titre que le salarié ne saurait être fondé à invoquer ses convictions religieuses pour tenter de s'exonérer de l'exécution des prestations de travail qui lui incombent en vertu du contrat de travail. Il résulte en ce sens d'une décision de 1998 que les croyances religieuses du salarié ne pénètrent pas, en l'absence de stipulation expresse, le contrat de travail et que « l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour

⁴⁴⁷ Sur l'affirmation jurisprudentielle d'une telle liberté, Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 (l'objectif de « bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local » ne justifie pas l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié) : *Bull. civ.* V, n° 241 ; *RTD civ.* 2006, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Dr. soc.* 2005, p. 1037, obs. J. BARTHELEMY – Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : *Bull. civ.* V, n° 78 ; *RDT* 2012, p. 225, obs. Ch. VARIN.

⁴⁴⁸ Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : *Bull. civ.* V, n° 7 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY. Rapp., Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.639 : *D.* 2007, p. 1480, note G. LOISEAU.

⁴⁴⁹ V. par exemple, Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300 : *D.* 1992, p. 350, note Y. SERRA ; Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-45.798 : *D.* 2002, p. 245, note D. BOULMIER (validité d'une clause de non-concurrence jugée nécessaire à la protection des intérêts de l'employeur). V. égal. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 235, p. 120.

⁴⁵⁰ Dans l'arrêt *Spileers*, la Cour de cassation se fonde sur le visa unique de l'article 8 de la Convention en raison de l'antériorité des faits de l'espèce à la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 ayant conduit à l'insertion dans le Code du travail de l'article L. 120-2, devenu par la suite l'article L. 1121-1.

laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public »⁴⁵¹. Par conséquent, la décision de licencier est justifiée par l'inexécution par le salarié de ses tâches sans qu'il soit nécessaire de s'enquérir des finalités poursuivies par l'employeur afin de justifier l'atteinte causée à la liberté religieuse du salarié⁴⁵². Néanmoins, en dehors d'une telle hypothèse, la liberté religieuse du salarié conduit parfois les juridictions à examiner la légitimité des raisons d'exercice des prérogatives patronales lui portant atteinte. La Cour de cassation a jugé, dans une décision du 22 novembre 2017, que « les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché »⁴⁵³. Il ressort de cette décision que l'exigence de justification de la restriction apportée à la liberté religieuse du salarié conduit à un encadrement des finalités d'exercice du pouvoir réglementaire de l'employeur. De la sorte, « la recherche d'une protection des droits fondamentaux dans l'entreprise conduit non seulement à dévoiler l'exercice des prérogatives patronales, elle conduit encore à en clarifier l'exercice à travers *la promotion d'une exigence de justification* »⁴⁵⁴.

90. En tout état de cause, les raisons d'agir de l'employeur se trouvent scrutées par les juges judiciaires à la lumière des droits fondamentaux du salarié. Pour reprendre la formule

⁴⁵¹ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738 : *Dr. soc.* 1998, obs. J. SAVATIER, p. 614. Rapp., Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, n° 05-14.774 : *Bull. civ.* III, n° 140 ; *AJDI* 2006, p. 609, obs. J. RAYNAUD ; *RTD civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. et patr.* 7 août 2007, p. 83, obs. J.-B. SEUBE ; *LPA* 5 juill. 2006, note D. FENOUILLET : « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété ».

⁴⁵² Sans remettre en cause le principe même d'une telle solution, la Cour européenne des droits de l'homme semble toutefois aller plus loin que la Cour de cassation en inclinant vers un contrôle de justification de l'atteinte à la liberté religieuse du salarié. V. CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 : *D.* 2013, p. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *RDT* 2013, p. 337, obs. F. LARONZE. V. à propos de cette décision, Ch. VIGNEAU, « La liberté religieuse dans les relations de travail. Regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 313 et s., spéc. n° 8, p. 318 : « Pour apprécier le caractère justifié de la sanction, les juges strasbourgeois ne se contentent pas d'examiner la conformité de la tâche aux fonctions du salarié mais analysent la légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur et la proportionnalité de la sanction ».

⁴⁵³ Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855, Publié au Bulletin : *D.* 2018, p. 218, note J. MOULY ; *RDT* 2017, p. 797, obs. M. MINE.

⁴⁵⁴ F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 61 et s., spéc. p. 69 (nous soulignons). *Adde* dans le même sens, A. LYON-CAEN, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 95 et s., spéc. n° 3, p. 97 ; I. MEYRAT, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail, Pour une approche critique », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 41 et s., spéc. p. 45 ; « É. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental », in B. FAGES (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer France, nov. 2012, Étude 245, spéc. n° 245-17.

de Lyon-Caen, « le sacrifice des libertés n'est pas inconditionnel, il est finalisé »⁴⁵⁵. Ainsi, indépendamment de la forme que l'acte à l'origine de la violation d'un droit fondamental du salarié est susceptible d'emprunter, ce qui inclut bien évidemment l'exercice des prérogatives patronales, celui-ci devra, afin de produire valablement ses effets, satisfaire aux exigences de finalité et de proportionnalité. Ce faisant, les pouvoirs de l'employeur se finalisent au contact des droits fondamentaux du salarié⁴⁵⁶.

91. Quid des autres contrats spéciaux ? Variations sur la rupture unilatérale du prêt à usage. – La réglementation du contrat de commodat, ou prêt à usage, ne contient aucun texte analogue aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 susvisés du Code du travail. Par ailleurs, la rupture d'un tel contrat est en principe à la discrétion du prêteur. Dès lors, il est intéressant de déterminer, en cette matière, l'influence qu'exercent les droits fondamentaux reconnus à un contractant sur l'encadrement des motifs d'exercice des droits de son cocontractant. En dépit de quelques incertitudes entourant sa portée, une décision rendue en 2015 par la Cour de cassation mérite d'être évoquée au regard de ses riches enseignements. En l'espèce, une société bailleuse a mis gratuitement à la disposition des résidents une salle polyvalente utilisée par ces derniers pour la pratique du culte musulman. Quarante années plus tard, la société prêteuse souhaite récupérer la salle afin de procéder à des travaux de réhabilitation. Les résidents l'assignent alors afin d'interdire la suppression de la mise à disposition de la salle. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Paris décide, le 10 juillet 2014, de rejeter la demande des résidents et d'ordonner leur expulsion de ladite salle. Dans leur pourvoi formé à l'encontre de la décision de la cour d'appel, les résidents font valoir que la fermeture de la salle de prière porte atteinte à leur liberté de culte, violant ainsi les articles 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 et 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils estiment en effet que l'exercice par le prêteur de son droit de rupture heurte leur liberté fondamentale de culte. Dans un premier

⁴⁵⁵ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi, rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, La documentation française, 1992, n° 151, p. 138.

⁴⁵⁶ Rapp. F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 323, p. 297 : « Plus que les textes encadrant l'exercice du pouvoir disciplinaire, du pouvoir de direction ou du pouvoir réglementaire, c'est le respect des droits fondamentaux et libertés individuelles du salarié qui a fait évoluer, ces vingt dernières années, les relations sociales dans l'entreprise, du recrutement au licenciement ». Comp. R. VATINET, « Comment les dogmes finissent », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 883 et s., spéc. n° 10, p. 888 : « L'invocation des droits fondamentaux devant les conseils de prud'hommes et la Cour de cassation est un luxe – souvent utilisé par des cadres bien informés et bien conseillés – et la passion que ces droits fondamentaux suscitent dans la doctrine révèle une posture sans grande portée utile ».

temps, la Cour de cassation rappelle qu'en matière de prêt à usage convenu sans terme, le prêteur dispose d'une faculté de résiliation unilatérale indépendamment de tout besoin pressant et imprévu de reprendre le bien prêté⁴⁵⁷. S'agissant d'un commodat à durée indéterminée, c'est donc bien le droit commun de la rupture qui s'applique, à savoir la possibilité d'une résiliation unilatérale sans avoir à fournir de justification au cocontractant. La Haute juridiction retient ensuite que la cour d'appel qui « relève que la société [prêteuse] n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte et constate que ceux-ci peuvent pratiquer la religion musulmane sans utiliser la salle de prière, qui facilite seulement leur pratique religieuse [...] en a justement déduit que la société n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale en décidant la fermeture de cette salle *pour procéder à des travaux de modernisation et de sécurisation* »⁴⁵⁸. Bien que sa motivation soit particulièrement factuelle, cet arrêt, qui a néanmoins reçu les honneurs du Bulletin, est annonciateur de changements dans l'appréciation par les juridictions de la relation entre liberté religieuse et contrat⁴⁵⁹. Pour l'heure, ce couple se caractérise plutôt par une certaine indifférence de celui-ci à l'égard de celle-là. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler des termes d'une célèbre affaire dans laquelle la Cour de cassation a retenu que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître aucune obligation spécifique à la charge du bailleur »⁴⁶⁰. En l'absence de stipulation contraire, le contrat demeure imperméable à la liberté religieuse, du moins en ce qui concerne la création d'obligations non prévues au contrat. Si la décision de 2015 écarte *in concreto* l'existence d'une atteinte à la liberté de culte résultant de la fermeture de la salle, la voie d'une telle reconnaissance est cependant désormais ouverte. Ainsi que l'ont souligné plusieurs commentateurs de l'arrêt, c'est cette fois à travers le prisme d'un contrôle de proportionnalité que la Cour de

⁴⁵⁷ Après quelques hésitations, la Cour de cassation est finalement revenue à une telle position en 2004 : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004 : *Bull. civ.* I, n° 34 ; *D.* 2004, p. 903, note C. NOBLOT ; *JCP E* 2004, p. 831, note M. GARNIER ; *Defrénois* 2004, p. 1452, note CRONE ; *CCC* 2004, n° 53, note L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.*, avr. 2004, p. 116, obs. CHAUVEL ; *RTD civ.* 2004, p. 312, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RDC* 2004, p. 647, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *ibid.* p. 714, obs. J.-B. SEUBE.

⁴⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-25.709 (nous soulignons) : *Bull. civ.* I, n° 210 ; *AJDI* 2015, p. 838, obs. F. DE LA VAISSIERE ; *D.* 2015, p. 2350, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *RTD com.* 2015, p. 738, obs. B. BOULOC.

⁴⁵⁹ V. de manière générale sur la question des rapports entre religion et contrat, L. VARAINE, *La religion du contractant*, préf. de J.-B. SEUBE, LGDJ, 2019.

⁴⁶⁰ Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, n° 01-00.519 : *Bull. civ.* III, n° 262 ; *D.* 2004, p. 844, obs. N. DAMAS ; *AJDI* 2003, p. 182, obs. Y. ROUQUET ; *ibid.* obs. O. GUÉRIN ; *RTD civ.* 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p. 383, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* p. 575, obs. R. LIBCHABER.

cassation conclut à l'absence d'atteinte⁴⁶¹. Ce faisant, elle rompt avec des décisions antérieures relatives à d'autres libertés. En ce sens, la Haute juridiction a jugé par un arrêt du 3 juin 2010 que « [...] le respect de l'exercice effectif des libertés syndicales, autres que celles propres à la fonction publique territoriale, ne crée aucune obligation aux communes de consentir des prêts gracieux et perpétuels de locaux de leur domaine privé »⁴⁶². En l'espèce, la Cour de cassation refuse de reconnaître une atteinte à la liberté syndicale sans opérer de contrôle de proportionnalité⁴⁶³. Il en résulte une absence de relativisation des conditions d'exercice du droit de rupture du prêteur face à la liberté syndicale des emprunteurs. À y regarder de plus près, si la Haute juridiction refuse de reconnaître, au stade de l'exécution, une obligation non prévue au contrat de prêt⁴⁶⁴, il serait pour autant imprudent d'en déduire que l'exercice par le prêteur de son droit de rupture ne pourra jamais porter une atteinte illégitime à la liberté syndicale des emprunteurs. En effet, écartée au moment de l'exécution de contrat, l'influence des droits fondamentaux pourrait resurgir à l'occasion de la rupture de celui-ci. En ce sens, l'arrêt rendu le 30 septembre 2015 en matière de commodat laisse penser que les droits et libertés fondamentaux de l'emprunteur pourraient avoir une incidence sur les conditions d'exercice du droit de résiliation unilatérale du prêteur. En effet, si elle a, comme en 2010, écarté l'existence d'une violation d'une liberté fondamentale de l'emprunteur c'est cette fois par le biais d'un contrôle de proportionnalité et de finalité qu'elle aboutit à une telle solution. D'un point de vue théorique, le changement est significatif. À en croire les termes de la solution de 2015, la rupture unilatérale du prêt ne portait en l'espèce pas atteinte à la liberté religieuse au regard de trois considérations : la société prêteuse n'avait pas la charge d'assurer la possibilité matérielle d'exercer le culte ; la fermeture de la salle de prière ne rendait pas impossible la pratique du culte ; la suppression de la mise à disposition était justifiée par la volonté du prêteur de réaliser des travaux de modernisation et de sécurisation. Bien que son usage

⁴⁶¹ En ce sens, J.-B. SEUBE, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, *Defrénois* 2016, p. 74. Rapp. P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70 : « La liberté religieuse, naguère prudemment laissée à la porte du contrat [...] paraît désormais encline à se passer d'invitation pour avoir, dans un arrêt du 30 septembre 2015, forcé la porte d'un contrat de prêt à usage et ouvert la perspective d'une création prétorienne d'obligations destinées à garantir l'exercice d'un culte. Les convictions religieuses vont-elles parvenir à forcer le consentement de ceux qui ne les partagent pas ? ».

⁴⁶² Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-14.633 : *RTD civ.* 2010, p. 557, obs. B. FAGES ; *AJDI* 2011, p. 233, obs. F. DE LA VAISSIERE ; *D.* 2010, p. 1554, obs. G. FOREST ; *JCP G* 2010, n° 1146, obs. M. MEKKI.

⁴⁶³ Regrettant l'absence d'un tel contrôle de proportionnalité en l'espèce, M. MEKKI, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, *JCP G* 2010, n° 1146.

⁴⁶⁴ G. FOREST, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, *D.* 2010, p. 1554 : « Le présent arrêt borne, en outre, le domaine de la théorie des obligations positives en matière syndicale. [...] Ici, la haute juridiction considère que la concrétisation de la liberté syndicale s'arrête là où commence la protection du droit de propriété ».

doive susciter chez l'interprète une certaine défiance, une lecture *a contrario* de la solution suggère qu'une atteinte doit être caractérisée dès lors que l'un de ces éléments ferait défaut. À ce titre, le dernier élément que la Cour de cassation met en exergue pour écarter l'existence d'une atteinte à la liberté de culte intéresse particulièrement la présente étude. En effet, la poursuite par le prêteur d'une finalité particulière, en l'occurrence la réalisation de travaux de sécurisation, a pesé dans la balance des intérêts en présence opérée par les juges⁴⁶⁵. La légitimation de l'usage par le prêteur de son droit de résiliation unilatéral, au nom du respect des droits et libertés fondamentaux de son cocontractant, passerait ainsi, comme en droit du travail, par une étroite surveillance des motifs d'exercice de la prérogative. Cela revient à admettre que la liberté religieuse est susceptible d'influer sur les conditions d'exercice des prérogatives du prêteur. Alors que la faculté unilatérale de rupture dont dispose le prêteur d'une chose se présente traditionnellement comme un droit pouvant être exercé *ad nutum*, en ce sens que son titulaire n'a pas à dévoiler les raisons de sa mise en œuvre, l'exigence de justification véhiculée par les droits fondamentaux du cocontractant pourrait en finaliser l'exercice. Ce faisant, une possible influence des droits fondamentaux sur les conditions d'exercice des prérogatives se vérifie en dehors des rapports de travail. Ainsi, la reconnaissance et l'encadrement de pouvoirs unilatéraux dans certains contrats inégalitaires ont « favorisé l'immixtion dans le droit des obligations de modes de raisonnement qui lui étaient jusque-là étrangers »⁴⁶⁶. Le contrôle de la justification de l'atteinte portée aux droits fondamentaux d'une partie, en raison de l'exercice par son cocontractant d'un pouvoir, risquerait ainsi de s'étendre à l'ensemble des rapports contractuels de droit privé⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Rappr. M.-L. MATHIEU, « La liberté contractuelle », in *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, n° 1082, p. 878 : « la Cour de cassation s'est attachée précisément aux comportements des sujets pour vérifier si l'atteinte était constituée du fait de la rupture d'un contrat ».

⁴⁶⁶ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 249. Rappr. J. ROCHFELD, obs. sous Cass. soc., 10 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 17 et s. ; J.-P. MARGUENAUD, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat », in D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 113 et s., spéc. p. 114.

⁴⁶⁷ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Le droit des contrats*, PUF, 2018, spéc. p. 74. L'auteur relève notamment que la règle formulée à l'article L. 1121-1 du Code du travail « pourrait en réalité être généralisée, *mutatis mutandis*, à tous les autres contrats ». V. de manière critique, R. VATINET, « Comment les dogmes finissent », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 883 et s., spéc. n° 10, p. 888 ; P.-Y. GAUTIER, « La cessation du contrat, confrontée aux droits fondamentaux », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 487 et s., spéc. n° 7 et s., p. 490 : « [...] il est souhaitable de ne pas donner aux droits fondamentaux un champ de compétence tel que plus aucune situation juridique ne leur échappe ».

92. *Quid de l'influence des droits fondamentaux sur les conditions d'exercice des prérogatives en droit commun des contrats ?* – Les législations spéciales, notamment celles relatives au contrat de travail et au bail, paraissent favorables à une modification des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels de certains contractants dès lors qu'ils entrent en conflit avec les droits fondamentaux du cocontractant, ce qui se traduit concrètement par la nécessité d'une justification de l'atteinte qui leur est portée. Qu'en est-il du droit commun des contrats ? Pour tenter de répondre à cette question, il convient de s'intéresser à la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du n° 2016-131 du 10 février 2016⁴⁶⁸ et plus particulièrement à la place qu'y occupent les droits fondamentaux dans les actes juridiques.

93. Alors que l'article 1102 du projet d'ordonnance visait explicitement les droits fondamentaux comme limite à la liberté contractuelle, la version finale du texte en fait l'économie⁴⁶⁹. La loi de ratification du 20 avril 2018 n'a apporté aucune modification à la rédaction retenue par l'ordonnance de 2016. Ainsi, ne figure plus à l'alinéa 2 de l'article 1102 la précision selon laquelle 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 proportionné au but recherché »⁴⁷⁰. Cette absence de renvoi aux droits fondamentaux dans les nouvelles dispositions du Code civil n'entrave en rien la possibilité pour les juges de contrôler la licéité du contenu contractuel au regard des droits et libertés fondamentaux, ne serait-ce qu'en considération de l'effet horizontal reconnu à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le juge judiciaire a déjà, par le passé, procédé à un contrôle de la licéité des clauses contractuelles à l'aune des droits et

⁴⁶⁸ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

⁴⁶⁹ Le rapport adressé au Président de la République ne fournit aucune explication quant à cette suppression. V. néanmoins sur les raisons ayant conduit à une telle suppression, Y. PAGNERRE, « Le contrat de travail », in L. ANDREU et M. MIGNOT (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 209 et s., spéc. n° 4, p. 214. V. de manière critique, A.-A., « 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.

⁴⁷⁰ Une telle rédaction de l'article 1102, al. 2, du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats reprend pour l'essentiel l'article 4, al. 2, de l'avant-projet de réforme du droit des contrats présenté par l'Académie des sciences morales et politiques qui disposait comme suit : « On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime ».

libertés fondamentaux contenus dans la Convention⁴⁷¹. D'un point de vue théorique et technique, rien ne s'oppose donc à ce que le juge judiciaire contrôle l'exercice de pouvoirs contractuels au titre de l'atteinte portée aux droits fondamentaux du cocontractant⁴⁷².

94. Conclusion de la section. – Porteur d'une exigence de finalité, le contrôle de la violation des droits fondamentaux d'un contractant participe, dans une certaine proportion, à l'émergence de droits finalisés dans le contrat. En effet, la poursuite de finalités particulières par un contractant dans l'exercice de ses droits est susceptible de légitimer l'atteinte portée aux droits fondamentaux de l'autre partie. En d'autres termes, la nécessité de respecter les droits et libertés fondamentaux d'une partie pourrait indirectement conduire à une restriction des motifs pour lesquels l'autre partie peut user de ses droits. Parce qu'elle véhicule un principe de finalité, la diffusion des droits et libertés fondamentaux dans la sphère contractuelle constitue une source potentielle de finalisation des prérogatives du contractant. En effet, les droits fondamentaux contiennent en germe une exigence de justification de l'atteinte qui leur est portée. En dehors des relations de travail, à propos desquelles l'article L. 1121-1 du Code du travail fournit une assise textuelle au contrôle judiciaire, l'influence des droits et libertés fondamentaux sur les motifs d'exercice des prérogatives des contractants s'observe finalement assez peu. Sous l'impulsion du juge, l'exigence de respect des droits fondamentaux d'un contractant peut néanmoins, dans le conflit les opposant aux droits du cocontractant, constituer une source de finalisation des droits⁴⁷³.

⁴⁷¹ Par ex., Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, 93-11.113 : *Bull. civ.* III, n^o 60 ; *JCP G* 1996, I, 3958, obs. Ch. JAMIN ; *RDI* 1996, p. 620, obs. F. COLLART DUTILLEUL ; *RTD civ.* 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *ibid.* p. 1024, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 1997, p. 167, obs. B. DE LAMY – Cass. soc., 12 janv. 1999, n^o 96-40.755 : *Bull. civ.* V, n^o 7 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

⁴⁷² Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. I, Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., PUF, 2019, n^o 114, p. 95 ; F. MARCHADIER, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et donc la réponse est évidente ? », *RDC* 2016, p. 518. V. antérieurement à la réforme, J.-B. SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *LPA* 5 mars 2009, n^o 46, p. 86 et s. ; J.-P. GRIDEL, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 195 et s.

⁴⁷³ V. récemment sur les craintes suscitées par le développement d'un contrôle de conventionalité *in concreto*, F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n^o 67, p. 84 ; F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 137 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70. Comp. S. PELLE, « Quels nouveaux paradigmes pour le droit de demain ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 857 et s., spéc. n^o 14, p. 867 : « La logique des droits fondamentaux paraît aujourd'hui devoir gagner le cœur du droit, non être reléguée au rang de variable d'ajustement. Afin

95. Conclusion du chapitre. – L’essor de droits finalisés dans le contrat traduit l’existence de transformations dans le contrôle juridictionnel de certaines prérogatives juridiques dans le sens d’une prise en compte croissante de leurs motifs d’exercice. Plusieurs outils utilisés par le juge sont ainsi vecteurs, à des degrés différents, de finalisation des droits : la notion de mandat d’intérêt commun, le contrôle de l’abus de droit et, dans une moindre mesure, le contrôle de l’atteinte aux droits fondamentaux du contractant. Susceptibles de déboucher sur un contrôle du bien-fondé des décisions prises par un contractant, ces instruments sont diversement mis en œuvre par le juge dans l’objectif d’encadrer les conditions de mise en œuvre des prérogatives juridiques. Parmi ces instruments, la construction jurisprudentielle du mandat d’intérêt commun conduit directement et systématiquement à la mise en place d’une exigence de justes motifs. À l’inverse, le contrôle de l’abus de droit et celui de l’atteinte à un droit fondamental y parviennent occasionnellement et, le plus souvent, de manière incidente.

96. Conclusion du titre. – *De lege lata*, l’analyse des données du droit positif des contrats démontre que l’exigence de justification de l’exercice des droits gagne progressivement du terrain⁴⁷⁴. L’identification des manifestations de droits finalisés dans le contrat permet d’établir que le phénomène de la finalisation des droits constitue principalement le fruit de législations spéciales. En de nombreuses situations, des dispositions particulières subordonnent ouvertement la prise d’une décision, le plus souvent celle de rompre le contrat, à une exigence de justification. Il en va notamment de la sorte du licenciement du salarié, du congédiement de certains preneurs à bail, de la cessation du contrat d’agent commercial, de la révocation de certains dirigeants sociaux, etc. Dans l’ensemble de ces situations, le législateur détermine positivement les raisons pour lesquelles le contractant peut exercer son droit. Ce phénomène de finalisation traduit un effacement du caractère discrétionnaire des droits qui en font l’objet. Le sens de l’évolution du régime juridique de nombreuses prérogatives reconnues aux contractants est ainsi celui de leur finalisation.

de sortir de l’impasse, le choc frontal entre légalité et proportionnalité, manifesté par la jurisprudence, peut être perçu comme le signal d’une double inadaptation de notre théorie juridique ».

⁴⁷⁴ Rapp. P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 109 et s., spéc. n° 11, p. 113 : « Le contrôle de la motivation est un thème moderne et transversal du droit des obligations et de celui de la concurrence, sans oublier les droits fondamentaux ».

Le mouvement de finalisation des droits puise également sa source dans l'œuvre jurisprudentielle. À l'occasion de certains litiges, le juge peut mobiliser, dans des domaines où le législateur ne l'y contraint pourtant pas, des mécanismes correcteurs afin de contrôler la légitimité des raisons de l'action d'un contractant. Plus spontanée, cette finalisation des droits impulsée par le juge est également moins prévisible que celle résultant des interventions du législateur.

En définitive, en dépit de leur éparpillement au sein du droit positif des contrats, les différentes manifestations du phénomène de finalisation des droits autorisent, au regard de leur évidente parenté, la recherche d'une identité commune.

TITRE 2 : L'IDENTITE DES DROITS FINALISES

« Les juristes de notre époque entretiennent une singulière confusion des idées par l'insuffisance et l'incertitude de la terminologie juridique. [...] Le mot *droit* a tant de sens que la contradiction n'apparaît pas évidente. La confusion, d'ailleurs, est souvent volontaire »⁴⁷⁵.

97. Qu'ajoute l'épithète « finalisé » au mot « droit » lorsqu'il s'agit de parler d'une prérogative juridique attribuée à un contractant ? Tout d'abord, l'ajout d'un tel qualificatif ne constitue pas un moyen de dissimuler la véritable nature des prérogatives que la dénomination de « droits finalisés » entend englober⁴⁷⁶. Les substantifs servant à désigner les prérogatives attribuées aux contractants étant en nombre limité, le recours à des épithètes paraît inévitable⁴⁷⁷. Quelques termes du lexique juridique, tels que celui de « droit », sont utilisés pour désigner des objets tellement variés qu'il devient difficile d'en déterminer la nature à défaut d'y adjoindre des adjectifs⁴⁷⁸. Ensuite, l'épithète dont il s'agit ici permet de signifier que les « droits finalisés » se rattachent à la catégorie plus générale de « droits subjectifs », celle-ci étant entendue comme l'antonyme des libertés⁴⁷⁹. Le substantif « droit » dans l'expression « droit finalisé » renvoie au droit subjectif entendu

⁴⁷⁵ G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 61, p. 189.

⁴⁷⁶ V. en sens contraire s'agissant de l'ajout d'adjectifs au terme contrat, L. DUGUIT, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 121 : « [les jurisconsultes] ne pouvaient pas démontrer qu'une chose, qui n'était pas réellement un contrat, le fût. Au reste, eux-mêmes ils ont reconnu le fait en ajoutant une épithète au mot contrat, épithète qui eût été évidemment complètement inutile, si c'était vraiment un contrat. C'est ainsi qu'ils nous parlent de contrats d'adhésion, de contrats de guichet, de contrats collectifs, de contrats de collaboration, toutes choses qui ne sont point des contrats ».

⁴⁷⁷ Rappr. G. CORNU, « Préface », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, p. VII et s., spéc. p. VIII : « Quant aux adjectifs, ils méritent d'être lavés de l'injuste soupçon d'être, pour un style, signe de pauvreté. L'éminence de leur fonction, dans le vocabulaire juridique, vient sans doute en compensation du nombre limité des termes de celui-ci. Devant ce défi, ils sont riches et puissants : riches de plusieurs sens en bien des cas et puissants par la spécificité corsée de leur sens au regard du Droit et souvent au recours de substantifs plus neutres ». Comp. J.-L. AUBERT et F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, 5^e éd., Dalloz, 2017, p. 15.

⁴⁷⁸ Rappr. R. NERSON, « Exercices de vocabulaire », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 603 et s., spéc. p. 612 : « La terminologie n'est pas satisfaisante ; elle semble mal construite : qu'y a-t-il de commun, en effet, entre l'idée de droit-règle et l'idée de droit-prérogative ? [...] Autant que possible, il faut donc réserver à chaque terme technique un seul sens ».

⁴⁷⁹ Sur le lien entre les concepts et l'utilisation de substantifs, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. de D. DEROUSSIN, rééd., Dalloz, 2005, n° 13, p. 116 : « Les mots, en effet, tout au moins les substantifs, sont la représentation de concepts qui résument les tendances du système juridique ».

lato sensu, c'est-à-dire qu'il n'exclut pas *a priori* les pouvoirs de la catégorie des « droits finalisés ». L'utilisation de l'adjectif « finalisé » permet ainsi d'isoler, au sein de la catégorie des droits subjectifs – celle-ci étant opposée à celle des libertés civiles dans une division bipartite de l'ensemble des prérogatives individuelles⁴⁸⁰ –, les prérogatives ayant pour trait dominant d'être assorties d'une exigence de justification. Employer l'adjectif « finalisé » pour désigner un « droit » signifie donc qu'il a été l'objet d'une *finalisation*, c'est-à-dire qu'une fin précise a été assignée à l'action de son titulaire⁴⁸¹.

98. Bien qu'un certain flottement sémantique soit parfois à déplorer, il demeure envisageable d'opérer des distinctions parmi les différentes prérogatives juridiques reconnues aux contractants. Pour ce faire, il convient de ne pas s'arrêter à la dénomination des prérogatives⁴⁸² et de déterminer, au regard de leur régime d'exercice, celles ayant la nature de droits finalisés. La démarche consiste donc à opérer à la fois un rapprochement entre des objets suffisamment semblables⁴⁸³ ainsi qu'à les séparer d'autres objets suffisamment distincts⁴⁸⁴. De la sorte, l'établissement de l'identité des droits finalisés dans le contrat commande d'isoler, au sein de la masse des prérogatives juridiques, *celles ne pouvant être utilisées que pour certaines raisons limitativement admises par la loi, le juge ou le contrat et qui, à ce titre, sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire du bien-fondé de leur exercice*.

99. La détermination des caractéristiques d'une catégorie de prérogatives juridiques nécessite de préciser les rapports qu'elle entretient, d'une part, avec les catégories voisines qui s'en trouvent exclues et, d'autre part, avec les catégories plus générales qui

⁴⁸⁰ A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s., spéc. n° 10, p. 590 : « [...] toute prérogative qui n'est pas considérée comme une simple liberté est un droit subjectif ».

⁴⁸¹ Dans le langage commun, *Le Petit Robert*, V° « Finaliser » (sens 1) : « Donner une fin, une orientation précise à ».

⁴⁸² En ce sens, M. PAINCHAUX, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ* 2004/3, p. 1567 et s., spéc. n° 21, p. 1580 : « Un catalogue de droits à la même appellation n'est pas un dénominateur commun suffisant pour former une véritable catégorie ».

⁴⁸³ Rapp. H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 125 et s., spéc. n° 7, p. 128.

⁴⁸⁴ Rapp. Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, *APD* 1966, t. XI, p. 25 et s., spéc. n° 8, p. 30 : « Définir, c'est – l'étymologie le dit – délimiter, c'est-à-dire séparer ; que sur des objets considérés comme ressortissant à des classes ou des catégories distinctes ; même si l'on entend traiter ensuite exclusivement l'une de ces classes ou catégories comme “en dedans”, les autres comme “en dehors” de son champ intellectuel ».

l'englobent⁴⁸⁵. La détermination négative de l'unité des droits finalisés (chapitre 1) précédera ainsi l'établissement, de façon positive, des caractères intrinsèques de cette catégorie de prérogatives (chapitre 2).

Chapitre 1 : La caractérisation négative

Chapitre 2 : La caractérisation positive

⁴⁸⁵ Rappr. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 113 : « Les critères distinctifs d'une catégorie juridique doivent dessiner un modèle permettant une comparaison. Ce sont des éléments de fond et de forme qui impriment à chaque catégorie ses caractéristiques et la séparent des catégories voisines ».

CHAPITRE 1 : LA CARACTERISATION NEGATIVE

100. Au sein de la grande famille des prérogatives juridiques reconnues aux contractants, certaines d'entre elles possèdent des caractéristiques incompatibles avec l'affirmation du caractère finalisé d'un droit. À ce titre, l'ensemble des libertés civiles reconnues aux contractants paraît devoir être exclu des droits finalisés (section 1). Dans une division bipartite des prérogatives juridiques, réparties entre les libertés et les droits subjectifs⁴⁸⁶, seuls ces derniers peuvent constituer des droits finalisés. Pour autant, tous les droits subjectifs ne revêtent pas un caractère finalisé. En raison de leurs singularités, certaines espèces particulières de droits subjectifs se trouvent également à l'extérieur de la catégorie des droits finalisés (section 2).

SECTION 1 : L'EXCLUSION TOTALE DES LIBERTES CIVILES

101. Pour fondamentales qu'elles soient, les notions de droits et de libertés ne font pas l'objet d'une définition unitaire. Il suffit d'observer que les très nombreuses tentatives doctrinales menées en ce sens n'ont, jusqu'à présent, pas véritablement réussi à emporter la conviction⁴⁸⁷. Au-delà des controverses auxquelles ces notions ont pu donner lieu et la grande diversité des prérogatives qu'elles entendent saisir, le principe même d'une distinction entre ces deux types de possibilités d'agir que sont les droits subjectifs et les libertés paraît largement admis⁴⁸⁸. Ainsi, bien que ces notions ne fassent pas l'objet d'une définition unitaire⁴⁸⁹, il demeure envisageable de dégager des critères de distinction afin de

⁴⁸⁶ Pour une telle distinction, v. par ex. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 53, p. 82.

⁴⁸⁷ Sur les nombreuses définitions doctrinales du droit subjectif, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, 1994, n° 172 et s ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 54, p. 84. V. également à propos de la liberté, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 5 : « Qu'est-ce que la liberté ? Un mot si commun et si fort en même temps n'a pu être galvaudé, utilisé dans tous les sens, tiraillé dans toutes les directions » ; M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 8 : « Si tout le monde s'accorde sur les bienfaits de la liberté, un profond désaccord règne en revanche sur sa définition ».

⁴⁸⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 4, p. 17-18 : « Les libertés doivent être distinguées des droits, lors même que bon nombre d'entre elles sont proclamées par l'utilisation du vocable "droit" ». V. déjà, H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365 et s., spéc. p. 371 : « Nous donnons trop facilement le nom de droit à tout acte qui n'est pas prohibé par la loi, sans nous apercevoir que nous tombons dans le travers où s'étaient égarés les théoriciens de la Révolution ».

⁴⁸⁹ Sur la difficulté à tracer des frontières entre ces deux sortes de prérogatives, I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, p. 4.

déterminer les rapports que les droits finalisés, en tant que prérogatives dont les motifs d'exercice sont limités et contrôlés, entretiennent avec elles.

102. Des diverses acceptions de la notion de liberté. – Dans le langage courant, la liberté désigne, de manière générale, la situation de la personne qui ne se trouve pas sous la domination d'autrui. Elle s'oppose en ce sens à un état d'esclavage ou de sujétion⁴⁹⁰. Dans un sens moins fermé, elle peut être considérée comme le pouvoir pour un sujet d'agir conformément à sa propre détermination, en l'absence de toute contrainte extérieure⁴⁹¹.

Le discours juridique fait référence aux libertés publiques et aux libertés civiles. Si les premières s'expriment pour l'essentiel dans les relations entre l'autorité publique et le citoyen, les secondes désignent les libertés s'exerçant au sein de rapports interindividuels. La liberté est avant tout appréhendée en droit à travers ses diverses ramifications : liberté d'expression, liberté contractuelle, liberté d'aller et venir, liberté d'entreprendre, etc.⁴⁹² Ainsi envisagée, la liberté renvoie à une prérogative permettant à son bénéficiaire de faire tout ce qui n'est proscrit par la loi⁴⁹³. Une telle conception se retrouve notamment à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui affirme que « 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 ». C'est encore une telle acception que retient l'article 1102, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose à propos de la liberté contractuelle 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* »⁴⁹⁴. Le Conseil constitutionnel rattache d'ailleurs

⁴⁹⁰ Des auteurs relèvent d'ailleurs l'existence d'un lien étroit entre l'affirmation de la liberté du sujet et la reconnaissance de sa personnalité juridique. V. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 17, n° 4 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec la participation de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 199, p. 150.

⁴⁹¹ J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 421 : « Les libertés délimitent, pour chacun, une sphère où il est maître de choisir ses comportements sans avoir à subir la contrainte d'une volonté étrangère ».

⁴⁹² E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 8 : « La liberté au singulier laisse alors la place à des catégories plus restreintes, ayant une vocation normative plus précise. La liberté est en quelques sortes découpée en petits morceaux, en une pluralité de libertés particulières [...] ».

⁴⁹³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 147 : « La liberté juridique, qu'on appelle parfois aussi liberté civile, c'est le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi ».

⁴⁹⁴ Article 1102, al. 1, du Code civil (nous soulignons). V. notamment sur la liberté contractuelle, L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998, p. 676 ; 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.

expressément la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de 1789⁴⁹⁵. Quoiqu'il en soit, le titulaire d'une liberté ne saurait s'en prévaloir pour couvrir des agissements illicites. La responsabilité constitue le corollaire de la liberté. L'affirmation d'une liberté, en tant que prérogative reconnue à un individu, plus particulièrement à un contractant, se concilie donc avec l'existence d'un contrôle juridictionnel de son usage⁴⁹⁶.

103. Droits subjectifs et libertés civiles. Principaux critères de distinction. –

Un premier élément de différenciation entre libertés et droits subjectifs ressort de leurs modalités et conditions d'attribution. Alors que les premières s'apparentent à des prérogatives inconditionnées⁴⁹⁷ et sont accordées dans une perspective égalitaire, les seconds dépendent de conditions déterminées et sont accordés de façon inégalitaire⁴⁹⁸. En effet, contrairement aux libertés qui bénéficient à tous, les droits confèrent à leur titulaire une sphère exclusive d'action et se caractérisent ainsi par une inégalité entre les individus⁴⁹⁹. Cette zone réservée au titulaire restreint d'autant la liberté des autres sujets de droit.

104. Un second élément de distinction est à trouver du côté du contenu des possibilités d'agir offertes par ces prérogatives. Contrairement aux droits subjectifs, dont l'objet est précisément défini et dont l'exercice peut être entièrement tourné vers la satisfaction de certaines fins déterminées, les libertés constituent des prérogatives qui ne sont ni définies, ni causées⁵⁰⁰. Comme l'a justement écrit M. Stoffel-Munck, « la liberté

⁴⁹⁵ Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* (cons. 37).

⁴⁹⁶ Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 216 : « La liberté n'est pas la faculté de faire tout ce qu'on veut, et elle n'est pas incompatible avec certaines limites, qui permettent au contraire de l'instituer et de la garantir ».

⁴⁹⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 147 : « lorsqu'on oppose la liberté aux droits au sens propre du mot, il s'agit d'une prérogative qui ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques, qui se placent dans le cadre de cette liberté ».

⁴⁹⁸ V. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 53, p. 82 ; G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 61, p. 190.

⁴⁹⁹ V. en ce sens J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec la participation de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 199 et 200, p. 150-151 ; R. BOFFA, *Droit civil 1^{re} année, Introduction au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020, n° 40, p. 19.

⁵⁰⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 147. V. égal. D. MAINGUY, « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 23 et s., spéc. n° 24, p. 28 : « Les droits subjectifs ont [...] un domaine précis au contraire des libertés au domaine nécessairement imprécis et, surtout, les droits subjectifs apparaissent personnalisés : ils ont un sujet et un objet qui changent selon les droits, et font ainsi varier ces droits subjectifs alors que les libertés semblent moins individualisées, identiques selon les sujets ». Comp. J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, 155, spéc. n° 12 : « Plus que la distinction assez incertaine

individuelle est une puissance d'agir pour des fins non préalablement déterminées et tout individu en est investi en tant qu'il est individu, sans autres conditions *de jure* ; à l'inverse, un droit contractuel n'est normalement pas ouvert sur des horizons si vastes. Il est le plus souvent enfermé dans des conditions d'exercice déterminées et peut être restreint à la poursuite de buts spécifiés »⁵⁰¹. Les libertés s'opposent donc, par nature, à ce qu'une contrainte extérieure, s'exerce sur la sphère autonome d'action qu'elle garantit, en limitant les fins susceptibles d'être poursuivies par leur bénéficiaire. Cet aspect est déterminant pour la catégorisation des droits finalisés dès lors qu'il postule, *a priori*, le caractère non finalisé de toutes les libertés juridiques⁵⁰². Il a pourtant été soutenu en sens contraire que « sous l'angle de la prérogative juridique attribuée, les libertés sont [...] une forme de droits subjectifs. Qu'il s'agisse d'un droit ou d'une liberté, la prérogative accordée n'est au demeurant jamais absolue. Aussi bien les droits que les libertés sont le plus souvent finalisés et reçoivent des limites. Pas plus qu'un droit, une liberté ne s'exerce de manière absolue »⁵⁰³. L'auteur paraît ainsi déduire le caractère finalisé des libertés de leur relativité. Pourtant, si les libertés ne sont effectivement pas des prérogatives absolues, elles ne constituent pas *ipso facto* des prérogatives finalisées. En effet, si le caractère finalisé d'une prérogative en traduit nécessairement le caractère relatif, l'inverse n'est toutefois pas vrai. La relativité d'une prérogative renvoie à la possibilité d'un contrôle judiciaire de son exercice. Or, la réalisation d'un tel contrôle n'implique pas corrélativement un encadrement des motifs d'exercice de la prérogative concernée. Dès lors, assimiler systématiquement les droits relatifs aux droits finalisés reviendrait à dénier toute autonomie à ces derniers.

105. Par ailleurs, l'opposabilité aux tiers constitue, semble-t-il, un autre élément permettant de préciser la distinction entre libertés et droits. En effet, les droits impliquent nécessairement un rapport à autrui alors que la liberté peut se concevoir uniquement à partir

entre droit subjectif et liberté, le critère qui permet de définir un domaine propre à l'abus de droit c'est la précision des prérogatives ».

⁵⁰¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Rapport français, La rupture du contrat », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées brésiliennes, t. LV, 2005, Société de législation comparée, 2009, p. 803 et s., spéc. n° 10, p. 808.

⁵⁰² Rapp. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 150 : « On ne peut donc pas dire que la liberté tend, comme le droit, vers un but défini ; elle représente une série de possibilités en tous sens, même de possibilités directement contraires les unes aux autres » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 4, p. 18 : « le contenu donné à une liberté est déterminé par le sujet, comme manifestation même de la souveraineté qu'elle lui offre : techniquement, la liberté n'est que le cadre d'un comportement qui serait nié par sa détermination positive extérieure ».

⁵⁰³ J.-B. RACINE, « Remarques sur la distinction entre droits et libertés », *LPA* sept. 2014, n° 190, p. 7 et s., spéc. n° 25 (souligné par l'auteur).

du sujet qui en est le support⁵⁰⁴. Les propos de Dabin l'illustrent parfaitement : « Isolé dans son île, Robinson a des biens, mais pas de droits : que ferait-il de droits, puisqu'il n'a point d'adversaires à qui les opposer ? »⁵⁰⁵ C'est ce qui a conduit certains auteurs à affirmer, très justement, que les droits subjectifs constituent des « expressions de relations sociales »⁵⁰⁶.

106. Illustration. Distinction entre le droit d'expression et la liberté d'expression du salarié. – Une illustration concrète de la distinction entre droits et libertés est susceptible d'être donnée par l'analyse des différentes prérogatives garantissant la possibilité pour le salarié de s'exprimer au sein de l'entreprise. À ce titre, il dispose à la fois d'un droit et d'une liberté d'expression⁵⁰⁷. Cette dernière prend directement appui sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen prévoyant que « Tout homme est libre de parler, d'écrire, d'imprimer, de publier ; il peut, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, exprimer ou diffuser toute opinion dans la mesure où il n'abuse pas de ce droit ». Par ailleurs, les dispositions du Code du travail accordent aux salariés un droit « à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail »⁵⁰⁸. La mise en perspective de ces deux prérogatives démontre que le droit à l'expression du salarié a un objet strictement déterminé contrairement à la liberté éponyme dont il bénéficie⁵⁰⁹. De plus, les articles L. 2281-2 et suivants du Code du travail subordonnent l'attribution d'un droit d'expression au respect d'un ensemble de conditions, ce qui n'est pas le cas de la liberté d'expression⁵¹⁰. S'agissant

⁵⁰⁴ Par ex. en ce sens, D. GUTMANN, V° « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 529 et s., spéc. p. 530.

⁵⁰⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 94.

⁵⁰⁶ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 147. Rapp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, (réimpression de l'éd. de 1911), La Mémoire du Droit, 2001, p. 411 : « Le droit suppose la vie en société, et alors il existe nécessairement à l'égard de quelqu'un » ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 598, p. 729 : « La jurisprudence a consacré l'idée selon laquelle les droits subjectifs, secrétés par le groupe social, ne peuvent être envisagés isolément ».

⁵⁰⁷ Sur une telle liberté, G. LOISEAU, « La liberté d'expression du salarié », *RDT* 2014, p. 396 ; O. DE TISSOT, « Pour une meilleure définition du régime juridique de la liberté d'expression individuelle du salarié », *Dr. soc.* 1992, p. 952.

⁵⁰⁸ Article L. 2281-1 du Code du travail. V. égal. G. ADAM, « À propos du "droit d'expression des salariés" : réflexions critiques sur un texte sans importance », *Dr. soc.* 1982, p. 288.

⁵⁰⁹ L'article L. 2281-2 du Code du travail dispose : « L'expression directe et collective des salariés a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise ». V. égal. Cass. soc., 16 nov. 1993, n° 91-45.904 : *Bull. civ.* V, n° 278 ; *D.* 1994, p. 306, obs. F. MILLET : « [...] les propos tenus par un salarié en dehors de l'entreprise ne constituent pas l'exercice du droit d'expression [...] ».

⁵¹⁰ De manière générale, sur le caractère inconditionné de la liberté, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 140.

du premier, il résulte des conditions nécessaires à sa reconnaissance que « ce droit a un contenu expressément finalisé »⁵¹¹ contrairement à la seconde dont l'octroi n'est pas soumis à l'existence de conditions particulières.

107. Limites de la distinction entre droits subjectifs et libertés civiles. – En dépit de l'importance des différences relevées entre les droits subjectifs et les libertés, il existe quelques points de contact entre ces deux variétés de prérogatives. Tout d'abord, il convient de relever que, comme pour les libertés⁵¹², le titulaire d'un droit peut en principe librement choisir de le mettre en œuvre ou de s'abstenir de le faire. De la sorte, « toujours, l'option existe entre l'exercice et le non-exercice du droit »⁵¹³. En ce sens, tant un droit subjectif qu'une liberté civile constituent des facultés, des possibilités de faire ou de ne pas faire. Cette caractéristique partagée ne suffit toutefois pas à faire du droit subjectif une liberté⁵¹⁴.

108. Par ailleurs, certains types de prérogatives atténuent, compte tenu de leurs particularités, la portée de la distinction retenue entre droits et libertés sans pour autant remettre en cause le principe même d'une telle distinction. Tel est le cas des droits de la personnalité et, plus largement, celui de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux. Ayant pu être qualifiés de « nébuleuse juridique »⁵¹⁵ en raison de leurs contours fuyants, les droits de la personnalité interrogent en ce qui concerne leur rattachement à la catégorie des droits subjectifs. En effet, la qualification de droits subjectifs leur est parfois refusée dans la mesure où leur titulaire n'en dispose pas librement⁵¹⁶ et qu'ils font l'objet d'une

⁵¹¹ J. DUPLAT, concl. sous Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *Dr. soc.* 2000, p. 163 et s.

⁵¹² M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 24 : « Une liberté est en effet, en droit, une faculté d'agir, et elle comprend donc toujours indissociablement la possibilité d'agir (liberté positive) ou de ne pas agir (liberté négative) [...] ».

⁵¹³ Il convient toutefois de relever que la Cour de cassation sanctionne, en de rares hypothèses, le refus abusif d'exercer un droit. V. récemment à propos de l'abstention fautive d'exercer un droit d'agrément, Cass. com., 6 févr. 2019, n° 17-20.112 : *D.* 2019, p. 568, note A. TADROS ; *Rev. sociétés* 2019, p. 326, note I. BEYNEIX ; *RTD com.* 2019, p. 683, obs. A. LECOURT ; *RTD civ.* 2019, p. 326, obs. H. BARBIER. *Adde* sur cette décision, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 638, p. 487 : « De cette décision il résulte une forme de devoir d'exercer son droit dans un délai raisonnable lorsque cela nous est demandé par la personne tributaire de cet exercice ».

⁵¹⁴ En ce sens, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 53, p. 83.

⁵¹⁵ G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, p. 256, n° 283.

⁵¹⁶ V. par ex. F. GAUDU, *Les 100 mots du droit*, PUF, 2010, p. 118. Faisant de la possibilité de disposer du droit, notamment par renonciation, un critère déterminant du droit subjectif, l'auteur en vient à considérer que « les droits subjectifs seraient donc des situations particulières qui ne tiennent pas à l'essence même de la personne ». Il en conclut que « certains “droits de l'homme” », certains “droits fondamentaux”, seraient des droits subjectifs. Mais pas tous ». V. déjà, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 50.

attribution égalitaire et inconditionnée⁵¹⁷. Il a été soutenu en sens inverse que les droits de la personnalité peuvent être rattachés à la catégorie des droits subjectifs nonobstant leur indéniable particularisme⁵¹⁸. Selon les mots de M. Goubeaux, « si l'on reconnaît bien dans les droits de la personnalité l'élément essentiel du droit subjectif, cette délimitation d'une zone réservée au sujet et interdite à autrui, il faut reconnaître que l'on ne retrouve guère d'autres points communs avec l'ensemble des droits connus et répertoriés de longue date »⁵¹⁹. Situés à mi-chemin entre les droits subjectifs et les libertés civiles, les droits de la personnalité malmènent la classification des droits. Ces prérogatives constitueraient des droits « aux allures de liberté »⁵²⁰. Encore convient-il de remarquer que la problématique des droits de la personnalité demeure finalement assez étrangère à celle de l'exercice des droits du contractant⁵²¹. Par conséquent, la difficulté de rattacher les droits de la personnalité aux droits subjectifs ou aux libertés civiles ne remet nullement en cause l'intérêt d'une distinction entre ces catégories de prérogatives pour la détermination des caractéristiques des droits finalisés.

109. S'agissant plus généralement des droits et libertés fondamentaux, il apparaît là encore difficile, compte tenu de leur forte hétérogénéité et des incertitudes pesant sur leur contenu, de les rattacher en bloc aux droits subjectifs ou aux libertés⁵²². En effet, coulés dans le moule de la « fondamentalité »⁵²³, les droits et les libertés apparaissent assez largement confondus. Un tel constat s'infère directement de l'analyse de la terminologie

⁵¹⁷ V. en ce sens, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 53, p. 83. Après avoir relevé que les droits de la personnalité « sont accordés à tous sans conditions », les auteurs considèrent que ces prérogatives « ne sont ni des libertés publiques ni des droits subjectifs mais des libertés civiles ».

⁵¹⁸ Sur un tel constat, F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 26, p. 30 : « Force est de reconnaître que, plus l'on se rapproche du statut de la personne humaine en tant que telle, y compris dans sa vie privée ou familiale, plus le relief inhérent à la notion de droit subjectif s'atténue, sans que pour autant diminue la force de la prérogative reconnue au sujet de droit ».

⁵¹⁹ G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, p. 252, n° 280.

⁵²⁰ B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, 10^e éd., LexisNexis, 2007, n° 20, p. 16.

⁵²¹ Rappr. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n° 561, p. 323 : « admettre l'hypothèse de la création d'un droit de la personnalité par le biais d'un contrat, contreviendrait, d'une part, à l'idée de personne sur laquelle le contrat n'a pas à interférer et, d'autre part, à l'idée d'égalité civile ».

⁵²² V. X. DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211, spéc. n° 35 : « il n'existe pas un concept de droit fondamental ou de liberté fondamentale à même de rendre compte de l'ensemble des solutions du droit positif français ». *Adde*, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit civil*, t. 1, 4^e éd., Economica, 2004, p. 271, n° 409 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 54, p. 84 ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., LGDJ, 2020, n° 27, p. 31.

⁵²³ Sur la notion de fondamentalité, v. O. DESAULNAY, « La fondamentalité des droits et des libertés », in R. BERNARD-MENORET (dir.), *Le grand oral. Les droits et libertés fondamentales*, Ellipses, 2016, p. 21 et s.

employée par les textes proclamant des droits de l'homme. Prenant l'exemple de l'article 2 de la DDHC de 1789 qui désigne la liberté comme l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, il a été affirmé à ce titre qu'entre les notions de droit subjectif et celle de liberté publique, « le rapprochement s'opère naturellement à la lecture des déclarations des droits »⁵²⁴. Ce regroupement indifférencié des droits et des libertés au sein d'une même catégorie s'explique par la dimension politique⁵²⁵ et idéologique⁵²⁶ des droits fondamentaux, faisant ainsi de celle-ci une catégorie pour le moins originale et échappant à une conception exclusivement juridique. Il n'est pas surprenant qu'elle « transcende donc les classifications traditionnelles des prérogatives élaborées par la doctrine »⁵²⁷.

110. Néanmoins, la difficulté de ranger quelques prérogatives sous ces deux catégories ne contredit pas, surtout lorsque ces prérogatives ne concernent pas directement la matière contractuelle, l'opportunité d'une distinction entre celles-ci pour la détermination des droits finalisés dans le contrat. En effet, cela signifie seulement que, pour pertinente qu'elle soit, la distinction entre libertés civiles et droits subjectifs n'est sans doute pas à même de constituer la *summa divisio* de l'ensemble des prérogatives juridiques. La famille des prérogatives juridiques serait peut-être devenue trop grande pour qu'une *summa divisio* puisse en saisir toute l'étendue⁵²⁸.

⁵²⁴ F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 26, p. 30. Rapp. M. VERPEAUX, « La liberté », in *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie ?*, AJDA 1998, n° spécial, p. 144 et s. ; D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s., spéc. p. 395 ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 13-14.

⁵²⁵ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 4, p. 18 : « d'un point de vue politique, droit et liberté sont équipollents : s'agissant des prérogatives consubstantielles à la finalité de sujet, liberté et droit sont interchangeables. Il en va différemment sous l'angle de la technique juridique ».

⁵²⁶ H. OBERDOFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 41, p. 61 : « on peut parfois s'interroger sur la nature réellement juridique des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet les droits de l'homme sont souvent à la frontière du droit et de l'idéologie ». V. égal. D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 529 et s., spéc. p. 531 : « [...] il semble bien que ces nouveaux droits subjectifs – s'il s'agit bien de droits subjectifs – ne conservent plus en commun qu'un point : leur force symbolique, celle qui s'attache à l'idée de prérogative individuelle opposable à autrui et à l'État. Que conclure de tout cela, sinon que la définition du droit subjectif est en perte de vue ».

⁵²⁷ X. DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211, spéc. n° 32.

⁵²⁸ Comp. sur la distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux comme *summa divisio* des droits, B. BEIGNIER, « Droits (classification) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 533 et s. Par ailleurs, pour une critique de cette classification, F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705. Plus généralement, Ch. ATIAS, « Le droit de nuire », *D.* 1997, p. 385 et s., spéc. n° 8 : « Droits de l'homme, droits fondamentaux, droits innés, droits-fonctions, droits extra-patrimoniaux et patrimoniaux, droits réels et personnels, droits attachés à la personne, les distinctions se multiplient et prolifèrent sans rigueur ».

111. En tout état de cause, la réalisation d'une distinction entre droits et libertés au sein des prérogatives juridiques présente une utilité indéniable dans l'entreprise de catégorisation des droits finalisés dans le contrat. Au regard des critères de distinction retenus, les libertés civiles, contrairement aux droits subjectifs, ne peuvent jamais d'un point de vue théorique être finalisées. Les libertés civiles octroyées aux contractants ne sauraient être comprises comme des prérogatives finalisées dès lors que leur attribution s'avère en principe inconditionnée et leur exercice non causé. Par conséquent, leur nature s'oppose à toute limitation des motifs de leur mise en œuvre ainsi qu'à un contrôle judiciaire de ces motifs. À l'inverse, les prérogatives finalisées sont celles pour lesquelles les raisons d'exercice sont limitées positivement par un for externe et qui font, à ce titre, l'objet d'un contrôle judiciaire. Si elle se vérifiait concrètement, l'exclusion d'un tel contrôle des motifs témoignerait en pratique du caractère non finalisé de celles-ci.

112. Contrôle judiciaire de l'usage des libertés. Principe. – Loin de conférer une immunité, la liberté a pour nécessaire corollaire la possibilité d'engager la responsabilité de celui qui en use⁵²⁹. C'est ce que suggèrent les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 aux termes desquelles la liberté « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La reconnaissance de libertés civiles ne saurait justifier tous les dommages causés par leurs titulaires lorsqu'ils en font usage. C'est ce qui explique que la faute commise à l'occasion de l'usage d'une liberté se trouve sanctionnée au titre de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Pourtant, à en croire certains auteurs, quelques libertés seraient soustraites à toute action en responsabilité. Opérant une distinction tripartite entre liberté ordinaire, libertés privilégiées et libertés absolues, Mme Calais-Auloy soutient en ce sens que « les libertés publiques paraissent être des libertés absolues car leurs limites sont en général d'ordre pénal ou administratif »⁵³⁰. Elle ajoute que « la liberté absolue se définit en somme négativement, comme une liberté qui n'est pas bornée par le jeu de la responsabilité délictuelle »⁵³¹. Aucun argument théorique ni technique ne semble néanmoins militer en

⁵²⁹ J.-B. RACINE, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *LPA* sept. 2014, p. 7, spéc. n° 15 : « La faute étant un mauvais usage de la liberté, la responsabilité civile classique était conçue comme un prolongement de la liberté ».

⁵³⁰ M.-T. CALAIS-AULOY, « De la limite des libertés et des libertés sans limites (liberté ordinaire, libertés privilégiées et libertés absolues) », *LPA* déc. 1999, n° 252, p. 7.

⁵³¹ M.-T. CALAIS-AULOY, « De la limite des libertés et des libertés sans limites (liberté ordinaire, libertés privilégiées et libertés absolues) », *LPA* déc. 1999, n° 252, p. 7. V. en sens contraire, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 966, p. 1045 : « Toujours est-il que l'exercice d'une liberté publique – liberté d'aller et venir, liberté de parole, d'expression, de réunion,

faveur de la reconnaissance de telles libertés absolues. Le principe demeure donc celui de la possibilité d'un contrôle judiciaire de l'usage des libertés civiles. Encore reste-t-il à préciser les contours d'un tel contrôle dans la perspective d'une distinction entre les droits subjectifs et les libertés.

113. Contrôle de l'abus des droits et libertés. – Outre l'intérêt d'une classification des prérogatives individuelles, l'opposition entre les libertés et les droits permet de circonscrire le domaine des prérogatives relevant de la théorie de l'abus des droits⁵³². Dans une telle optique, les libertés, en tant que prérogatives ouvertes et indéfinies, échapperaient à l'empire du contrôle de l'abus des droits. L'abus des droits suppose, en toute rigueur, l'existence d'un droit dont les contours sont suffisamment définis... Pas d'abus sans véritable droit⁵³³ ! En dépit de l'apparente évidence de l'affirmation, un débat ancien, et non encore épuisé⁵³⁴, subsiste quant au rattachement des libertés à la théorie de l'abus des droits. Alors que certains considèrent que les libertés appartiennent aux « droits » susceptibles d'abus⁵³⁵, d'autres au contraire écartent fermement une telle éventualité⁵³⁶. Une décision rendue le 5 juillet 1994 par la Cour de cassation semble donner raison aux seconds. En effet, censurant au visa de l'ancien article 1382 [devenu 1240] du

etc. – peut quand même être sanctionné lorsqu'il en est fait usage abusif » ; M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 217, p. 379 : « [...] la liberté absolue est du domaine de la chimère ; les faits le montrent ; même la simple faculté de contracter, on l'a vu, n'est plus absolue [...] ».

⁵³² V. L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* juin 2015, V° « Abus de droit », spéc. n° 9 ; D. MAINGUY, « Premiers regards sur l'abus de droit dans les contrats », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 1 et s., spéc. p. 2. Comp. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018, n° 334, p. 226-227 : « [...] le domaine de la théorie a tendance à s'étendre : on ne distingue pas nécessairement en effet selon que la justification dont peut tenter de se prévaloir l'agent tient dans un véritable droit subjectif ou dans une liberté conférée par l'ordre juridique ».

⁵³³ Pour un rappel implicite d'une telle exigence en jurisprudence, Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14.026 : *D.* 2015, p. 183, note J. GHESTIN ; *ibid.*, p. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *ibid.*, p. 943, obs. D. FERRIER ; *AJCA* 2015, p. 78, obs. S. BROS ; *RTD civ.* 2015, p. 123, obs. H. BARBIER. Il ressort implicitement mais nécessairement de l'arrêt que la sanction d'un abus dans la fixation unilatérale du prix suppose la reconnaissance préalable d'un pouvoir unilatéral de fixation. V. égal. P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, *APD* 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 106. L'auteur estime que les libertés figurent parmi les prérogatives « échappant aux règles relatives à l'abus des droits, lesquelles ne concernent que strictement les droits proprement dit ».

⁵³⁴ V. en ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 212.

⁵³⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, p. 323 et s. ; J.-B. RACINE, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *LPA* sept. 2014, n° 190, p. 7 et s., spéc. n° 25.

⁵³⁶ Rejetant les « prétendus abus de la liberté », P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 151. V. égal. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, p. 175-176, n° 100 ; M.-T. CALAIS-AULOY, « De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit », *LPA* déc. 1991, p. 12 ; M. FABRE-MAGNAN, obs. sur Cass. com., 5 juill. 1994, *JCP G* 1995, I, 3828, spéc. n° 4 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 53, p. 83.

Code civil la décision des juges du fond ayant admis un abus de droit, la Haute juridiction refuse de retenir un abus de la « liberté fondamentale » dont dispose le client de s’approvisionner chez le commerçant de son choix. Il semble résulter de la décision adoptée que le client ne commet de la sorte aucun abus de droit, quand bien même sa décision serait guidée par une intention de nuire⁵³⁷. En d’autres termes, les motifs ayant déterminé le refus d’achat du client seraient à l’abri de toute appréciation judiciaire, celui-ci n’étant pas susceptible d’abus. Une telle solution mérite d’être approuvée sans réserve dans la mesure où elle tire opportunément des conséquences concrètes de la distinction entre droits subjectifs et libertés. En effet, expression de la liberté de ne pas entrer en relations contractuelles, la décision du client de ne plus s’approvisionner auprès d’un commerçant ne devrait pouvoir être contestée en elle-même. Seule la faute commise à l’occasion de l’exercice de cette liberté pourrait, en toute rigueur, constituer une source de responsabilité pour le client, sans qu’il soit alors nécessaire de recourir à la théorie de l’abus de droit. Dénonçant la tendance en matière contractuelle à recourir abusivement à la notion d’abus, l’un des annotateurs de la décision considère qu’« il n’y avait [...] nulle place pour un éventuel abus de droit » et que « si l’on déformait trop la notion d’abus, celle de faute deviendrait tout simplement inutile, celle-ci pouvant toujours s’énoncer en termes d’abus »⁵³⁸. Toutefois, s’agissant d’une cassation pour défaut de base légale, l’arrêt entretient une certaine ambiguïté quant à sa portée véritable en suggérant que d’autres circonstances auraient pu conduire à la caractérisation d’un abus de droit⁵³⁹. En tout état de cause, si la caractérisation d’une faute de l’acheteur à l’occasion de l’exercice de sa liberté de s’approvisionner chez le commerçant de son choix se conçoit aisément sur le terrain de la responsabilité civile, l’éventualité d’un abus du droit devrait en revanche être écartée.

Par ailleurs, lorsque les juges se réfèrent expressément à un « abus de liberté »⁵⁴⁰, faut-il nécessairement y voir la marque de la soumission de la liberté en cause au contrôle de l’abus des droits ? Il se pourrait, qu’en dépit des termes employés, les juges entendent seulement sanctionner en pareille situation une faute commise à l’occasion de l’usage d’une

⁵³⁷ Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064 : *Bull. civ.* IV, n° 258 ; *RTD civ.* 1995, p. 119, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 1995, I, 3828, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP G* 1994, II, 22323, note J. LEONNET.

⁵³⁸ M. FABRE-MAGNAN, obs. sur Cass. com., 5 juill. 1994, *JCP G* 1995, I, 3828, spéc. n° 3.

⁵³⁹ En ce sens, P. JOURDAIN, obs. sur Cass. com., 5 juill. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 119 ; J. LEONNET, note sous Cass. com., 5 juill. 1994, *JCP G* 1994, II, 22323.

⁵⁴⁰ V. par ex. Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 : *Bull. civ.* Ass. plén., n° 8, 2 arrêts ; *RTD civ.* 2000, p. 842, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 2000, I, 280, obs. G. VINEY : à propos des « abus de la liberté d’expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ». Plus récemment, Cass. soc., 15 janv. 2020, n° 18-14.177.

liberté et non caractériser un abus de droit au sens technique du terme⁵⁴¹. Si quelques décisions peuvent être évoquées en ce sens, force est néanmoins d'admettre que la jurisprudence applique effectivement, dans certains cas, le contrôle l'abus des droits aux libertés⁵⁴². Une telle extension du domaine de l'abus aux libertés risque de conduire à une réduction des possibilités d'agir qu'elles enfermement voire, de manière encore plus discutable, à leur négation en tant que libertés d'action. Elle n'est en tout cas pas sans incidence sur le régime d'exercice des libertés. Ainsi que l'a écrit Mme Fabre-Magnan, « ce n'est pas uniquement une question de vocabulaire car, en voulant à tout prix utiliser la notion d'abus de droit au lieu de parler tout simplement de faute, on change les critères requis pour retenir la responsabilité »⁵⁴³.

114. Rejet d'un contrôle judiciaire des motifs d'exercice d'une liberté. – Que leur usage soit critiquable au titre de la responsabilité civile ou de la théorie de l'abus de droit, les libertés sont, à moins de ne déduire aucune conséquence juridique de leur nature particulière, totalement rétives à un examen des motifs pour lesquels elles sont mises en œuvre⁵⁴⁴. Cette caractéristique des libertés, si elle se vérifiait, conduirait à les exclure définitivement de la catégorie des droits finalisés. En effet, en considérant que les finalités d'exercice des libertés ne peuvent faire l'objet d'un encadrement, celles-ci ne peuvent par conséquent jamais être finalisées. D'un point de vue théorique, les raisons d'user d'une liberté ne peuvent être sanctionnées judiciairement ; seules les circonstances entourant son usage, autrement dit le comportement de son titulaire, devraient pouvoir être à l'origine d'une faute génératrice de responsabilité⁵⁴⁵. L'usage par les parties de leur liberté

⁵⁴¹ Le terme abus vient du latin *abusus* qui désigne un « mauvais usage » (V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « Abus », p. 7). Ainsi, au sens étymologique du terme, le mauvais usage d'une liberté constitue un abus. V. égal. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19 et s., spéc. p. 19 : « Dans un sens commun, l'abus peut se définir comme l'exploitation excessive que l'on fait d'une possibilité. En droit, les déclinaisons sont nombreuses [...] ».

⁵⁴² En ce sens, P. JOURDAIN, obs. sous Cass. com., 5 juill. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 119 : « [...] le droit positif n'a manifestement pas entendu limiter la notion d'abus aux seuls droits subjectifs. On ne conteste plus guère d'ailleurs que la théorie de la concurrence déloyale soit une application de l'abus de droit à la liberté du commerce et de l'industrie. Il en est de même de la rupture fautive des fiançailles ou des pourparlers contractuels, qui sont des abus dans l'usage des libertés de se marier et de ne pas contracter, de l'abus du droit de grève ou du droit de critique, qui sont eux aussi plutôt des abus de libertés ».

⁵⁴³ M. FABRE-MAGNAN, obs. sous Cass. com., 5 juill. 1994, *JCP G* 1995, I, 3828, spéc. n^o 4.

⁵⁴⁴ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, *APD* 1964, t. IX, p. 83 et s., spéc. p. 87 : « [...] la critique des mobiles de celui qui use d'une liberté est impossible, à moins de nier qu'il s'agisse d'une liberté [...] ».

⁵⁴⁵ Par exemple, à propos de la dissolution d'un pacte civil de solidarité par décision unilatérale, I. DAURIAC et S. GAUDEMET, « La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges*

contractuelle en fournit des illustrations contentieuses, notamment à propos du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou encore de la rupture des pourparlers précontractuels.

115. Contrôle du refus de renouvellement du contrat. – S'agissant tout d'abord du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée arrivé à son terme, celui-ci peut être rattaché à l'usage de la liberté de contracter et surtout de son versant négatif, celle de ne pas contracter⁵⁴⁶. Ainsi, à défaut de dispositions légales⁵⁴⁷ ou conventionnelles particulières, une partie à un contrat ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit au renouvellement⁵⁴⁸. C'est dire que le refus de renouvellement demeure en principe une décision libre qui n'est pas fautive en soi⁵⁴⁹. De la sorte, « c'est la manière qui est dommageable et non le faire »⁵⁵⁰. Manifestation d'une liberté reconnue au contractant⁵⁵¹, le non-renouvellement n'a pas à être justifié⁵⁵². En outre, il devrait également échapper à tout contrôle des motifs de la décision. En ce sens, la Cour de cassation a jugé, à propos d'un contrat de distribution, qu'« ayant constaté que le contrat liant les parties était un contrat à durée déterminée, la cour d'appel a, à bon droit, énoncé que la société Bonduelle n'avait pas à donner de motifs au non-renouvellement du contrat passé avec la société

à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, p. 141 et s., spéc. n° 8, p. 145 : « Le procès est celui de la manière de se désunir non celui de la désunion ».

⁵⁴⁶ Rappr. C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 549 : « C'est l'automatisme du terme extinctif qui justifie que les parties puissent, sans devoir avancer de motifs légitimes, ne pas renouveler leurs relations à durée déterminée arrivées à expiration avec leur partenaire. En bref, à proprement parler, le distributeur ne peut pas abuser d'un droit au non-renouvellement qu'il ne possède pas ».

⁵⁴⁷ V. par ex. le droit au renouvellement du bail commercial prévu par l'article L. 145-8 du Code de commerce.

⁵⁴⁸ L'article 1212, alinéa 2, du Code civil, prévoit que : « Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ».

⁵⁴⁹ Par ex. à propos du non-renouvellement des fonctions d'un gérant nommé pour une durée déterminée, Cass. com., 17 déc. 2002, n° 98-21.918 : *RTD com.* 2003, p. 323, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2003, p. 493, note J.-F. BARBIERI ; *D.* 2003, p. 206, obs. A. LIENHARD. Néanmoins, le non-renouvellement du contrat ne doit pas constituer un refus de vente ou de prestation au sens de l'article L. 121-11, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation. V. par ex., Cass. 3^e civ., 13 mai 2009, n° 07-12.478 : *Bull. civ.* III, n° 107 ; *AJDI* 2009, p. 703, note F. DE LA VAISSIERE (refus illégitime de renouveler un contrat de location de mobil-home à durée déterminée).

⁵⁵⁰ C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous Cass. com., 17 déc. 2002, *RTD com.* 2003, p. 323.

⁵⁵¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 177 et s., spéc. n° 6, p. 182 : « Cesser une relation d'affaires, rompre un contrat ou ne pas le renouveler, c'est reprendre sa liberté. Le point de départ du raisonnement paraît donc consister en l'exercice d'une liberté plus que d'un droit subjectif ». Force est néanmoins de constater que certaines décisions se réfèrent de manière inappropriée à un « abus » du « droit » de ne pas renouveler le contrat, alors qu'il serait plus juste d'évoquer une « faute » dans l'exercice de la « liberté » de ne pas renouveler le contrat. Pour des références jurisprudentielles à un droit de ne pas renouveler, Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-10.768 I – Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-23.070.

⁵⁵² Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-18.170 : *Bull.* IV, n° 13 ; *D.* 1995, p. 355, obs. G. VIRASSAMY ; *ibid.* 1995, p. 69, obs. D. FERRIER : « le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession ».

Agricole de Francières, que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que *l'examen des motifs de rupture invoqués par la société Bonduelle était inutile* »⁵⁵³. Selon les termes de la décision, les raisons déterminant le contractant à refuser le renouvellement doivent demeurer indifférentes. En outre, même le caractère mensonger des motifs invoqués ne constitue pas une source de responsabilité pour l'auteur du refus de renouvellement du contrat arrivé à expiration. Ainsi que l'a justement écrit l'un des annotateurs de cette décision, « l'heure n'est toujours pas, au moins sous l'angle des contrats à durée déterminée, à l'instauration d'une obligation de motivation qui contraindrait celui qui choisit de retrouver sa liberté à prendre en considération, dans l'exercice de son pouvoir unilatéral de retrait, les intérêts légitimes de son ex-partenaire »⁵⁵⁴. De la même manière, la Cour de cassation, approuvant les juges du fond de ne pas avoir examiné les motifs de non-renouvellement invoqués, a écarté le caractère abusif de la décision d'une association de ne pas renouveler l'adhésion de l'un de ses membres dans la mesure où cette décision « relevait de l'exercice de la liberté que s'était réservée l'association d'agréer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de son refus »⁵⁵⁵. C'est encore en ce sens que la jurisprudence affirme que « la décision de non-renouvellement du mandat de directeur général délégué n'a pas à être fondée sur de justes motifs ni motivée par des circonstances particulières »⁵⁵⁶. En dépit de la liberté de principe dont jouit le contractant qui décide de ne pas renouveler le contrat, son refus peut donner lieu à indemnisation en présence d'une faute⁵⁵⁷. Par exemple, commet une faute le contractant qui entretient son partenaire dans la croyance erronée de la poursuite des relations contractuelles⁵⁵⁸. La sanction d'un tel comportement traduirait un

⁵⁵³ Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199 (NP) : *D.* 2001, p. 3240, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES (nous soulignons). V. égal., Cass. com., 8 juin 2017, n° 14-20.783 : *D.* 2017, p. 2444, obs. Y. SERRA ; *ibid.* 2018, p. 865, obs. D. FERRIER.

⁵⁵⁴ J. MESTRE et B. FAGES, obs. sur Cass. com., 25 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 99.

⁵⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969 : *Bull. civ.* I, n° 101 ; *RTD civ.* 2010, p. 556, obs. B. FAGES ; *D.* 2010, p. 2413, note G. HELLERINGER ; *ibid.* p. 2178, note D. MAZEAUD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 511, obs. D. RANDOUX ; *JCP G* 2010, 983, obs. M. MEKKI.

⁵⁵⁶ CA Paris, 29 janv. 2013, RG n° 11/22612 : *Dr. sociétés* 2013, n° 103, note GALLOIS-COCHET.

⁵⁵⁷ Cass. com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698 : « sauf abus, le refus de son renouvellement n'ouvre pas droit à indemnité ».

⁵⁵⁸ Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553 : *RTD civ.* 2001, p. 137, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. égal. Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-22.660. *Adde.*, J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s., spéc. p. 21 : « La jurisprudence demeure ici des plus restrictives, et ne retient guère l'abus que dans l'hypothèse où le fournisseur a donné des assurances à son distributeur et lui a donc permis de croire légitimement que le contrat serait renouvelé à son terme. Autrement dit, c'est essentiellement la théorie de l'apparence qui permet de fonder la responsabilité du fournisseur au cas de non-renouvellement de la relation contractuelle ».

impératif de cohérence contractuelle⁵⁵⁹. En tout cas, dans l'ensemble des hypothèses envisagées, la faute susceptible d'être commise ne résulte pas des raisons du non-renouvellement du contrat mais bien des circonstances qui l'entourent.

116. Contrôle de la rupture des pourparlers. – À côté du contrôle de la décision de non-renouvellement du contrat, la rupture des pourparlers précontractuels fournit un autre exemple de contrôle judiciaire de la liberté de ne pas contracter et d'absence de contrôle des motifs du refus de contracter. Loin de constituer un « *no man's land* juridique »⁵⁶⁰, la phase précontractuelle fait non seulement l'objet de dispositions légales mais encore d'un étroit contrôle de la part du juge. Il ressort des termes de l'article 1112, alinéa 1^{er}, du Code civil, que « l'initiative, le déroulement et la rupture » des pourparlers sont gouvernés par deux principes : la liberté contractuelle et la bonne foi⁵⁶¹. Ce principe de liberté amène à considérer que la décision de rompre les pourparlers ne peut, en elle-même, constituer une faute, pas plus que le fait de mener des négociations parallèles⁵⁶². Dès lors, seules les circonstances entourant la rupture devraient pouvoir permettre de retenir l'existence d'une faute et non l'appréciation du bien-fondé de la décision de rompre les négociations qui demeure libre. Qu'en est-il concrètement du contrôle réalisé par les juges ? Opérant une conciliation entre le respect de la liberté contractuelle et l'exigence de bonne foi, la jurisprudence condamne la rupture déloyale des pourparlers. Ainsi, se trouve sanctionné le fait notamment pour un négociateur de mettre fin aux négociations de manière

⁵⁵⁹ En ce sens, D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, *D.* 2001, p. 3237. *Adde* sur un tel principe, D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR WATT, PUAM, 2001 ; « Le principe de cohérence : vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533.

⁵⁶⁰ L'expression est empruntée à D. MAZEAUD, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et patr.* juill.-août 1996, p. 44 et s. Rapp. R. CABRILLAC, « Sociologie », D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 1028 et s., spéc. p. 1030 : « Si [les négociations précontractuelles] sont longtemps restées dans l'ombre du non-droit, [...] la jurisprudence a dû par la suite trancher entre liberté de la rupture et légitime protection du partenaire, avant que le législateur ne consacre ces solutions ».

⁵⁶¹ V. notamment, parmi une littérature abondante, sur les dispositions relatives à la période précontractuelle dans la réforme du droit des contrats, P. GROSSER, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ Contrat* 2016, p. 270 ; P. PUIG, « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 52 ; Ph. BRUN, « L'avant-contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 195 ; S. PELLET, « Négociations et avant-contrat », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25.

⁵⁶² En ce sens, Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 : *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE ; *JCP G* 2004, I, 163, obs. G. VINEY ; *JCP E* 2004, 738, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, note N. MATHEY ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD. Par ailleurs, il est à noter que l'exclusivité des négociations peut néanmoins être prévue par convention.

brutale, de mauvaise foi⁵⁶³, ou encore avec une légèreté blâmable⁵⁶⁴. Autrement dit, le juge s'attacherait uniquement à scruter la manière d'agir de l'auteur de la rupture et à le sanctionner dès lors que son comportement s'avère répréhensible⁵⁶⁵. L'examen du contentieux relatif aux négociations précontractuelles démontre néanmoins que c'est parfois l'absence de motifs légitimes qui révèle l'existence d'une faute dans la rupture⁵⁶⁶. L'intensité du principe de liberté contractuelle varie donc en fonction de l'état d'avancement des négociations⁵⁶⁷. Ainsi, lorsque la négociation se situe encore à un stade embryonnaire, la Cour de cassation rejette tout contrôle des motifs de la rupture. Un arrêt rendu par la première chambre civile le 20 décembre 2012 est à cet égard révélateur puisqu'il en résulte que la juridiction d'appel « a pu, sans avoir à en rechercher les motifs, décider que la rupture des pourparlers, pour subite ou déceptive qu'elle ait pu être, n'était pas abusive de la part de la SEL qui n'avait fait qu'user de la liberté qu'elle avait, à ce stade des négociations, de ne pas contracter »⁵⁶⁸. À l'inverse, lorsque les négociations se situent à un stade très avancé⁵⁶⁹, les juges retiennent le plus souvent que la rupture est, à défaut de

⁵⁶³ V., par ex., Cass. com., 20 mars 1972, n° 74-14.154 *Bull. civ. IV*, n° 93 ; *JCP* 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT. Rapp. Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-14.867 : *Bull. civ. IV*, n° 145.

⁵⁶⁴ Sur le pragmatisme de la jurisprudence en la matière qui devrait certainement se maintenir postérieurement à la réforme de 2016-2018, S. PELLET, « Négociations et avant-contrat », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25 et s., spéc. p. 28 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 177, p. 159 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 99 ; F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations, Consolidations – innovations – perspectives*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 122.11, p. 32.

⁵⁶⁵ V. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 98 : « On est toujours libre d'entamer des négociations, toujours libre de les mener et toujours libre de les rompre, mais pas de n'importe quelle façon – plus exactement, il est des façons de faire qui ne sont pas tolérables ».

⁵⁶⁶ Par ex. Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL. V. égal. V. O. BARRET, « Variations autour du refus de contracter », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 3 et s., spéc. n° 9, p. 8 : « en tant qu'expression d'une liberté – la liberté de ne pas contracter – la rupture d'une négociation n'a pas, en principe, à être motivée. Pourtant, dans deux types de circonstances, la décision unilatérale de mettre fin à la négociation, si elle n'est pas justifiée, revêt un caractère abusif ».

⁵⁶⁷ En ce sens, D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 637 et s., spéc. n° 14, p. 644 : « La période de gestation des volontés se caractérise donc, en droit positif, par un déclin relatif de la liberté contractuelle, qui doit d'autant plus être souligné que durant cette phase de pourparlers, la conclusion du contrat négocié ne constitue encore qu'une simple expectative, même si chacun aura compris que l'affaiblissement du principe en question est, en réalité, proportionnel à la progression de la négociation » ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile », *RTD com.* 1998, p. 243 et s., spéc. n° 57.

⁵⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2012, n° 11-27.340 (nous soulignons).

⁵⁶⁹ Il est d'ailleurs à noter que cet état d'avancement ne coïncide pas nécessairement avec la durée de la négociation. En effet, la brièveté des pourparlers n'exclut aucunement qu'ils puissent être avancés, et inversement. V., par ex., Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : *Bull. civ. I*, n° 97, *JCP G* 1998, II, 10066, note B. FAGES ; *Defrénois* 1998, p. 741, obs. D. MAZEAUD.

motif légitime, constitutive d'une faute⁵⁷⁰. La justification d'un motif légitime constitue un obstacle à la caractérisation d'une faute par les juridictions, lors même que les négociations seraient particulièrement avancées⁵⁷¹. À mesure que les négociations précontractuelles avancent, la liberté de ne pas conclure le contrat projeté se réduit comme une peau de chagrin jusqu'à se transformer en un droit finalisé de rupture des pourparlers précontractuels⁵⁷². Pour autant, il serait imprudent d'en conclure qu'il s'agit, en pareille circonstance, d'un contrôle des motifs de la liberté reconnue aux négociateurs de ne pas contracter. Selon M. Ghestin, la liberté ne se situerait finalement qu'au stade de l'initiative des pourparlers puisqu'« au cours de cette période précontractuelle les négociateurs se trouvent investis de droits et de devoirs juridiques – et non plus de libertés aux contours indéterminés – dont la détermination constitue les limites “externes” de leur droit de négocier »⁵⁷³. L'article 1112, alinéa 1^{er} du Code civil invite néanmoins à considérer que la liberté de ne pas contracter doit exister à toutes les étapes de la négociation. En instaurant un contrôle équivalent à celui de l'exercice d'un véritable droit subjectif, l'examen de la légitimité des motifs de la rupture des pourparlers doit être désapprouvé, eu égard aux dangers qu'elle fait courir à la liberté de ne pas contracter⁵⁷⁴. Une telle jurisprudence, faisant de la progression des négociations un élément déterminant, conduit « à obliger les parties, sous peine d'engager leur responsabilité, à contracter dès lors que les pourparlers ont atteint un certain stade »⁵⁷⁵. À mesure que les négociations progressent, les alternatives

⁵⁷⁰ V. Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18.275 : CCC 2000, n° 174, note L. LEVENEUR.

⁵⁷¹ Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-11.627, *RTD civ.* 2009, p. 716, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2010, p. 159, obs. B. DONDERO et P. LE CANNU.

⁵⁷² Rappr. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 627, p. 473 : « [...] il est très généralement admis aujourd'hui que la rupture des pourparlers n'est pas un acte discrétionnaire et qu'elle peut engager la responsabilité délictuelle de son auteur sur le fondement de l'abus de droit » ; P. CHAUVEL, note sous Cass. com., 7 janv. 1997, *D.* 1998, p. 45, spéc. n° 14 : « [...] l'absence de motif légitime est un élément essentiel de la responsabilité puisque l'existence d'une juste raison est susceptible de la faire disparaître. En ce sens, le motif légitime sert de cause justificatrice à la rupture qui est à l'origine du préjudice subi par le partenaire ».

⁵⁷³ J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, 155, spéc. n° 13. L'auteur relève également que : « [...] si toute personne est [...] libre d'engager des pourparlers, dès lors qu'elle a pris cette initiative, elle sort du domaine des libertés aux prérogatives imprécises, pour entrer dans le cadre juridique beaucoup plus précis, même en l'absence de convention particulière, des négociations précontractuelles ».

⁵⁷⁴ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Dalloz, 2014, n° 842, p. 440 : « Ce contrôle des motifs s'accorde pourtant mal avec le refus d'indemniser la perte d'une chance [...]. En effet, que reste-t-il de la liberté de rompre les pourparlers s'il est nécessaire, pour ce faire, de justifier de l'existence d'un motif ? ».

⁵⁷⁵ J. MESTRE, obs. sous CA Riom, 10 juin 1992, *RTD civ.* 1993, p. 343. Rappr. H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365 et s., spéc. p. 374 : « [...] il convient de ne pas user trop facilement du terme de droit subjectif. Je ne crois pas qu'on puisse parler du droit de ne pas contracter. Ici encore, ce n'est qu'un des aspects de la liberté individuelle » ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ 2000, préf. de R. BOUT, n° 121, p. 111-112 : « mener l'analyse en termes d'abus de droit ne

laissées au négociateur voulant mettre fin aux pourparlers pourraient finalement se résumer en ces termes : justifier, contracter ou payer⁵⁷⁶ !

117. Le libre usage d'une prérogative se concilie difficilement avec la nécessité d'une justification⁵⁷⁷. En quelque sorte, la liberté s'arrête là où la justification commence... En effet, le contrôle des motifs de rupture se veut étranger aux libertés et traduit en pratique la présence d'un droit aux contours définis dès lors qu'il permet, *in fine*, de contester la décision de rupture elle-même⁵⁷⁸. Le constat dépasse d'ailleurs le cadre de la rupture des négociations, et plus largement celui de la liberté contractuelle, puisque les mêmes observations peuvent être formulées en matière de fiançailles où les juges apprécient, là encore, la légitimité de la décision de rupture. Comme l'affirme très justement M. Bénabent, « cette conception paraît sur le plan des principes entamer la liberté même de la rupture : il y a *incompatibilité entre liberté et contrôle des motifs* »⁵⁷⁹. S'enquérir des causes d'un acte c'est assurément critiquer l'acte lui-même, ce qui devrait pourtant être inenvisageable s'agissant de l'usage d'une liberté. Dès lors, comment faut-il comprendre les décisions de la Cour de cassation évoquant expressément un abus du droit de rompre les pourparlers⁵⁸⁰ ? Ces références jurisprudentielles, ainsi que l'existence d'un examen judiciaire des motifs de la rupture des pourparlers, indiquent qu'il n'est plus question de caractériser une faute dans l'exercice d'une liberté ou même un « abus de liberté », mais

paraît guère utile. D'ailleurs, peut-on parler de droit ? Rompre les discussions informelles n'est pas, à proprement parler, exercer une prérogative ; abandonner l'idée de contracter relève plutôt d'un usage négatif de la liberté contractuelle ».

⁵⁷⁶ Comp. S. PELLET, « Négociations et avant-contrat », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25 et s., spéc. p. 28 : « Encore faut-il noter que la sanction de tels comportements est finalement assez mesurée ».

⁵⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 59 : « La liberté comme volonté doit pouvoir [...] inclure et admettre la versatilité de celle-ci. [...] La liberté implique, jusqu'au dernier souffle, l'ouverture, le choix, et l'indétermination ».

⁵⁷⁸ Rappr. L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 4^e éd., Gualino, 2019, n° 211, p. 99. Ces auteurs relèvent notamment qu'en de nombreuses situations « ce sont plutôt les circonstances de la négociation qui rendent exceptionnellement fautive... la décision de rompre elle-même » ; J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, 155, spéc. n° 17 : « En réalité, c'est dans la plupart des cas la décision même de rompre qui est fautive, mais ce caractère fautif ne lui est reconnu qu'en raison des circonstances ou des motifs de cette décision, ce qui, surtout pour les motifs, tend à se confondre avec celle-ci ».

⁵⁷⁹ A. BENABENT, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2010, n° 179, p. 50 (nous soulignons). Rappr. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 et s., spéc. p. 676, note 172 *in fine* : « Sans doute la préservation de la liberté individuelle (de s'engager ou de rester engagé) est mieux assurée si le contractant n'a pas de motif à donner. Et quel motif pourrait-il d'ailleurs donner autre que son désir de liberté ? ».

⁵⁸⁰ Par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040. Il est fait mention dans la décision d'un « droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ». V. égal. Cass. com., 16 févr. 2016, n° 13-28.448 : « seul l'abus dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers peut donner lieu à indemnisation ».

bel et bien de réaliser un contrôle de l'abus d'un droit de rompre les pourparlers⁵⁸¹. Bien qu'ils ne renvoient expressément ni au contrôle de l'abus ni à un quelconque droit de rupture, les termes de l'alinéa 2 de l'article 1112 du Code civil, en invoquant de manière générale la « faute commise dans les négociations », ne permettent pas de prédire la remise en cause future des solutions rendues sous l'empire du droit antérieur. Proposée en doctrine⁵⁸², la distinction entre faute de rupture et faute dans la rupture (ou faute de négociation) n'a pas été retenue par les rédacteurs de l'ordonnance de 2016⁵⁸³. Il ne reste plus qu'à espérer que les juges veilleront demain, conformément à l'objectif affiché dans le rapport adressé au Président de la République, à garantir un « principe de liberté des négociations précontractuelles jusque dans la rupture, fondé sur la liberté contractuelle »⁵⁸⁴. Il convient en effet de garder à l'esprit les sages enseignements tirés d'une décision de la Cour d'appel de Pau : « on ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers »⁵⁸⁵.

118. Conclusion de la section. – Si l'usage d'une liberté constitue une source potentielle de responsabilité pour son auteur, cette éventualité ne signifie pas qu'une telle prérogative possède un caractère finalisé. En effet, le contrôle judiciaire des libertés n'est pas celui des motifs du contractant mais des circonstances entourant sa mise en œuvre. Dit autrement, l'exercice d'une liberté produit un effet justificatif s'agissant des finalités poursuivies par son titulaire, un tel effet ne se retrouvant pas en ce qui concerne la manière dont la liberté est utilisée⁵⁸⁶. Les raisons de mise en œuvre d'une liberté échappent à toute sanction judiciaire, à défaut de quoi il ne s'agirait plus d'une liberté, prérogative inconditionnée et aux contours imprécis, mais d'un véritable droit subjectif. Par

⁵⁸¹ En ce sens, J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, 155, spéc. n° 17 : « Seule la notion d'abus de droit permet de fonder un contrôle de la Cour de cassation qui porte, non seulement sur les fautes commises à l'occasion de la rupture, mais aussi sur les fautes commises dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement les pourparlers précontractuels et, particulièrement, sur les circonstances et les motifs de la rupture, c'est-à-dire sur un usage abusif de ce droit ».

⁵⁸² V. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187 et s.

⁵⁸³ Encore convient-il de remarquer que le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, précise néanmoins que « la faute sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ».

⁵⁸⁴ Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

⁵⁸⁵ CA Pau, 14 janv. 1969 : *D.* 1969, p. 716.

⁵⁸⁶ V. en ce sens, A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, *Droit civil français*, 7^e éd., t. VI, Librairies techniques, 1975, n° 371. Ces auteurs effectuent une distinction, à propos de l'usage d'une liberté, entre le projet exécuté, insusceptible de reproches, et la manière dont les titulaires d'une telle liberté se comportent, source potentielle de responsabilité.

conséquent, les droits finalisés ne peuvent qu'être exclusifs des libertés dont disposent les contractants. Ces derniers ne devraient avoir à justifier d'aucun motif particulier lorsqu'ils exercent les libertés qui leur sont reconnues. Tant la définition théorique des libertés civiles que le contrôle judiciaire de leur usage s'opposent à la réalité d'une liberté « finalisée ». Reconnaître un tel caractère finalisé aux libertés, en ce sens que les contractants qui en usent ne seraient légitimes à le faire que pour certains motifs concrets, conduirait inéluctablement à une négation de ces prérogatives en tant que libertés⁵⁸⁷. Exiger que l'usage d'une liberté se fonde sur de justes motifs revient en effet à l'extraire du champ des libertés pour l'incorporer à celui des droits définis, seuls susceptibles de constituer des prérogatives finalisées. Dès lors, le développement du contrôle des motifs de prérogatives traditionnellement envisagées comme des libertés témoigne d'une restriction du domaine des libertés et non d'une soumission de ces mêmes libertés à un contrôle judiciaire des motifs de leur usage. Les libertés n'ayant pas de caractère finalisé, seuls les droits subjectifs peuvent revêtir une telle caractéristique. Pour autant, tous les droits définis ne constituent pas des droits finalisés au sens de la présente étude.

SECTION 2 : L'EXCLUSION PARTIELLE DES DROITS SUBJECTIFS

119. Conception classique des droits discrétionnaires. – Classiquement, reçoivent le qualificatif de discrétionnaire les droits soustraits au contrôle de l'abus de droit, et ce quand bien même leur exercice serait exclusivement dicté par une intention de nuire⁵⁸⁸. Selon le *Vocabulaire juridique*, un droit discrétionnaire « peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus (et donc générateur de responsabilité) »⁵⁸⁹. Échappant à toute sanction judiciaire,

⁵⁸⁷ En ce sens, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 553, p. 415 : « [...] assigner à la liberté un but précis à poursuivre, c'est donc la supprimer ». Rapp. Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, Economica, 10^e éd., 2021, n° 158, p. 140 : « [...] la prohibition de l'engagement perpétuel, comme la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale supposent que cette faculté puisse être exercée librement et *sans que les raisons en soient données*. Dans le cas contraire, on ruinerait la faculté de résiliation [...] » (nous soulignons).

⁵⁸⁸ Sur la discrétionnarité, B. PACTEAU, « Discrétionnarité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 374 et s., spéc. p. 374 : « [...] c'est ce qui n'est pas contrôlé, c'est *ce qui reste quand on a tout contrôlé*. Le discrétionnaire se définit alors par son régime et par son statut juridictionnel, donc par rapport au juge autant que par rapport au droit [...] » (souligné par l'auteur).

⁵⁸⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p. 351. Comp. relevant l'« inexactitude de la notion », L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.* juin 2015, V° « Abus de droit », spéc. n° 14 : « La catégorie des droits discrétionnaires est fondamentalement un non-sens, dès lors qu'il est admis que les droits subjectifs n'existent qu'en raison de la protection que le droit objectif leur accorde ».

les droits absolus peuvent par conséquent être valablement exercés pour n'importe quel motif⁵⁹⁰. L'usage de tels droits, à condition d'en respecter les limites objectives, a pour seule mesure la volonté de celui qui en est titulaire⁵⁹¹. Rétives à toute prise en considération de la fin poursuivie dans leur mise en œuvre, ces prérogatives ont été qualifiées par Josserand de « droits non causés » ou encore de « droits abstraits »⁵⁹². Leur titulaire ne pouvant en faire un mauvais usage, ces droits constitueraient nécessairement des droits non finalisés dans la mesure où le caractère finalisé du droit postule la possibilité d'un contrôle judiciaire de son exercice.

120. Les droits discrétionnaires, une catégorie disparue ? – La doctrine s'est divisée à propos de la question de l'existence de droits insusceptibles d'être contrôlés par le juge. Si certains rejettent fermement leur existence, en affirmant notamment que de tels droits ne se justifient pas⁵⁹³, d'autres relèvent au contraire qu'il est possible de recenser quelques prérogatives de cette espèce en dépit de leur déclin constant⁵⁹⁴. Une telle divergence ne saurait surprendre dès lors que, contrairement à certaines législations étrangères, aucune disposition du droit positif français ne contient de règle générale prohibant l'usage abusif ou excessif des droits⁵⁹⁵. L'éventualité de droits insusceptibles

⁵⁹⁰ En ce sens, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s. V. égal. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, n° 306, p. 416 : « Une fois concédés, ces droits peuvent être exercés dans des conditions et dans des buts quelconques sans que leur titulaire ait à rendre compte des motifs qui le font agir et sans que sa responsabilité ne puisse jamais être engagée à leur occasion ».

⁵⁹¹ A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 11 : Il s'agit d'un « exercice dispensé de tout motif et de tout contrôle, un reste de droit régalién : en quelque sorte, un petit coin de “parce que tel est mon bon plaisir” laissé à tous ». Adde Y. CHEMINADE, « Une question toujours actuelle : La nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services », *RTD civ.* 1972, p. 328 et s. : « C'est cette absence de contrôle, quant aux motifs profonds qui constitue l'élément principal de l'acte discrétionnaire, en ce qu'elle consacre le pouvoir absolu de volonté ».

⁵⁹² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, n° 306, p. 416.

⁵⁹³ En ce sens, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 633, p. 483-484 ; Ch. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA avr.* 1998, n° 176, p. 3 et s., spéc. p. 21.

⁵⁹⁴ Par exemple en ce sens, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LDGJ, 4^e éd., 1949, p. 174 ; R. BOFFA, *Droit civil 1^{re} année, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020, n° 604, p. 228.

⁵⁹⁵ V. par ex. l'article 2 du Code civil suisse relatif à l'« Étendue des droits civils » qui dispose dans un alinéa 1^{er} que « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». L'alinéa 2 du même texte prévoit que « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Une disposition similaire figure également dans le Code civil allemand puisque le §226 du BGB relatif à « l'exercice chicanier des droits » dispose que « L'exercice d'un droit est illicite lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un préjudice à autrui » (V. G. LARDEUX, R. LEGEAS, M. PEDAMON et C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010). Adde, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 617, p. 461-462 : « [...] le législateur

d'être contrôlés au titre de l'abus de droit n'est donc pas expressément écartée par la loi⁵⁹⁶. En effet, en matière contractuelle, l'article 1104, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » ne permet pas, à lui seul, de rejeter de manière catégorique l'existence de droits absolus bien que l'exigence de bonne foi constitue un outil de contrôle et, partant, de relativisation de l'exercice des droits. Qu'en est-il de l'existence de droits absolus en jurisprudence ? Certaines décisions paraissent accréditer la thèse de la survivance de tels droits. Par exemple, la Cour de cassation considère que la faculté reconnue au testateur de révoquer un testament constitue un « droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité »⁵⁹⁷. Pourraient également être recensés au titre des droits discrétionnaires le droit du propriétaire de couper les racines ou ronces qui avancent sur son fonds⁵⁹⁸ ou encore celui d'acquérir la mitoyenneté d'un mur⁵⁹⁹. Au-delà de ces quelques exemples épars, l'énumération de telles prérogatives demeure assez malaisée⁶⁰⁰. En effet, de moins en moins de prérogatives échappent à l'attraction du contrôle juridictionnel⁶⁰¹.

121. Illustration du déclin de la catégorie. Droit de propriété. – Les droits discrétionnaires, entendus comme les prérogatives échappant au contrôle de l'abus, constituent une espèce menacée d'extinction⁶⁰². Des droits considérés autrefois comme

français, s'il a fait à plusieurs reprises allusions au contrôle de l'exercice abusif des droits, il n'en a nulle part posé le principe d'une façon générale et n'a rien tenté en faveur d'un système d'ensemble, contrairement à d'autres pays ».

⁵⁹⁶ Rapp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, (réimpression de l'éd. de 1911), La Mémoire du Droit, 2001, p. 405 : « [...] le législateur peut à son gré reconnaître tel droit comme absolu ou relatif, [...] cela dépend seulement de la sécurité qu'il veut donner à son titulaire ».

⁵⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004, n° 02-20.883 : *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D.* 2005, p. 1621, note MARÉCHAL ; *JCP G* 2005, II, 10179, note BINET ; *RTD civ.* 2005, p. 104, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2005, p. 443, obs. M. GRIMALDI.

⁵⁹⁸ Article 673 du Code civil.

⁵⁹⁹ Cass. 3^e civ., 4 juin 1975, n° 74-11.151 : *Bull. civ. III*, n° 192.

⁶⁰⁰ A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, *Droit civil français*, Librairies techniques, 7^e éd., t. VI, 1975, n° 367 : « Leur liste tendant à se réduire, c'est avec beaucoup de prudence que l'on peut tenter d'en énumérer quelques-uns ».

⁶⁰¹ V. égal. sur le recul du pouvoir discrétionnaire en droit administratif, B. PACTEAU, « Discrétionnarité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 374 et s., spéc. p. 375 : « Non moins l'obligation élargie de motivation de décisions administratives et en tout cas celle de justifier en tant que de besoin ses actes devant le juge auront contribué à la chute de la discrétionnarité [...] ».

⁶⁰² A. Rouast constatait déjà en 1944 un recul des droits incontrôlés, in « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. p. 2. V. aussi D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92 ; J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 630, p. 477 : « La liste en est incertaine et, d'ailleurs, toujours sujette à révision. Le contrôle de l'exercice des droits est devenu si familier que ces îlots d'absolutisme individuel constitués par les droits discrétionnaires tendent à être submergés les uns après les autres ».

absolus, à tort ou à raison⁶⁰³, font incontestablement l'objet d'une relativisation⁶⁰⁴. La levée du voile de l'absolutisme du droit de propriété a constitué une étape décisive de ce mouvement⁶⁰⁵. La jurisprudence constitutionnelle relève d'ailleurs à ce titre que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée [...] par des limitations exigées par l'intérêt général* »⁶⁰⁶. Son exercice étant susceptible de constituer une source de responsabilité, la propriété ne peut, en toute rigueur, être rattachée aux droits discrétionnaires⁶⁰⁷. Même la défense du droit de propriété contre un empiètement, que la jurisprudence considérait encore jusqu'à récemment comme étant insusceptible d'abus⁶⁰⁸, se trouve désormais soumise à un contrôle *in concreto* de la proportionnalité de la mesure d'expulsion ou de démolition⁶⁰⁹.

⁶⁰³ V. notamment à propos du droit de propriété, R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », *in Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, n° 1032, p. 842 : « L'erreur fondamentale chez ceux qui s'alarment des empiètements sur les droits du propriétaire tient à la représentation qu'ils se font de l'institution » ; *Adde* sur la signification du caractère absolu de la propriété, S. SCHILLER, *Droit des biens*, 9^e éd., Dalloz, 2019, n° 89, p. 81-82.

⁶⁰⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2020, n° 75, p. 71 : « La jurisprudence contemporaine fait reculer les droits discrétionnaires, en se référant à des notions comme la mauvaise foi d'un contractant, ses procédés vexatoires ou ses promesses fallacieuses : autant "d'abus par déloyauté" ». Le mouvement inverse, quantitativement moins important, a également été pointé par la doctrine à propos de quelques prérogatives, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 212.

⁶⁰⁵ En ce sens, S. SCHILLER, *Droit des biens*, 9^e éd., Dalloz, 2019, n° 114, p. 97 : « D'application générale dans tous les domaines du droit, la théorie de l'abus de droit est née en droit des biens ».

⁶⁰⁶ Cons. const., 16 janv. 1982, *Loi de nationalisations*, Décision n° 81-132 DC (nous soulignons) ; Cons. const., 8 janv. 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Décision n° 90-283 DC. Rapp. Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-169 QPC, *D.* 2012, p. 2128, obs. N. REBOUL-MAUPIN. V. égal. K. BLAY-GRABARCZYK, « Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ? », *Revue Europe* n° 6 – juin 2014, p. 4.

⁶⁰⁷ R. SCABORO, « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Dr. et ville* 2013/2, n° 76, p. 227.

⁶⁰⁸ Cass. civ. 3^e, 21 déc. 2017, n° 16-25.406 : *Bull. civ.* III, n° 144 : « attendu que tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus ».

⁶⁰⁹ Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, n° 16-15.792 : *RDI* 2018, p. 446, obs. J.-L. BERGEL ; *JCP G* 2018, 1093, obs. H. PERINET-MARQUET, *AJDI* 2019, p. 73, obs. F. COHET – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-25.113 : *D.* 2020, p. 1092, note R. BOFFA (censure de la décision de la cour d'appel qui aurait dû rechercher si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile des auteurs de l'empiètement) – Cass. 3^e civ., 16 janv. 2020, n° 19-10.375 : *RDI* 2020, p. 377, obs. J.-L. BERGEL ; *ibid.* p. 150, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *RTD civ.* 2020, p. 428, obs. W. DROSS ; *JCP G* 2020, 970, obs. H. PERINET-MARQUET ; *Defrénois* avr. 2020, obs. R. NOGUELLOU (censure de la décision de la cour d'appel qui aurait dû rechercher concrètement si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des auteurs de l'empiètement). L'hypothèse ici envisagée peut être rapprochée du nouvel article 1221 du Code civil qui écarte le droit à l'exécution forcée du contrat s'il existe une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

122. Autre illustration. Faculté de renonciation. – Le droit des assurances fournit un exemple de l’assèchement de la catégorie des droits insusceptibles d’abus⁶¹⁰. Pendant longtemps, la jurisprudence a reconnu que l’exercice de la faculté de renonciation, offerte au souscripteur d’un contrat d’assurance-vie en cas de non-respect par l’assureur du formalisme informatif imposé par la loi⁶¹¹, est « discrétionnaire pour l’assuré dont la bonne foi n’est pas requise »⁶¹². Pour reprendre les mots de M. Picod à propos de l’exercice par le consommateur d’une faculté de repentir, « l’arme de la mauvaise foi ne pouvant être retournée contre lui », il était loisible au contractant de se rétracter à des « fins purement spéculatives »⁶¹³. Légitimant par trop les rétractations abusives des preneurs d’assurance, cette jurisprudence critiquable a été combattue par une loi du 30 décembre 2014 modifiant l’article L. 132-5-2 du Code des assurances dans le but de réserver la prorogation du délai de renonciation aux « souscripteurs de bonne foi ». Ce bris de jurisprudence a conduit la Cour de cassation à opérer un revirement par un arrêt du 19 mai 2016 et ainsi décidé, au visa des articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du Code des assurances, que « si la faculté prorogée de renonciation prévue par le second de ces textes en l’absence de respect, par l’assureur, du formalisme informatif qu’il édicte, revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d’assurance, son exercice peut dégénérer en abus »⁶¹⁴. Par conséquent, le caractère discrétionnaire de la faculté de renonciation octroyée au souscripteur d’une police d’assurance ne signifie plus qu’il est insusceptible d’abus⁶¹⁵.

⁶¹⁰ V. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 630, p. 480 : « [...] c’est aussi sous la forme de l’exigence de bonne foi, qui conquiert sans cesse de nouvelles terres, que le contrôle d’abus rattrape des droits longtemps restés discrétionnaires. Il en va ainsi du droit de rétractation, notamment celui du bénéficiaire du contrat d’assurance-vie [...] ».

⁶¹¹ Articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du Code des assurances.

⁶¹² Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, n° 05-12.338 ; Cass. 2^e civ., 25 févr. 2010, n° 09-11.352 ; Cass. 2^e civ., 28 avr. 2011, n° 10-16.184 ; Cass. 2^e civ., 9 févr. 2012, n° 11-13.707.

⁶¹³ Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mélanges en l’honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, LexisNexis-Dalloz, 2011, p. 121 et s., spéc. n° 13, p. 130. V. égal. D. MAZEAUD, « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l’honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 439 et s., spéc. n° 19, p. 455 : « [...] l’exercice de cette prérogative contractuelle spécifique est exclusif de toute appréciation de la bonne foi de celui qui l’exerce. Non seulement, celui-ci peut l’exploiter sans avoir à donner de motifs, mais encore à n’importe quel moment, pour n’importe quelles raisons, notamment pour des motifs de pure opportunité totalement étrangers au but dans lequel la loi l’a institué ; en somme, peu importe la mauvaise foi du titulaire de la prérogative, celle-ci sera efficace quoi qu’il en soit ».

⁶¹⁴ Cass. 2^e civ., 19 mai 2016 (P+B+R+I), n° 15-12.767 : *RTD civ.* 2016, p. 605, note H. BARBIER. La solution a depuis été réaffirmée à plusieurs reprises : Cass. 2^e civ., 14 sept. 2017 (NP), n° 16-19.424 ; Cass. 2^e civ., 29 juin 2017 (NP), n° 16-15.729 ; Cass. 2^e civ., 7 févr. 2019, n° 17-27.223, publié au Bulletin.

⁶¹⁵ La jurisprudence est également venue préciser le moment où l’abus devait être apprécié, V. Cass. 2^e civ., 28 mars 2019, n° 18-15.612. Censurant la décision des juges du fond, la Cour de cassation a estimé que « sans rechercher, à la date de l’exercice de la faculté de renonciation, au regard de la situation concrète [des assurés] quelle était la finalité de l’exercice de leur droit de renonciation et s’il n’en résultait pas l’existence d’un abus

123. Bien que rendue au visa des dispositions du Code des assurances, cette décision ayant reçu une large publication risque fort de rayonner au-delà des frontières du contrat d'assurance et affecter le régime d'exercice d'autres facultés de rétractation que la jurisprudence considérait comme étant insusceptibles d'abus. Il en va ainsi du droit de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation qui constitue, en l'état actuel de la jurisprudence, « une faculté discrétionnaire de l'acquéreur dont la bonne foi n'est pas requise »⁶¹⁶. La formule adoptée est identique à celle qui était retenue à propos de la faculté de renonciation du souscripteur dans les décisions antérieures au revirement opéré par la Cour de cassation. Par analogie, cette jurisprudence affirmant le caractère discrétionnaire du droit de rétractation de l'acquéreur semble menacée, d'autant plus qu'il ressort de la décision de 2016 que la renonciation en contradiction avec sa finalité doit pouvoir être sanctionnée au nom du principe de loyauté s'imposant aux contractants⁶¹⁷. Raisonner en termes de finalité de l'action revient nécessairement à exclure le caractère discrétionnaire de l'exercice d'un droit. Il est à noter que, subissant une évolution comparable à celle du droit de rétractation en matière d'assurances, d'autres droits ont par ailleurs été « déchus de leur rang de droits discrétionnaires »⁶¹⁸.

124. En somme, les divers coups de boutoir portés à l'absolutisme des droits vide progressivement la catégorie des droits discrétionnaires de leur substance, au point où celle-ci paraît « morte-vivante ».

125. Renouveau du discrétionnaire. – La réduction du domaine des droits discrétionnaires, entendu comme des prérogatives absolues, s'est accompagnée, en droit des contrats, de l'émergence d'une autre acception du discrétionnaire. Désormais, l'expression « droits discrétionnaires » se trouve largement employée pour désigner les

de droit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». V. égal. Cass. 2^e civ., 13 juin 2019, n° 18-17.907, publié au Bulletin.

⁶¹⁶ TGI Paris, 10 juin 2010 : *AJDI* 2011, p. 157, obs. M. THIOYE.

⁶¹⁷ J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 677, p. 524 : « Bien qu'une telle solution ne soit expressément livrée qu'en matière d'assurance-vie, il nous semble que tout droit de rétractation est soumis au contrôle judiciaire de l'abus, cela d'autant plus au regard de la force particulière attachée au droit de rétractation [...] ».

⁶¹⁸ H. BARBIER, note sous Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767, *RTD civ.* 2016, p. 605. L'auteur recense au titre de ces droits discrétionnaires déchus le droit à exécution forcée et le droit de rupture par la banque d'un crédit à durée indéterminée accordé à une entreprise.

droits dont l'usage n'a pas à reposer sur un motif particulier⁶¹⁹. Les facultés légales de rétractation en droit de la consommation témoignent de ce glissement sémantique. Ainsi, en matière de crédit à la consommation, l'article L. 312-19 du Code de la consommation reconnaît à l'emprunteur le droit de se rétracter *sans motifs* dans un délai de quatorze jours calendaires révolus. S'agissant des contrats conclus à distance ou à la suite d'un démarchage, le consommateur dispose, là encore, d'un droit de rétraction qu'il peut déclencher sans avoir à motiver ou à justifier sa décision⁶²⁰. Le droit dont dispose l'acquéreur, conformément aux dispositions de l'article 1644 du Code civil, de choisir entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire se rattache également à une telle conception du droit discrétionnaire. La jurisprudence estime, en effet, que l'acquéreur n'a pas à justifier son choix⁶²¹. De manière tout aussi significative, il a été jugé que le droit du maître de l'ouvrage de refuser d'accepter le sous-traitant a un « caractère discrétionnaire [...] limité par un éventuel abus de droit »⁶²². La formule atteste que les droits discrétionnaires ne sont plus perçus comme l'antonyme des droits contrôlés. Lorsqu'elle vise un droit, l'épithète « discrétionnaire » peut ainsi servir à désigner deux réalités distinctes en droit positif⁶²³. Dans un sens résiduel, les droits discrétionnaires sont ceux qui s'opposent aux droits judiciairement contrôlés. Ces droits absolus ont pu être qualifiés de « purement discrétionnaires »⁶²⁴. Incontrôlés au titre de l'abus, les motifs d'exercice de ces droits échappent donc logiquement à toute appréciation judiciaire. De tels droits ne peuvent constituer des droits finalisés puisque ces derniers constituent, par définition, des prérogatives contrôlées. En effet, l'exigence de justification de l'exercice d'un droit

⁶¹⁹ J.-M. BISCHOFF, « La protection des engagements temporaires », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960, p. 109 et s., spéc. p. 137. Selon l'auteur, dès lors que la cessation du contrat peut intervenir sans qu'il soit nécessaire pour les contractants de fournir une quelconque explication, « celle-ci est totalement discrétionnaire, c'est-à-dire abstraite des causes et des mobiles qui ont pu inspirer les parties ». Dans le même sens à propos du droit de rétractation, G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, 2017, n° 539, p. 287.

⁶²⁰ Article L. 221-18 du Code de la consommation. V. égal., CA Rouen, 17 déc. 2008 : CCC 2009, n° 238, note G. RAYMOND.

⁶²¹ Cass. 3^e civ., 15 déc. 2015, n° 14-24.567 : RTD civ. 2016, p. 356, obs. H. BARBIER.

⁶²² Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, n° 03-15.409 : Bull. civ. III, n° 24 ; RDI 2005, p. 291, obs. H. PERINET-MARQUET. Rapp. en droit des assurances, Cass. civ. 2^e, 07 févr. 2019, n° 17-27.223 : « si la faculté prorogée de renonciation prévue par [l'article L. 132-5-1 du Code des assurances] en l'absence de respect, par l'assureur, du formalisme informatif qu'il édicte, revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus ».

⁶²³ Ch. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur. Une confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », RIDA avr. 1998, n° 176, p. 3 et s., spéc. p. 13 : « En outre, le terme "discrétionnaire" est polysémique puisqu'il peut aussi bien être employé afin d'illustrer la force d'une prérogative que pour préciser que son titulaire n'a pas à se justifier lorsqu'il l'utilise, ce qui ne signifie pas pour autant qu'un contrôle de son exercice par l'abus soit exclu ».

⁶²⁴ A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 13

implique nécessairement la possibilité d'un contrôle juridictionnel. Dans un sens plus moderne, qui tend d'ailleurs à se substituer à l'acception qui en est classiquement donnée, les droits discrétionnaires désignent les prérogatives pour lesquelles toute exigence d'énonciation des motifs d'exercice du droit se trouve expressément écartée. En pareille situation, leur titulaire n'a pas à justifier les décisions qu'il prend dans l'exercice de ses prérogatives. Pour désigner ces prérogatives, le qualificatif de droits « semi-discrétionnaires » a été proposé⁶²⁵. Ces droits n'excluent aucunement que leur exercice puisse dégénérer en abus et ainsi constituer une source de responsabilité pour leur auteur⁶²⁶. Comme le soutient M. Bénabent, « ce n'est pas la même chose de pouvoir exercer un droit sans fournir de motif, ou d'échapper à tout contrôle de l'abus dans cet exercice »⁶²⁷. L'auteur précise encore qu'« il y a certes une proximité, dans la mesure où l'exigence d'un motif postule son contrôle ; mais la proposition ne s'inverse pas et les droits qui peuvent s'exercer sans motif ne sont pas *ipso facto* soustraits au contrôle de l'abus »⁶²⁸. Ainsi, cette polysémie du terme discrétionnaire n'est pas sans susciter quelques hésitations quant à la qualification de certaines prérogatives juridiques⁶²⁹. Afin de s'en convaincre, il suffit de constater que le droit reconnu au mandant de révoquer *ad nutum* le mandat est souvent répertorié au titre des droits absolus, en ce sens qu'il serait insusceptible d'abus⁶³⁰. Or, une telle catégorisation s'avère inexacte dans la mesure où il ressort clairement de la jurisprudence que si le mandant peut, selon les termes de l'article 2004 du Code civil, mettre fin au mandat ordinaire quand « bon lui semble », les circonstances de l'exercice de

⁶²⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 782 et s. ; A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 12. *Adde*, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 16, p. 11.

⁶²⁶ Néanmoins, les deux sens du terme discrétionnaire semblent parfois mêlés en doctrine. V. ainsi H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 242, p. 477 : « certains droits sont discrétionnaires, c'est-à-dire insusceptibles d'abus parce que le titulaire n'a pas à rendre compte des motifs pour lesquels il les exerce ». Une telle définition paraît inverser la cause et les effets : c'est parce que le droit est insusceptible d'abus que son titulaire n'a pas à rendre compte des motifs de sa mise en œuvre et non l'inverse. En effet, l'absence de justification à donner quant à la mise en œuvre d'un droit ne suffit pas à exclure la réalisation d'un contrôle judiciaire ».

⁶²⁷ A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 12.

⁶²⁸ A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 12.

⁶²⁹ Sur les difficultés de communication auxquelles peuvent conduire les polysémies, A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47 et s., spéc. p. 51 ; G. WIEDERKEHR, « Le droit et le sens des mots », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/Litec, 2009, p. 571 et s., spéc. p. 576.

⁶³⁰ Par ex. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Discrétionnaire », p. 354 ; S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, 24^e éd., 2016, V° « Discrétionnaire », p. 388.

ce droit peuvent néanmoins être constitutives d'un abus⁶³¹. Le régime de la révocation des dirigeants sociaux révocables *ad nutum* est également en ce sens dans la mesure où celle-ci peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire et donner lieu à sanction en cas d'abus⁶³². Dès lors que ces droits « semi-discrétionnaires » se trouvent soumis à un contrôle judiciaire, contrairement aux droits « purement discrétionnaires » qui y sont soustraits, peuvent-ils constituer des droits finalisés ? La nature du contrôle judiciaire qui est réalisé des premiers appelle, comme pour les seconds, une réponse négative. En effet, la Cour de cassation réalise un contrôle assez lâche des droits « semi-discrétionnaires » en se cantonnant à apprécier les circonstances de leur exercice à l'exclusion de tout examen des motifs. À titre d'exemple, l'éviction d'un dirigeant social révocable *ad nutum* devient abusive lorsque les circonstances l'entourant sont vexatoires ou injurieuses⁶³³. Le contrôle du droit de révoquer *ad nutum* le dirigeant n'autorisant pas un examen des motifs de révocation, il ne saurait s'agir d'un droit finalisé. Les frontières entre les différents régimes d'exercice des droits se brouillent néanmoins lorsque le juge se réfère, pour caractériser un abus dans la mise en œuvre de certains droits en apparence discrétionnaires, aux motifs du titulaire du droit. Ainsi, alors que l'employeur peut mettre fin à la période d'essai sans avoir normalement à donner de motif⁶³⁴, la jurisprudence admet que celui-ci commet un abus lorsque la rupture intervient pour un motif non inhérent à la personne du salarié⁶³⁵. Sans qu'il soit possible d'y voir la marque d'un contrôle identique à celui qu'implique l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le rapprochement est néanmoins patent. Cette prise en

⁶³¹ V. par ex. : Cass. com., 7 juill. 1992, n° 90-17.885 : « [...] c'est à bon droit que la cour d'appel énonce que la révocation *ad nutum* s'entend d'une décision de résiliation prise sans que des motifs aient à être précisés et que l'abus dans l'exercice du droit de révocation ne peut être retenu que si celui qui l'allègue prouve l'intention de nuire de son auteur ou sa légèreté blâmable susceptible de se rattacher à des circonstances vexatoires ou intempestives ».

⁶³² Com. 21 juin 1988, n° 86-19.166 : *Bull. civ.* IV, n° 214 ; *JCP E* 1989, 15415, n° 12, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN ; *Rev. sociétés* 1989, p. 46, note CHARTIER. V. égal. Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 8 et s.

⁶³³ Pour des exemples jurisprudentiels de révocations vexatoires ou injurieuses, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 857 et s., p. 357 et s. Adde V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, 9^e éd., Dalloz, 2019, n° 528, p. 334 ; K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488 et s., spéc. n° 3.

⁶³⁴ Cass. soc., 5 mai 2004 : *RJS* 7/04, n° 792. Adde, Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-40.822 : *Bull. civ.* V, n° 239 ; *JCP S* 2011, 1041, note A. BAREGE : « Durant la période d'essai, chacune des parties dispose en principe d'un droit de résiliation unilatéral, sans avoir à alléguer de motif ». V. égal. J. MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats », *Dr. soc.* 2005, p. 614 et s. : « Le pouvoir de l'employeur de mettre fin à l'essai, s'il n'est pas à proprement parler un pouvoir totalement discrétionnaire, puisqu'il reste susceptible d'abus, est au moins un pouvoir "semi-discrétionnaire", puisque l'employeur n'a pas à se justifier lorsqu'il l'exerce ».

⁶³⁵ Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212 : *Bull. civ.* V, n° 194 ; *D.* 2008, p. 196, note J. MOULY ; *RDT* 2008, p. 29, obs. J. PELISSIER – Cass. soc., 10 avr. 2013 : *RJS* 6/13, n° 423. Rapp. Cass. soc., 27 juin 2018, n° 16-28.515. V. égal. M. JAOUEN, « Essai », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 561 et s., spéc. p. 567.

compte croissante du motif de rupture de la période d'essai tend irrésistiblement à en finaliser l'exercice dès lors que seuls certains motifs paraissent aptes à légitimer la rupture intervenant à l'initiative de l'employeur⁶³⁶. Dès lors, la faculté de l'employeur de rompre la période d'essai peut de moins en moins être regardée comme un droit discrétionnaire.

126. Conclusion de la section. – La régression constante des droits insusceptibles d'être sanctionnés au titre de l'abus remet en question l'utilité d'une distinction entre les droits discrétionnaires et les droits contrôlés. En outre, au fil des évolutions législatives et jurisprudentielles, la catégorie des droits discrétionnaires tend à ne plus s'opposer systématiquement à celle des droits contrôlés. D'abord exclusivement conçus comme l'antonyme des droits contrôlés, les droits discrétionnaires servent aujourd'hui à désigner les prérogatives pour lesquelles l'appréciation des raisons de leur exercice reste en dehors du débat judiciaire. Ce faisant, des droits dits « semi-discrétionnaires » se sont progressivement substitués aux droits « purement discrétionnaires ». L'éventualité d'un contrôle de la légitimité des motifs d'exercice du droit, indispensable à la caractérisation d'un droit finalisé, est parfaitement incompatible avec l'affirmation de son caractère discrétionnaire⁶³⁷, indépendamment du sens attribué à ce qualificatif. Tous ces droits discrétionnaires ne peuvent par conséquent être rangés sous la catégorie des droits finalisés⁶³⁸. Au couple classique droits discrétionnaires/droits contrôlés tend à se substituer le couple droits discrétionnaires/droits finalisés. En pratique, lorsque de justes motifs sont exigés pour la mise en œuvre d'un droit, son caractère discrétionnaire s'efface automatiquement⁶³⁹. En effet, « la discrétionnarité ne rend pas de compte »⁶⁴⁰. En somme, qui dit finalisé dit non discrétionnaire.

⁶³⁶ Rappr. A.-C. CREPLET, « Variations sur la période d'essai », *RDT* 2008, p. 515 et s. Rappr. S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé, Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, préf. de Ch. RADE, LGDJ, 2011, n° 545, p. 440 : « Il y a, finalement, une véritable objectivation de l'essai, seules les formes requises pour la mise en œuvre du licenciement diffèrent encore véritablement alors que, sur le fond, ces actes sont aujourd'hui extrêmement proches ». V. égal. D. CORRIGNAN-CARSIN, « La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ? », *JCP E* 2005, n° 35, 1241.

⁶³⁷ V. par exemple J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, p. 253 et s., spéc. p. 257 : « L'autonomie discrétionnaire de la volonté implique l'inexistence d'un contrôle judiciaire des motifs qui animent la décision de rompre le contrat ».

⁶³⁸ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255 et s., spéc. n° 15, p. 265 : « À l'intérieur d'une même classification, les catégories qui la composent sont donc antinomiques et alternatives : elles s'excluent l'une l'autre car on ne peut être simultanément une chose et son contraire ».

⁶³⁹ Rappr. M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s., spéc. p. 578 : « Le pouvoir discrétionnaire recule en effet au profit du pouvoir fonctionnel ».

⁶⁴⁰ B. PACTEAU, « Discrétionnarité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 374 et s., spéc. p. 374.

127. Conclusion du chapitre. – Par leurs caractéristiques propres, certaines prérogatives se situent nécessairement en dehors de la catégorie des droits finalisés. Il en va tout d’abord de la sorte des libertés attribuées aux contractants. Ces prérogatives, qui doivent être distinguées des droits subjectifs, ne consacrent pas l’impunité de leur titulaire. Bien que les libertés soient judiciairement contrôlées, les motifs de leur usage demeurent toutefois insusceptibles de critiques. Parce que la question des motifs n’intègre pas le contrôle judiciaire de ces prérogatives, elles ne sont pas finalisées. Autrement dit, la reconnaissance d’une liberté à un contractant est résolument incompatible avec un examen judiciaire des motifs de son exercice. Écarter le caractère finalisé des libertés ne signifie pas que tous les droits sont *a contrario* finalisés. Parmi les droits subjectifs, seuls certains d’entre eux méritent le qualificatif de droits finalisés.

128. Parce qu’ils échappent au contrôle du juge, les droits absolus ou « purement discrétionnaires », confèrent une immunité totale à leur titulaire. La légitimité de l’exercice de ces droits ne peut ainsi être discutée, un tel élément ne coïncidant évidemment pas avec la forte relativité qui caractérise les droits finalisés. En effet, ces derniers se rattachent nécessairement à la catégorie des droits contrôlés. Si les droits finalisés sont des prérogatives judiciairement contrôlées, toute prérogative contrôlée ne s’apparente pas à un droit finalisé. Certains droits écartent expressément toute prise en compte des motifs du contractant et sont, à ce titre, qualifiés de discrétionnaires ou encore de « semi-discrétionnaires ». Pour ces prérogatives, le contrôle judiciaire n’est pas celui des raisons mais se cantonne à un examen des circonstances dans lesquelles le droit a été exercé. Une telle différence de régime se retrouve notamment à propos de la révocation des dirigeants sociaux qui peut être décidée soit *ad nutum* soit pour de justes motifs. Parmi toute la gamme des contrôles judiciaires envisageables, seuls certains peuvent donc manifester le caractère finalisé du droit. En l’absence de tout contrôle des motifs, l’identification d’un droit finalisé n’est guère envisageable. En outre, cela signifie également que la modification du régime d’exercice des droits rejaille nécessairement sur leur nature juridique. La prise en compte croissante des motifs, lorsqu’elle débouche sur une exigence de justes motifs, est porteuse de limites substantielles propres à finaliser l’exercice des droits.

129. En somme, la détermination des prérogatives dont la nature entrerait en conflit avec leur finalisation apporte un éclairage sur l’identité des droits finalisés. En

creux, les droits finalisés seraient des prérogatives pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire de leurs motifs d'exercice. Il convient à présent d'élaborer une définition en plein de la catégorie des droits finalisés.

CHAPITRE 2 : LA CARACTERISATION POSITIVE

130. L'établissement des traits distinctifs d'un ensemble de droits n'est pas chose aisée. Une telle démarche constitue néanmoins un point d'étape obligé dans l'accession de ces prérogatives au rang de catégorie juridique. Elle suggère par ailleurs l'impossibilité de les rattacher exclusivement aux catégories de prérogatives préexistantes.

131. Si les conditions d'exercice du droit ne se confondent en principe pas avec celui-ci, nature et régime juridiques étant distingués, elles constituent néanmoins un point de départ dans la recherche d'une nature particulière de droits⁶⁴¹. Ainsi, les références au régime d'exercice des droits pour la détermination de leur nature juridique ne doivent pas véritablement surprendre. C'est effectivement parce que les régimes d'exercice des prérogatives varient qu'il importe d'opérer une distinction entre elles. À ce titre, il existe des prérogatives ayant la particularité de ne pouvoir être exercées que pour certaines raisons précises déterminées par un for externe et faisant l'objet d'un contrôle de leur bien-fondé. La référence aux droits finalisés dans le contrat renvoie à de telles prérogatives. À l'analyse, le droit finalisé est un pouvoir unilatéral de décision (section 1) ne pouvant être mis en œuvre que pour un motif concret (section 2).

SECTION 1 : UN POUVOIR UNILATERAL DE DECISION

132. Prérogative juridique et faculté. Des notions génériques. – Qualifiée de « juridique », la prérogative reçoit, de manière générale, une acception suffisamment large pour englober l'ensemble des possibilités d'action que le droit attribue aux individus. Selon le *Vocabulaire juridique*, la prérogative juridique constitue, « en un sens neutre, [un] terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »⁶⁴². La notion de prérogative juridique s'apparente alors au genre regroupant l'ensemble des espèces de possibilité d'agir reconnues par les règles de droit au sujet. Par exemple, si le droit de propriété constitue une

⁶⁴¹ Rappr. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n° 28, p. 31 : « En général, il est malaisé de mettre au point les éléments qui caractérisent un droit quelconque. Même pour le droit de propriété, [...] il n'est pratiquement pas possible d'en dégager les éléments sans se référer à son exercice. Or l'exercice du droit n'est pas le droit lui-même ».

⁶⁴² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, V° « Prérogative » (sens 3), p. 787.

prérogative juridique, le mot peut également servir à désigner les différentes possibilités d'action conférées par ce droit. Ainsi, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* constituent autant de prérogatives juridiques reconnues au titulaire du droit de propriété sur sa chose.

133. Ces observations réalisées à propos de la prérogative juridique peuvent être transposées à la notion de faculté qui vient du latin « *facultas* »⁶⁴³, désignant l'aptitude, la capacité. C'est ainsi que, dans un sens premier, le dictionnaire *Robert* définit la faculté comme la « possibilité de faire quelque chose ». De la même façon, le *Vocabulaire juridique* précise que la faculté est « dans un sens générique (vague) synonyme de liberté, incluant le droit de faire ou de ne pas faire (par opposition à obligation) »⁶⁴⁴. En ce sens, l'utilisation du terme de faculté ne préjugerait pas de la nature de la prérogative juridique reconnue à un contractant⁶⁴⁵. Par exemple, s'agissant des facultés de rupture, « les fondements de la faculté de rompre légitimement un contrat sont de deux ordres. Cette faculté peut soit découler de la liberté individuelle, soit de l'exercice d'un droit »⁶⁴⁶.

134. Au regard de ces premières observations, les notions de prérogative juridique et de faculté semblent dépourvues de caractère opératoire pour la recherche de droits finalisés dans le contrat dans la mesure où tous les droits ou libertés octroyés aux contractants pourraient être qualifiés de la sorte. Particulièrement accueillantes, ces deux notions n'apportent, en elles-mêmes, aucune indication quant à leurs conditions d'exercice⁶⁴⁷. Les acceptions données aux différentes possibilités d'agir reconnues aux contractants se réfèrent régulièrement à ces termes. C'est ainsi que le droit subjectif a notamment été défini comme « toute faculté ou prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par une contrainte émanant de l'autorité publique, qui permet à son titulaire de

⁶⁴³ Sur l'étymologie du terme, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, V^o « Faculté », p. 446.

⁶⁴⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, V^o « Faculté », p. 446.

⁶⁴⁵ En ce sens, I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n^o 73, p. 69-70 : « [...] la notion vague de faculté ne peut remplacer des catégories plus précises et plus juridiques ».

⁶⁴⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Rapport Français, La rupture du contrat », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes*, t. LV, 2005, Société de Législation Comparée, 2009, p. 803 et s., spéc. p. 807. Rapp. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n^o 68, p. 64 : « La notion de faculté a un sens juridique, elle traduit l'existence d'une prérogative juridique. Toutefois elle n'est pas une prérogative autonome, car chaque fois que l'on parle des facultés on est en réalité en présence soit d'une liberté soit d'un droit de propriété » (souligné par l'auteur).

⁶⁴⁷ La remarque ne vaut toutefois pas pour les « prérogatives contractuelles ». Voir notamment sur celles-ci, Dossier, *Les prérogatives contractuelles*, RDC 2011, p. 639 et s. Plus récemment, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.

faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose »⁶⁴⁸ ou encore comme la « la faculté ou prérogative attribuée par la nature, d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose (Grotius et les auteurs jusnaturalistes modernes, du XVI^e au XVIII^e siècles) »⁶⁴⁹. Ces quelques définitions du droit subjectif suffisent à démontrer que les notions de « prérogative » et de « faculté » se caractérisent par leur apparente neutralité du point de vue de l'encadrement des raisons d'agir de leur titulaire. Le recours à ces qualificatifs ne fournit donc aucune indication quant au caractère finalisé ou non de la possibilité d'agir reconnue juridiquement à un contractant.

135. Hétérogénéité des prérogatives juridiques. Incertitudes sémantique et terminologique. – Ce qui frappe immédiatement à l'observation du droit positif, c'est la grande diversité des dénominations utilisées pour désigner les prérogatives juridiques relevant de la sphère contractuelle⁶⁵⁰. « Droits subjectifs », « pouvoirs », « libertés », « droits et libertés fondamentaux », « prérogatives contractuelles », etc. Les possibilités d'agir reconnues aux contractants sont éclatées au sein d'une multitude de catégories dont les contours se laissent difficilement saisir. De telles difficultés s'expliquent à plusieurs égards. Tout d'abord, il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle des différents types de prérogatives contenus dans le droit positif⁶⁵¹. Par exemple, alors que les articles 1153 et suivants du Code civil visent expressément les « pouvoirs » du représentant, le législateur se garde d'en préciser le sens au regard de ces textes. Une deuxième raison est ensuite à trouver du côté de l'utilisation indifférenciée de ces termes dans le discours juridique⁶⁵². En ce sens, certaines acceptions utilisent un qualificatif pour tenter d'en définir un autre, perturbant ainsi toute entreprise de définition et de classification des prérogatives juridiques. À titre d'illustration, le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* désigne les droits subjectifs comme une « faculté, c'est-à-dire pouvoir de faire une chose avec liberté de ne pas la faire (Taulier) »⁶⁵³. Les termes de droit subjectif, pouvoir et

⁶⁴⁸ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 16^e éd., LexisNexis, 2016, n° 7, p. 5.

⁶⁴⁹ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, V° « Droits subjectifs » (sens 1), p. 210.

⁶⁵⁰ Les termes « droit subjectif » et « pouvoir » ont été employés dans des sens tellement variés qu'il n'est pas aisé de savoir si ce sont toujours les mêmes prérogatives qui se trouvent visées.

⁶⁵¹ V. à propos du droit subjectif, R. BOFFA, *Droit civil 1^{re} année, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020, n° 570, p. 217 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, LGDJ, 2007, n° 35, p. 31.

⁶⁵² Sur l'étude du vocabulaire juridique et du discours du droit en général, G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005.

⁶⁵³ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, p. 210. V. égal. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2004, p. 64 : « Le

liberté se trouvent ici employés conjointement⁶⁵⁴. Dans ce contexte, l'attribution d'un contenu autonome à chacune de ces notions constitue une véritable gageure. Un tel constat se trouve par ailleurs renforcé face à la diversité des définitions doctrinales données aux différentes catégories de prérogatives juridiques. Aucun consensus doctrinal n'existe, semble-t-il, sur leur nombre⁶⁵⁵, leur définition⁶⁵⁶, leur contenu ou même leur utilité⁶⁵⁷. Il en est ainsi du pouvoir juridique que certains considèrent comme étant la prérogative juridique exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire⁶⁵⁸ alors qu'il se définit pour d'autres comme la « faculté de réaliser des actes unilatéraux, accroissant ou précisant les devoirs juridiques d'autrui »⁶⁵⁹ ou encore comme « une prérogative permettant à une personne de gouverner une autre personne publique ou privée ou de gérer les biens d'une autre personne pour le compte de celle-ci »⁶⁶⁰. Enfin, quelques prérogatives ne se coulent pas aisément dans le moule des catégories existantes. Tel est par exemple le cas du droit au logement qui suscite des doutes quant à sa nature juridique⁶⁶¹.

verbe “pouvoir”, permet d'exprimer tout ce que je peux. Il est d'une généralité déconcertante. [...] Ce sens indifférencié qui vise l'ensemble des moyens de produire des effets voulus ne s'oppose pas à la liberté, il est, au contraire, l'une de ses composantes » ; M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 290 : « En France, dès le XIX^e siècle, la liberté a ainsi été comprise comme un “pouvoir d'agir” impliquant la possibilité concrète d'exercer ses droits ».

⁶⁵⁴ V. égal. pour d'autres exemples d'emploi indifférencié des termes « droits » et « libertés », F.-X. LUCAS, *Le droit des affaires*, PUF, 2005, p. 86 : « La liberté d'entreprendre est le droit reconnu à toute personne de se livrer à l'activité commerciale de son choix (décret d'Allarde) » ; G. MORIN, « L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Rev. de métaph. et de morale*, t. 36, n° 2, p. 267 et s., spéc. p. 279 : « Le droit, c'est une liberté dans l'intérêt de son titulaire » ; R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017*, 8^e éd., LexisNexis, 2016, V° « Liberté civile », p. 343 : « Droit reconnu à chacun de choisir son comportement, ses orientations personnelles et professionnelles ».

⁶⁵⁵ À ce titre, les auteurs ne s'accordent par exemple pas sur l'existence de droits discrétionnaires.

⁶⁵⁶ Sur les « querelles du droit subjectif », Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 54 et s., p. 83 et s. V. égal. D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 539 et s., spéc. p. 532 et s.

⁶⁵⁷ Par ex. rejetant l'utilité de la catégorie des droits potestatifs, Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021, n° 9, p. 11-12 : « [...] la notion n'est ni justifiée ni utile. Le législateur de 2016 les ignore. Non seulement, on peut douter de son intérêt pratique, mais encore il n'est pas évident qu'elle ait une vertu explicative. En effet, on peut considérer que le droit potestatif n'est rien d'autre que l'exercice d'une prérogative qui est comprise dans un droit préexistant et notamment un droit de créance ». Comp. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s., spéc. n° 50, p. 738.

⁶⁵⁸ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 20, p. 21.

⁶⁵⁹ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004, p. 95.

⁶⁶⁰ S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^e éd., 2016, p. 824. *Adde* de manière générale sur la polysémie du terme « pouvoir », N. MATHEY, *Rép. civ.* juill. 2017, V° « Représentation », spéc. n° 69.

⁶⁶¹ V. par ex. F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 27, p. 31 : « On laissera aux spécialistes le soin de déterminer les droits qui méritent ici la qualification de droit fondamental, tâche d'autant plus ardue que les différentes juridictions n'ont pas toutes la même approche. Prenons l'exemple du droit au logement : sans doute fondamental pour la Cour de cassation, il ne l'est pas nécessairement pour le Conseil d'État, tandis que le Conseil constitutionnel n'y voit qu'un objectif de valeur constitutionnelle ». *Adde* sur la question, B. MATHIEU et S. MONNIER, « Le droit au logement : un droit subjectif ? », in M. BARRE-PEPIN et C. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, 2005, p. 19 et s.

La reconnaissance de nouveaux pouvoirs unilatéraux aux contractants par la réforme de 2016-2018⁶⁶² a contribué à renforcer l'hétérogénéité des prérogatives reconnues aux contractants.

136. Accroissement des pouvoirs unilatéraux dans les contrats privés. – La distinction entre contrats administratifs et contrats privés repose traditionnellement sur le postulat selon lequel les seconds seraient nécessairement conclus entre contractants placés sur un pied d'égalité alors que les premiers institueraient des rapports placés sous le signe de l'inégalité⁶⁶³. Cette inégalité des parties, considérée comme un élément caractéristique du contrat administratif, résulte du fait que l'administration contractante se trouve investie, pendant l'exécution du contrat, de prérogatives exorbitantes du droit commun qui sont au service de l'intérêt général⁶⁶⁴. Est-il d'ailleurs encore permis d'opposer strictement, selon les termes employés au siècle dernier par René Savatier, le droit privé et le droit public comme étant respectivement un « droit d'autonomie » et un « droit de soumission »⁶⁶⁵ ? Des auteurs relèvent opportunément que les dissemblances entre ces deux droits ont longtemps été exacerbées, de sorte que leurs réelles convergences ont été occultées. C'est ainsi que Waline, appelant de ses vœux l'élaboration d'une théorie générale des contrats civils et administratifs, relevait que « la doctrine continue trop souvent à opposer, *par principe*, les solutions du droit privé à celles du droit public »⁶⁶⁶. En ce sens, l'affirmation d'une stricte égalité contractuelle entre les parties à un contrat de droit privé apparaît la plupart du temps, au même titre que pour les contrats administratifs, en complet décalage

⁶⁶² Sur ces pouvoirs, *Dossier, Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, RDC 2018, p. 502 et s. ; Th. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887 et s.

⁶⁶³ Pour une telle présentation, B. STIRN et Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2014, p. 406 : « Alors qu'en droit privé, les contractants sont en position d'égalité, dans un contrat administratif, la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers se traduit par des pouvoirs particuliers appartenant à l'administration » ; J.-L. AUTIN et Ch. RIBOT, *Droit administratif général*, LexisNexis, 5^e éd., 2007, n° 471, p. 232 : « L'exécution d'un contrat administratif n'est pas placée sous le signe de l'égalité des cocontractants comme en droit privé ».

⁶⁶⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999, L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, p. 279.

⁶⁶⁵ R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes les biens et la responsabilité civile*, 2^e éd., LGDJ, 1950. Comp. R. NOGUELLOU, « La fin du contrat, Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Contrats publics, vol. I*, préf. de A. CASTAGNE, Université Montpellier I, 2006, p. 341 et s., spéc. p. 342-343 : « [...] l'opposition n'est pas aussi tranchée qu'on pouvait le penser entre un droit (privé ?) qui serait tout entier fondé sur l'autonomie de la volonté, et un droit administratif qui ne prendrait en compte que l'intérêt général [...] ».

⁶⁶⁶ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 965 et s., p. 966 (souligné par l'auteur). V. égal. J.-B. SEUBE, « Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, t. 1, Université Montpellier I, 2006, p. 367 et s., spéc. n° 2, p. 368.

avec la réalité. Les évolutions récentes du droit privé témoignent d'un rapprochement des contrats privés et des contrats administratifs⁶⁶⁷. La reconnaissance de l'inégalité des parties au sein des rapports contractuels de droit privé, qui se manifeste tant à travers l'attribution de prérogatives unilatérales au profit de certains contractants que la consécration de la figure du contrat d'adhésion, amoindrit l'opposition entre ces deux catégories contractuelles. La présence de moins en moins exceptionnelle d'actes unilatéraux au sein des relations entre personnes privées⁶⁶⁸ démontre que les différences entre contrats administratifs et privés ne sont plus aussi marquées que par le passé. La reconnaissance de nouveaux pouvoirs unilatéraux par la réforme du droit des contrats de 2016-2018 est d'ailleurs en ce sens⁶⁶⁹. Un auteur affirme ainsi à propos de l'article 1226 du Code civil, qui consacre la résolution du contrat par notification, que celle-ci pouvait être regardée comme « l'équivalent de la résiliation unilatérale pour faute en droit administratif »⁶⁷⁰. Ces actes unilatéraux constituent la manifestation de l'attribution par le droit commun des contrats de pouvoirs unilatéraux de volonté à certains contractants⁶⁷¹. Il en résulte une atténuation du clivage public/privé ainsi qu'un rapprochement entre contrats privés et contrats administratifs⁶⁷². Ainsi, à l'heure où l'action unilatérale se diffuse très largement dans la sphère contractuelle privée, les procédés contractuels gagnent quant à eux du terrain

⁶⁶⁷ V. not. V. BOUHIER et D. HOUTCIEFF, *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif*, LGDJ, 2019.

⁶⁶⁸ V. not. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004 ; X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.

⁶⁶⁹ Sur la question des effets de la réforme du droit des contrats sur le régime des contrats administratifs, J. MARTIN (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2019.

⁶⁷⁰ P. DEVOLVE, « Les nouvelles dispositions du Code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, p. 613, spéc. n° 29.

⁶⁷¹ J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 844 et s., spéc. p. 846 : « [...] [la réforme du droit des contrats] augmente considérablement les pouvoirs unilatéraux dans le contrat, soit qu'elle reprenne dans un texte du Code des pouvoirs fréquemment prévus par les parties, [...] soit qu'elle en intronise de nouveaux [...] ».

⁶⁷² V. en ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 481 : « Les références au pouvoir et à l'unilatéral sont intéressantes en ce qu'elles attirent vers un parallèle avec les situations et mécanismes de la sphère publique » ; J.-B. SEUBE, « Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, t. 1, Université Montpellier I, 2006, p. 375, spéc. note 30 *in fine* : « Quoiqu'il en soit, par la montée de l'unilatéralisme, le droit des contrats privés se rapproche du droit des contrats administratifs ». Le même constat est réalisé du côté du droit public, P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 257 : « L'unilatéralisme qui caractérise le contrat administratif change de nature et n'est plus un élément de spécificité de celui-ci. Il devient au contraire un facteur de rapprochement avec le droit privé ».

en droit administratif⁶⁷³. Il est d'ailleurs remarquable que certaines clauses qualifiées par le passé d'exorbitantes par la jurisprudence se retrouvent aujourd'hui fréquemment dans les contrats privés. À ce titre, il a par exemple été observé que « le régime des contrats administratifs n'est pas véritablement spécifique : ainsi, les pouvoirs de contrôle et de direction de l'administration dans les marchés publics de travaux – longtemps regardés comme exorbitants – se rattachent en réalité aux prérogatives traditionnelles du maître de l'ouvrage, que ce dernier soit une personne publique ou privée »⁶⁷⁴. Quoi qu'il en soit, le recul de l'exorbitance en droit administratif témoigne indirectement de l'existence de points de rapprochement, toujours plus nombreux, entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé⁶⁷⁵.

Le phénomène de l'unilatéralisme, dont la démonstration n'est désormais plus à faire⁶⁷⁶, tend en définitive à rapprocher les contrats administratifs et privés. Cette évolution n'appelle-t-elle pas corrélativement un rapprochement de leurs régimes juridiques ? Dit autrement, ce contexte permet-il d'envisager la transposition en droit privé des contrats de solutions tirées du droit administratif, notamment en ce qui concerne l'encadrement de l'exercice des pouvoirs ? C'est ce que semble penser Mme Rochfeld lorsqu'elle relève que « le droit privé peut s'inspirer des constats d'une sphère aguerrie aux rapports inégalitaires et qui a, avec plus ou moins de succès, tenté de fixer des limites à partir desquelles on tombe dans un déséquilibre qui ne se justifie pas (ou qui, plus exactement, fait basculer le contrat dans une inégalité qui ne peut se justifier que par l'exercice d'une prérogative de puissance publique) »⁶⁷⁷. Il suffit pour se convaincre du bien-fondé d'une telle affirmation

⁶⁷³ Sur ce double mouvement, C. DEBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 127-128 ; J. ROCHFELD, note sous T. confl., 12 déc. 2011, n° 3824, *RDC* 2012, p. 377, spéc. n° 6.

⁶⁷⁴ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 29-30, n° 30. V. déjà en ce sens, J. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 497 et s., spéc. p. 511-512 : « Le temps n'est plus où la doctrine considérait comme des clauses exorbitantes les droits de contrôle, de direction et de surveillance stipulés au profit de l'administration vis-à-vis de son cocontractant. *Nombre de dispositions qui ont pu être regardées autrefois comme dérogatoires au droit commun ne le sont plus aujourd'hui, parce qu'on estime qu'elles ne sont pas inconnues dans les contrats entre personnes privées* » (nous soulignons).

⁶⁷⁵ V. récemment sur la question, V. BOUHIER et D. HOUTCIEFF (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif, Droit comparé interne*, LGDJ, 2019.

⁶⁷⁶ Tel n'a cependant pas toujours été le cas. V. ainsi, J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 844 et s., spéc. p. 844 : « La reconnaissance que des pouvoirs unilatéraux peuvent s'exercer dans un contrat, c'est-à-dire que l'une des parties peut imposer le jeu de prérogatives unilatérales à l'autre, ne s'est pas effectuée avec évidence ».

⁶⁷⁷ J. ROCHFELD, note sous T. confl., 12 déc. 2011, n° 3824, *RDC* 2012, p. 377 et s., spéc. n° 6. V. égal. en ce sens, F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p. 923 et s. : « Le droit des contrats administratifs est-il – ou pourrait-il être demain – une source d'inspiration pour le droit civil des contrats ? La réponse à cette question semble être positive ».

d'observer que les prérogatives unilatérales reconnues dans les contrats de droit privé sont susceptibles de porter une atteinte au moins aussi importante que les prérogatives unilatérales de l'administration aux droits du cocontractant. En effet, à bien y regarder, l'unilatéralisme reconnu dans les contrats privés ne s'identifie pas totalement à l'unilatéralisme présent dans les contrats administratifs⁶⁷⁸. Non sans paradoxe, le premier semble, dans une certaine mesure, plus offensif que le second puisque les prérogatives unilatérales de l'administration contractante se trouvent nécessairement orientées vers la satisfaction d'un intérêt général – exigence qui se concrétise notamment par un contrôle des finalités d'exercice de ces prérogatives – là où les prérogatives unilatérales reconnues en droit privé des contrats répondent normalement à la satisfaction des intérêts de leurs titulaires. « En somme : au “bien commun” du droit public s'opposerait le “chacun pour soi” du droit privé »⁶⁷⁹. Pour autant, l'unilatéralisme doit-il nécessairement être perçu comme un mal qu'il faut combattre⁶⁸⁰ ? À l'instar du droit administratif des contrats, il serait peut-être opportun de systématiser le contrôle des finalités d'exercice des pouvoirs unilatéraux dont l'usage fait grief au cocontractant⁶⁸¹. Encore convient-il de saisir au préalable les contours de la notion de pouvoir en droit privé.

137. Notion de pouvoir en droit des contrats. Le pouvoir juridique constitue une notion présente dans le droit positif des contrats⁶⁸². Le législateur y recourt dans plusieurs dispositions afin de désigner certaines prérogatives reconnues à un contractant, tout en s'abstenant de définir la notion de pouvoir. En ce sens, les articles 1153 et suivants du Code civil régissant la représentation visent à maintes reprises les pouvoirs du

⁶⁷⁸ F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p. 923 et s. : « le nouvel “unilatéralisme” du droit privé ne partage pas le même ressort que l’“unilatéralisme” classique du droit public ».

⁶⁷⁹ F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p. 923 et s. Rapp. J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, t. III, Pedone, 1971, p. 311 et s., spéc. n° 14, p. 322 : « [...] celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude : encore la seconde aurait-elle toute chance de se révéler plus intolérable que la première, tempérée, malgré tout, par un minimum de sens du bien commun ».

⁶⁸⁰ V. S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452 et s.

⁶⁸¹ Rapp. Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., p. 113 : « [...] sont soumis à motivation les actes juridiques unilatéraux par lesquels une personne impose sa volonté à une autre personne, qu'il s'agisse par exemple des décisions administratives individuelles défavorables visées par la loi du 11 juillet 1979 ou du congé faisant cesser un bail commercial prévu à l'article L. 145-9 du code de commerce ».

⁶⁸² Sur la distinction entre pouvoir juridique et pouvoir de fait, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 92 : « Le pouvoir juridique se distingue du simple pouvoir de fait par son intégration au sein du système juridique ».

représentant⁶⁸³. De tels pouvoirs permettent à celui-ci d'accomplir des actes juridiques pour le compte du représenté⁶⁸⁴. Leur délimitation fixe donc les limites de l'action du représentant. Les références légales à la notion de pouvoir, en tant que prérogative juridique, se retrouvent encore en matière de mandat⁶⁸⁵ ou de sociétés⁶⁸⁶. Le pouvoir juridique ne se confond toutefois pas avec la représentation en droit privé⁶⁸⁷. Les pouvoirs de représentation n'englobent pas la totalité des pouvoirs juridiques. En outre, il est généralement admis que le pouvoir juridique constitue une prérogative permettant à son titulaire de produire des actes juridiques unilatéraux, autrement dit de modifier l'ordonnement juridique indépendamment du consentement de leur destinataire⁶⁸⁸.

138. Les manifestations des pouvoirs juridiques en droit privé ne se cantonnent cependant aux hypothèses dans lesquelles une disposition vise directement de telles prérogatives. En effet, ils peuvent tirer également leur source du contrat conclu par les parties⁶⁸⁹. Les formes qu'empruntent les pouvoirs sont donc diverses⁶⁹⁰. Elles ont fait l'objet de différents travaux de conceptualisation⁶⁹¹. Parmi ceux-ci, l'étude réalisée par M. Gaillard retient particulièrement l'attention puisqu'il envisage le pouvoir à l'aune de la finalité partiellement altruiste qui y serait systématiquement associée. Il sera donc

⁶⁸³ V. G. WICKER, « Le nouveau droit de la représentation », *D.* 2016, p. 1942 ; J. FRANÇOIS, « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le contrat de mandat », *D.* 2018, p. 1215.

⁶⁸⁴ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 15^e éd., LexisNexis, 2019, n° 102, p. 99 : « La question du pouvoir n'apparaît que dans le cas où une personne agit pour le compte d'autrui : a-t-elle le pouvoir de *représenter* telle autre personne pour accomplir tel acte ».

⁶⁸⁵ L'article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil définit le mandat comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom ».

⁶⁸⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 413, p. 171 : « Les dirigeants ont dans l'ordre interne tous pouvoirs pour accomplir les actes de gestion que commande de l'intérêt de la société ». V. égal. D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », *RTD com.* 1978, p. 185.

⁶⁸⁷ V. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 5 et s., p. 10 et s. ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de C. BRENNER, Economica, 2012, n° 469, p. 380.

⁶⁸⁸ En ce sens, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 93. V. déjà, P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 118 : « [...] c'est parce qu'il doit y avoir empiètement sur la sphère juridique d'autrui que des pouvoirs sont nécessaires ».

⁶⁸⁹ J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 844 et s., spéc. p. 845 : « La source contractuelle, assise sur la rencontre de deux volontés qui ne s'expriment pas forcément sur un pied d'égalité, permet à l'une – et parfois aux deux – d'exercer un pouvoir sur l'autre ».

⁶⁹⁰ V. not. sur ce point S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de Cl. BRENNER, Economica, 2012, n° 469 : « Envisagée dans la perspective du droit des contrats, la notion de pouvoir recouvre une réalité diverse, au point que l'on peine à en saisir les contours ».

⁶⁹¹ V. par ex. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985 ; M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. de G. WICKER, LDGJ, 2019.

nécessaire de revenir sur la définition que l'auteur donne du pouvoir juridique afin de déterminer dans quelle mesure la catégorie des droits finalisés est susceptible de s'identifier à celle-ci.

139. Distinction des droits subjectifs et des pouvoirs selon l'intérêt poursuivi.

– L'opposant au droit subjectif, qu'il qualifie de prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, M. Gaillard soutient que « le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement du sien »⁶⁹². Dans une telle approche, droits subjectifs et pouvoirs se distingueraient essentiellement au regard de l'intérêt au service duquel ces prérogatives sont octroyées à leur titulaire⁶⁹³. L'auteur établit ainsi une frontière parfaitement étanche entre les deux catégories de prérogatives juridiques. À suivre son raisonnement, un droit ne pourrait constituer simultanément un pouvoir (prérogative octroyée dans un intérêt au moins partiellement distinct des intérêts de son titulaire) et un droit subjectif (prérogative octroyée dans l'intérêt exclusif de son titulaire)⁶⁹⁴. Selon la conception qu'il retient de ces prérogatives, les pouvoirs se situeraient nécessairement à l'extérieur de la catégorie des droits subjectifs⁶⁹⁵. Pourtant, certains droits s'apparentent à des pouvoirs au sens étymologique de *potestas*, qui signifie la puissance⁶⁹⁶. À cet égard, la qualification de droit potestatif rend compte de cette proximité entre les pouvoirs et les droits. En ce sens, M. Najjar définit les droits potestatifs comme les « pouvoirs par lesquels leurs titulaires

⁶⁹² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 20, p. 21. V. déjà, P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 118 : « [...] ces pouvoirs, du fait de l'inspiration du droit qui tend vers l'équilibre et la bilatéralité, ne peuvent être exercés par leur titulaire dans son intérêt personnel ».

⁶⁹³ V. égal. en ce sens, F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 28, p. 33. Rapp. D. VEAUX, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées Grecques), Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 77 et s., spéc. n° 2, p. 77-78 ; D. GUTMANN, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, V° « Droit subjectif », p. 529 et s., spéc. p. 530-531.

⁶⁹⁴ Comp. R. BOFFA, *Droit civil, 1^{re} année, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020, n° 572, p. 218 : « Le droit subjectif se caractérise par l'exclusivité qu'il confère à son titulaire sur un objet déterminé [...]. Cette exclusivité a en principe vocation à servir les intérêts de son titulaire. Ainsi, la propriété s'exerce dans l'intérêt du propriétaire qui va pouvoir, grâce à son droit de propriété, user, jouir et disposer de sa chose. Mais le droit subjectif peut parfois être octroyé à une personne pour être mis au service d'une autre personne. On parle alors de droit-fonction, ou de pouvoir ».

⁶⁹⁵ Comp. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 95 : « Le pouvoir juridique est un droit subjectif. Mais c'est un droit subjectif très particulier ».

⁶⁹⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Potestatif », p. 782 : « Vient du latin *potestativus*, de *potestas* qui signifie puissance : Qui dépend de la volonté d'une personne ». V. pour une distinction entre puissance et pouvoir, J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, t. 1, th. Grenoble, 1996, n° 5, p. 40 : « La puissance se distingue [...] du pouvoir en ce qu'elle s'applique à faire prévaloir les intérêts de ceux qui la détiennent et qui en usent ».

peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »⁶⁹⁷. De façon générale, il est d'ailleurs souvent fait usage du terme « pouvoir » pour désigner certaines possibilités d'agir que les droits subjectifs reconnaissent aux sujets⁶⁹⁸. Surgit alors toute l'ambivalence du terme pouvoir correspondant, tantôt à la nature de certains droits, tantôt à la forme de leur exercice. C'est dans ce contexte que M. Gaillard s'attache dans sa thèse à poser les bases d'une théorie du pouvoir en droit privé, celle-ci se traduisant par la proposition d'une définition.

140. Le pouvoir, une prérogative nécessairement finalisée ? – Il découle de l'acception que donne M. Gaillard du pouvoir, en tant que catégorie juridique, que celui-ci est forcément finalisé dans la mesure où son usage est orienté par la satisfaction d'un intérêt au moins partiellement altruiste⁶⁹⁹. Ainsi, parce que sa mise en œuvre ne peut s'effectuer que pour des mobiles derrière lesquels doit transparaître l'intérêt de l'autre, le pouvoir apparaît *de facto* comme une prérogative finalisée⁷⁰⁰. M. Gaillard relève par ailleurs que « l'incompatibilité des droits subjectifs et des pouvoirs fonctionnels est totale »⁷⁰¹. Il poursuit en affirmant, sans nuance, qu'« un droit est libre ou finalisé, il ne peut être l'un et l'autre »⁷⁰². À suivre le raisonnement, aucune prérogative ne serait finalisée en dehors de la catégorie des pouvoirs tels que définis par l'auteur et ces derniers seraient par ailleurs toujours finalisés. L'affirmation doit pourtant être combattue. La ligne de démarcation dressée par l'auteur, entre pouvoir et droit subjectif, mérite d'être relativisée dans la mesure où elle ne rend qu'imparfaitement compte du droit positif des contrats. M. Gaillard entend par prérogative finalisée qu'« à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais

⁶⁹⁷ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n° 99, p. 102. V. égal. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s., spéc. n° 48, p. 736 ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

⁶⁹⁸ Si les pouvoirs se rattachent à la catégorie des droits subjectifs, tous les droits subjectifs ne constituent pas pour autant des pouvoirs. V. ainsi, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 95-96.

⁶⁹⁹ Rappr. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209 et s. : « Le "droit finalisé" va au-delà de la satisfaction de son seul titulaire, il intègre une "prise en compte minimale des intérêts de l'autre contractant" ».

⁷⁰⁰ Sur le pouvoir juridique envisagée comme une prérogative finalisée, voir E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 235 et s., p. 150 et s.

⁷⁰¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 45, p. 38.

⁷⁰² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 45, p. 38.

totale avec celui de son titulaire »⁷⁰³. L'auteur poursuit : « Il ne s'agit pas ici du but effectivement poursuivi par le titulaire du pouvoir lorsqu'il passe tel ou tel acte mais simplement du but fixé de façon générale et abstraite par la norme attributive de pouvoir, du but qui sert de référence au juge lorsqu'il apprécie la régularité de l'acte passé par le titulaire du pouvoir. Il est donc essentiel de comprendre que ce but peut être déterminé une fois pour toutes pour chaque catégorie de droits »⁷⁰⁴. À considérer que les pouvoirs constituent nécessairement des prérogatives finalisées et que les droits subjectifs n'incluent pas les pouvoirs, l'étude des « droits finalisés » serait donc sans objet. Pourtant, non seulement les pouvoirs ne sont pas étrangers à la catégorie des droits subjectifs⁷⁰⁵, mais c'est encore leur caractère finalisé qui ne se vérifie pas toujours en pratique. Opérer un lien entre la recherche d'un intérêt au moins partiellement altruiste et l'existence d'un pouvoir juridique n'a rien d'évident⁷⁰⁶. C'est ce qui explique sans doute que l'obligation de motivation n'accompagne pas systématiquement la reconnaissance de pouvoirs unilatéraux dans le contrat⁷⁰⁷.

141. La nature au moins partiellement altruiste de l'intérêt poursuivi n'est pas le critère des droits finalisés. – Bien qu'exclusivement exercés dans l'intérêt propre de leur titulaire, certains droits attribués aux contractants, qui ne sont donc pas des pouvoirs au sens qu'en donne M. Gaillard dans sa thèse, constituent néanmoins de véritables droits finalisés dans la mesure où les motifs pour lesquels ils peuvent être exercés sont

⁷⁰³ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 235, p. 150.

⁷⁰⁴ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 235, p. 150.

⁷⁰⁵ Envisageant le pouvoir comme un « droit-source » emportant faculté de modification de l'ordonnement juridique, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 95-96. Rapp. M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels : Étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018. L'auteur rattache les pouvoirs contractuels à la catégorie des droits potestatifs (cf. n° 195 et s., p. 217 et s.).

⁷⁰⁶ En ce sens, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 163 : « Dire que le pouvoir est dans l'intérêt du soumis n'a pas [...] force en soi. Encore faut-il démontrer cette affirmation, démonstration qui suppose une véritable épreuve de justification ». Rapp. B. FAGES, « Des motifs de débat... », *RDC* 2004, p. 563 et s., spéc. p. 565 : « [...] s'il est vrai que les droits potestatifs impliquent "la considération minimale des intérêts de l'autre partie", ils n'en demeurent pas moins allergiques, par définition, à un contrôle judiciaire de leurs ressorts intimes ». Comp. X. LAGARDE, « Qu'est-ce qui est juste ?, Propos de juriste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/Litec, 2009, p. 299 et s., spéc. n° 12, p. 311.

⁷⁰⁷ Rapp. Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 579 et s., spéc. n° 8, p. 587 : « [...] si l'abus objectif et l'obligation de motivation introduisent une logique de pouvoir dans les rapports contractuels de droit privé, il ne s'ensuit pas toujours une transformation en pouvoirs, au sens technique du terme, des droits du contractant concernés par l'obligation de prendre en compte l'intérêt d'autrui ». V. égal. après la réforme de 2016-2018, J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514 et s., spéc. p. 518 : « La motivation ne fait donc pas figure de principe auquel serait soumis l'exercice de tout pouvoir unilatéral, ce qui pourrait surprendre ».

précisément limités. Par exemple, en matière de bail d'habitation, lorsque le bailleur décide, conformément à l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989, de congédier le preneur pour reprendre le logement, il le fait sans avoir à prendre en considération l'intérêt de son cocontractant. Il n'est pourtant guère contestable que la limitation des causes pour lesquelles le bailleur peut user de son droit conduise à sa finalisation. Voici donc un droit qui, bien que mis en œuvre par son titulaire dans un intérêt strictement personnel, se trouve conditionné par un exercice finalisé⁷⁰⁸. L'exemple atteste qu'un droit est susceptible d'être finalisé sans que la poursuite d'une fin altruiste ne soit forcément exigée. Il en va également de la sorte dans le statut des baux ruraux qui instaure, au profit du preneur, un droit de résiliation conditionné à la survenance d'évènements qui lui sont personnels. En ce sens, l'article L. 411-33 du Code rural et de la pêche maritime dispose notamment que « la résiliation de bail peut être demandée par le preneur dans les cas suivants : incapacité du travail, grave et permanente, du preneur ou l'un des membres de sa famille indispensable au travail de la ferme ; décès d'un ou de plusieurs membres de la famille du preneur indispensables au travail de la ferme ; acquisition d'une ferme que le preneur doit exploiter lui-même [...] ». Le droit de rupture du bail se trouve ici causé par des motifs légaux propres au contractant susceptible d'en user. Toutefois, tout motif personnel ne permettra pas au preneur de mettre un terme au fermage. La jurisprudence a déjà jugé en ce sens que les difficultés économiques, dont le preneur fait l'objet, ne peuvent constituer un motif de résiliation du bail à ferme⁷⁰⁹. Une autre illustration peut être tirée du droit des sociétés. Il ressort de la jurisprudence que « l'article 1869 du Code civil n'interdit pas au juge de retenir, comme justes motifs permettant d'autoriser le retrait d'un associé, des éléments touchant à la situation personnelle de celui-ci »⁷¹⁰. Le droit de retrait judiciaire de l'associé, finalisé par l'exigence de justes motifs, peut donc être fondé sur des éléments qui lui sont personnels.

142. Constituant incontestablement des prérogatives finalisées, les cas évoqués ci-dessus cadrent pourtant mal avec les contours du pouvoir tels qu'esquissés par M. Gaillard. En effet, les finalités attachées à l'exercice d'un pouvoir ne sont pas

⁷⁰⁸ Rapp. X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 81 : « Titulaire d'une faculté conditionnée ou discrétionnaire, la personne privée ne poursuit jamais que son intérêt particulier ou l'intérêt qu'elle a elle-même déterminé ».

⁷⁰⁹ CA Lyon, 10 avr. 2008, n° 06/02687 : *RD rur.* 2009, n° 370, comm. 3, obs. S. CREVEL.

⁷¹⁰ Cass., 1^{re} civ., 27 févr. 1985, n° 83-14.069 : *Bull. civ. I*, n° 81 ; *D.* 1987. p. 31, obs. BOUSQUET ; *JCP G* 1986, II, 20638, note H. T. ; *Rev. sociétés* 1985, p. 620, note JEANTIN. Pour une illustration récente de juste motif de retrait, Cass. 10 févr. 2015, n° 14-10.110 : *Rev. sociétés* 2015, p. 524, note S. LACROIX-DE SOUSA.

nécessairement de nature altruiste. Même une « finalité égoïste »⁷¹¹ peut conduire à la finalisation d'une prérogative à condition qu'elle restreigne effectivement les raisons pour lesquelles un contractant peut légitimement en user⁷¹². Ce qui finalise la prérogative, ce n'est pas le caractère personnel ou altruiste de l'intérêt poursuivi, mais la contrainte que la prise en compte de cet intérêt fait concrètement peser sur les conditions de sa mise en œuvre. À partir du moment où le recours à l'intérêt se prolonge par une exigence de justification de l'exercice du pouvoir, son caractère finalisé ne fait alors plus guère de doute.

143. Le pouvoir juridique en droit privé, au sens qu'en donne M. Gaillard, s'apparente bel et bien à un droit finalisé⁷¹³, mais l'ensemble des droits finalisés ne peuvent être appréhendés uniquement sous l'angle du pouvoir entendu comme la prérogative octroyée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire. Dès lors, il convient, dans le cadre de cette étude, de s'intéresser au pouvoir en tant que manifestation de la puissance détenue par un contractant⁷¹⁴. Ainsi, l'identification des pouvoirs en droit des contrats ne devrait pas se reposer sur l'intérêt partiellement altruiste supposé les caractériser, mais plutôt sur la considération de leurs effets juridiques sur la situation du destinataire⁷¹⁵.

⁷¹¹ En sens contraire, M. Gaillard affirme que « l'idée même de "finalité égoïste", que l'on retrouve notamment chez Josserand et Dabin, est contradictoire » (cf. th. préc., note de bas de page n° 94, p. 38) ; X. DUPRE DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA – 5, LexisNexis, 2012, p. 57 et s., spéc. p. 73 : « La prise en compte de la finalité de l'exercice de la puissance relève une profonde mutation de sa nature. Par définition, lorsqu'il est question d'opérer un contrôle de la finalité, celle-ci ne saurait s'apprécier au regard de l'intérêt égoïste du titulaire de la prérogative. Il implique donc la définition d'un intérêt distinct de ce dernier ».

⁷¹² Rapp. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 138 : « [...] il n'est pas jusqu'à l'intérêt du sujet lui-même qui, de l'intérieur en quelque sorte, ne se retourne contre son titulaire, puisque tant est qu'un droit subjectif ne peut être exercé sans intérêt si un tel usage cause quelque préjudice à autrui ».

⁷¹³ Comp. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 162 : « [...] la mention de l'intérêt d'autrui au côté du pouvoir est souvent l'affirmation d'un simple devoir d'agir dans l'intérêt de la personne soumise. Cette affirmation est utile. Elle permet de limiter le pouvoir et d'accroître son contrôle. Mais il y a loin de la reconnaissance de ce devoir à la justification du pouvoir. Pour qu'une telle justification soit présente, il faut en outre montrer que ce devoir a une effectivité probable suffisante ».

⁷¹⁴ Rapp. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 94 : « Le pouvoir d'un tyran ne cesse pas d'être un "pouvoir" parce qu'il n'est limité par aucune finalité et peut être exercé avec le plus grand égoïsme. Dépourvu de finalité altruiste, le pouvoir est plus rude, plus condamnable et il mérite plus que jamais sa qualification. Réciproquement, il est toujours possible de soutenir que la faculté de se marier, qui incontestablement n'est pas un pouvoir, est une faculté qui ne peut être exercée sans prise en compte d'un intérêt au moins partiellement distinct du sien, à savoir celui de son futur conjoint ».

⁷¹⁵ V. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 95 : « Le pouvoir juridique, au sens strict, est alors limité aux facultés de réaliser des actes unilatéraux accroissant ou précisant les devoirs juridiques d'autrui ». Rapp. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 et s., spéc. n° 36,

144. En tout cas, parce qu'il impose au titulaire du pouvoir de poursuivre un intérêt légitime, la nécessité de prendre en compte un intérêt partiellement altruiste conduit effectivement à une finalisation de la prérogative en cause. Les prérogatives ne pouvant être exercées qu'en considération de l'intérêt de l'autre appartiennent assurément à la catégorie des droits finalisés. Un lien existe donc entre l'affirmation du caractère finalisé de la prérogative et la prise en compte de l'intérêt du cocontractant⁷¹⁶. La nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre ne saurait néanmoins constituer un élément constitutif des droits finalisés dans la mesure où un intérêt de nature personnelle peut également permettre, dans certaines hypothèses, d'en légitimer l'exercice. En d'autres termes, si l'injonction faite à un contractant de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie traduit bien une limitation du pouvoir unilatéral, elle n'est cependant pas inhérente à la catégorie des pouvoirs, ni à celle des droits finalisés⁷¹⁷.

145. Conclusion de la section. – Définir le pouvoir comme la prérogative devant être exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire conduit à évincer de cette catégorie de nombreuses prérogatives unilatérales consacrées ces dernières années par la jurisprudence et le législateur en droit des contrats. L'appréhension du phénomène du pouvoir dans les rapports contractuels exige de mettre l'accent sur les effets que ces prérogatives produisent sur la situation du contractant qui en subit l'exercice sans préjuger *a priori* de leur caractère finalisé. Ainsi, le caractère finalisé d'une prérogative ne saurait être déduit de sa nature de pouvoir. Si la question de la justification se pose de manière aiguë face au pouvoir unilatéral que détient un contractant, c'est parce qu'elle ne s'impose justement pas avec la force de l'évidence. La détermination positive

p. 672-673 : « La théorie du pouvoir proposée embrasse une notion à la fois trop stricte (elle ne permet *a priori* que de saisir les cas dans lesquels une personne agit dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, quand la catégorie des droits potestatifs permet de saisir des droits attribués à un titulaire dans son intérêt propre mais dont la mise en œuvre produit sur autrui des conséquences telles que le droit entend les encadrer) ».

⁷¹⁶ V. par exemple en jurisprudence à propos du mandat d'intérêt commun, CA Versailles, 19 mars 1998, RG n° 1995-5621. Selon la cour d'appel, la réorganisation de la société mandante ne constituait pas un motif légitime de révocation dans la mesure où « la réorganisation alléguée ne fait qu'exprimer l'intérêt unilatéral de la mandante » ; A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. n° 29 : « Ainsi, très rares sont les cas où la réorganisation d'une entreprise pourra être invoqué comme cause légitime de cessation d'un contrat d'intérêt commun ».

⁷¹⁷ Rapp. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 165, p. 300 : « Ces conceptions purement égoïstes ou sociales des droits ne correspondent pas à la réalité. De la fonction au droit discrétionnaire, il existe des dosages très divers, des fins sociales et individuelles des droits. Il en résulte un contrôle plus ou moins étroit de l'exercice de ces droits ».

des motifs pour lesquels un contractant est fondé à agir limite la marge de manœuvre dont il dispose dans l'usage de ses droits, sans le pousser nécessairement à l'altruisme. Tout en étant exercées dans l'intérêt exclusif de leur titulaire, certaines prérogatives ne peuvent valablement être utilisées que pour certains motifs précisément déterminés. Dans ce cas, c'est moins la nécessité de poursuivre un intérêt partiellement distinct de celui de son titulaire que celle de poursuivre un intérêt légitime déterminé par for externe qui fonde le domaine des prérogatives finalisées⁷¹⁸. Les « droits finalisés » mettent ainsi en lumière l'existence de prérogatives finalisées en dehors de celles devant être exercées dans un intérêt partiellement distinct de celui de leur titulaire. Dans cette perspective, les droits finalisés conduisent à relativiser la rigueur de l'opposition classiquement réalisée entre les droits subjectifs et les pouvoirs au regard de la nature de l'intérêt poursuivi par leur titulaire⁷¹⁹. En dépit de leurs caractéristiques propres, les pouvoirs n'en constituent pas moins une espèce particulière de droits subjectifs.

SECTION 2 : UN MOTIF CONCRET D'EXERCICE

146. L'exercice des droits finalisés dans le contrat doit reposer sur un motif concret. Cette exigence se manifeste à travers l'expression qu'empruntent les motifs d'exercice du droit (§1) et le contenu de ces derniers (§2).

§1 : L'expression des motifs d'exercice du droit

147. La finalité comme motif légitime d'exercer un droit. – Il arrive que la loi ou la jurisprudence se réfèrent expressément à la « *finalité* » d'exercice d'un droit en tant que limite posée à son exercice. À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, *les finalités et les*

⁷¹⁸ Rapp. G. Wicker, « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 455 et s., spéc. n° 2, p. 455-456 : « la notion d'intérêt légitime est d'une grande richesse s'agissant de comprendre la genèse et la force obligatoire des droits, ainsi que leur insertion dans le réel » ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. de 2006, n° 287, p. 388 : « [...] l'intérêt légitime est le fondement et la mesure de l'exercice des droits et de la protection qui leur est accordée par les pouvoirs publics [...] ».

⁷¹⁹ A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 8, p. 5 : « [...] il y a des droits, et il y a des fonctions qui se dissimulent sous l'apparence de droits. L'erreur consiste à nier les uns ou les autres, alors que leur coexistence n'a rien d'inconciliable ».

conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée [...] par des limitations exigées par l'intérêt général »⁷²⁰. Il faut néanmoins convenir que c'est le plus souvent au travers d'autres termes que le législateur ou le juge renvoient aux finalités que le titulaire d'un droit est fondé à poursuivre⁷²¹. En effet, les références légales à l'idée d'une finalité d'exercice du droit sont nombreuses et empruntent une terminologie variée : « cause réelle et sérieuse » de licenciement⁷²² ; « motif légitime et sérieux » de congédiement du preneur d'un bail d'habitation⁷²³ ; « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux⁷²⁴ ; « raisons sérieuses et légitimes »⁷²⁵ ; « causes que la loi autorise »⁷²⁶ ; « raisons objectives et transparentes » de la décision de résiliation⁷²⁷, etc. Au-delà de la diversité des expressions employées⁷²⁸, ces différentes notions ne désigneraient-elles pas une même réalité ? En d'autres mots, l'ensemble de ces termes ne renverrait-il pas aux raisons pour lesquelles un contractant est fondé à exercer une prérogative juridique ? La rédaction de certains textes accrédite l'idée selon laquelle le législateur prend généralement ces expressions pour équivalentes. Par exemple, alors que l'article L. 223-25 du Code de commerce prévoit en son alinéa premier que la révocation du gérant de SARL par décision des associés peut donner lieu à dommages et intérêts si celle-ci intervient sans « juste motif », le deuxième alinéa admet la possibilité d'une révocation du gérant par les tribunaux à la demande d'un associé pour une « cause légitime ». Applicable à la révocation du gérant de société civile, l'article 1851 du Code

⁷²⁰ Cons. const., 16 janv. 1982, *Loi de nationalisations*, n° 81-132 DC (nous soulignons) ; Cons. const., 8 janv. 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC.

⁷²¹ Rappr. en droit du travail, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 17, p. 9 : « Un indice formel de l'impératif de justification est fourni chaque fois qu'il est mentionné l'obligation pour l'employeur de fournir les "justifications", les "raisons", ou d'énoncer les "motifs" ou la "cause" d'une mesure qu'il adopte ».

⁷²² Article L. 1232-1 du Code du travail. V. not. sur l'étude de la cause réelle et sérieuse de licenciement, X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP G* 2000, I, 254.

⁷²³ Article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : « Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant ».

⁷²⁴ V. par ex. l'article L. 223-25 du Code de commerce. V. égal. R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s. Rappr. en matière de partage prématuré de l'indivision, l'article 1873-3, alinéa 1, du Code civil qui prévoit que « le partage ne peut être provoqué avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs ».

⁷²⁵ Article L. 418-3 du Code rural et de la pêche maritime.

⁷²⁶ Article 1193 du Code civil : « Les contrats ne peuvent être révoqués ou modifiés que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁷²⁷ Article 3-4 du règlement CE n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

⁷²⁸ V. égal. sur le caractère équivoque des termes relatifs au contrôle des motifs de l'acte administratif, B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, préf. de J.-M. AUBY, Travaux et recherches de la faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, p. 13.

civil est rédigé dans les mêmes termes. Faut-il voir dans les références au « juste motif » et à la « cause légitime » des exigences distinctes en fonction du type de révocation ou, plus simplement, la volonté du législateur de ne pas se répéter ? Le contrôle judiciaire qui est réalisé de la cause légitime et du juste motif de révocation invite à y voir des notions analogues. En effet, qu’il s’agisse d’apprécier la pertinence du juste motif ou celle de la cause légitime de révocation, le contrôle opéré par les juges ne varie pas fondamentalement⁷²⁹. Ces derniers vérifient dans ces situations la conformité de la décision de révocation à l’intérêt social⁷³⁰. Rien ne permettrait d’ailleurs de justifier qu’une cause légitime de révocation ne puisse également constituer un juste motif de révocation. Ainsi, comme l’a justement écrit Mme Baillod, « les expressions cause légitime et juste motif, tenues pour synonymes dans le langage courant, paraissent bien interchangeables »⁷³¹. En outre, « un second parallèle peut être utilement établi, dans l’appréciation du juste motif de révocation, entre celui-ci et la cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. [...] L’expression “droit causé” utilisée à propos du pouvoir de licenciement est également apte à rendre compte du droit de révocation des associés. Les adjectifs “juste” et “réel et sérieux” se recouvrent au moins partiellement »⁷³². En ce sens, depuis la loi ALUR de 2014, l’article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 précise que le bailleur doit, en cas de congé délivré au bailleur pour reprendre le logement, justifier du *caractère réel et sérieux* de sa décision.

⁷²⁹ Comp. B. SAINTOURENS, note sous Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. Joly* déc. 2007, n° 12, p. 1337 et s. : « Cette similitude quant aux conditions d’appréciation des causes de révocation ne doit bien sûr pas masquer la différence majeure entre les deux hypothèses : à défaut de cause légitime, il n’y a pas de révocation ; à défaut de juste motif, il y a tout de même révocation ».

⁷³⁰ V. par ex., Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-13.520 : *Bull. Joly* déc. 2007, n° 12, p. 1337, note B. SAINTOURENS (sur l’appréciation de la cause légitime au sens de l’article L. 223-25) – Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12.201 (la décision du gérant préjudiciant gravement à l’intérêt social constitue un juste motif de révocation) – Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778 (la mésentente entre les associés et le gérant d’une société à responsabilité limitée justifie, dès lors qu’elle est de nature à compromettre l’intérêt social, la révocation de ce gérant).

⁷³¹ R. BAILLOD, « Le “juste motif” de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 8, p. 400. V. égal. M.-H. MONSERIE-BON, obs. sous Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, *RTD com.* 2014, p. 652 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 1515, p. 608. Adde, J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit en droit français*, Dalloz, 1992, p. 21 où l’auteur estime que les termes « justes motifs » et « cause légitime » constituent de « vrais synonymes ». V. néanmoins de manière plus nuancée, J.-F. BARBIERI, note sous Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, *Rev. sociétés* 2014, p. 391, spéc. n° 1 : « Cette opinion mérite sans doute d’être considérée sur le seul terrain notionnel car les fonctions assignées par le législateur à ces notions sont manifestement distinctes ».

⁷³² R. BAILLOD, « Le “juste motif” de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., n° 9, spéc. p. 401-402. V. également sur l’étude des rapports qu’entretiennent la cause réelle et sérieuse de licenciement d’un salarié et le juste motif de révocation d’un dirigeant de société, M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. Sociétés* 2014, p. 152 et s.

148. Les notions juridiques utilisées pour limiter les raisons admises pour l'exercice d'un droit prennent donc le plus souvent la forme d'un *standard juridique de justification*⁷³³. Le recours par le législateur ou le juge à de tels standards témoigne de la limitation des finalités admises pour l'exercice d'un droit et, par conséquent, de son caractère finalisé au sens de la présente étude⁷³⁴. Dans certains cas, l'encadrement des raisons admises pour l'exercice d'un droit ne prendra pas directement la forme d'un standard de justification au contenu ouvert mais plutôt celle d'un motif aux contours fermés⁷³⁵.

149. Par exemple, en sus de la possibilité de donner congé à un locataire pour un motif légitime et sérieux, l'article 15-I de la loi n° 89-462 du 15 juillet 1989 prévoit que le congé donné par le bailleur au preneur d'un bail d'habitation peut être justifié par sa décision de reprendre ou de vendre le logement. Selon le législateur, la reprise et la vente du logement constituent des motifs aptes à légitimer le congédiement du preneur. Il en va également de la sorte de l'article L. 1233-3 du Code du travail relatif à la définition légale du motif économique. En effet, le texte dispose que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° À des difficultés économiques caractérisées [...]. [...]

2° À des mutations technologiques ;

3° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

⁷³³ V. not. sur le standard en droit, M. O. STATI, *Le standard juridique*, th. Paris, 1927 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préf. de P. WEIL, LGDJ, 1980 ; Ph. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988/4, p. 871 ; S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G 2011, 1003.

⁷³⁴ Rappr. A. LYON-CAEN, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 95 et s., spéc. n° 4 : « [...] mariant la cause au motif, au point de les tenir pour égaux, la loi sur le licenciement institue un contrôle des justifications, c'est-à-dire des raisons d'agir ». V. égal. en droit administratif, B. TARDIVEL, *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, th. Montpellier I, 2002, p. 108 : « L'imprécision textuelle qui affecte la formulation de bon nombre de finalités d'intérêt général laisse une marge d'interprétation importante au juge. On aurait tort de penser que ce flou est fortuit ».

⁷³⁵ Rappr. P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 246, p. 257 : « La plupart des pays ont fait le choix d'un standard (cause réelle et sérieuse, juste motif...), avec comme critique récurrente le pouvoir qu'une telle technique octroie au juge) [...]. [...] Le droit français, bien qu'il soit construit autour d'un standard (la cause réelle et sérieuse), n'en est pas moins hybride ».

4° À la cessation d'activité de l'entreprise ».

Comment comprendre cette référence aux difficultés économiques caractérisées, aux mutations technologiques, à la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et enfin à la cessation d'activité de l'entreprise ? Certains auteurs refusent d'y voir l'invocation des éléments permettant de qualifier l'existence d'un licenciement économique en considérant que « cet article fixe les fins admissibles du licenciement pour motif économique »⁷³⁶.

150. À côté de la loi, ce sont également les juges qui fixent, pour certains droits, les finalités pour lesquelles un contractant est fondé à en user. Le régime du mandat d'intérêt commun en fournit un exemple topique dès lors que la rupture unilatérale du contrat doit, lorsqu'elle intervient à l'initiative du mandant et en l'absence de stipulations particulières, s'appuyer sur une « cause légitime reconnue en justice »⁷³⁷. Par ailleurs, c'est une fois encore le droit du travail qui illustre le mieux cette attitude des juges consistant à encadrer, parfois même en dehors de toute prescription légale les invitant à le faire, les finalités d'exercice des prérogatives d'une partie en recourant à un standard de justification⁷³⁸. Plusieurs décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation témoignent à ce titre de l'existence d'un contrôle, notamment en matière disciplinaire, des pouvoirs de l'employeur au regard de l'intérêt de l'entreprise⁷³⁹. Le contentieux relatif à la mise en œuvre par l'employeur des clauses de mobilité en donne un exemple⁷⁴⁰.

151. De manière générale, que ce soit l'intérêt social, l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt public ou encore celui de l'enfant, le recours à la notion d'intérêt manifeste l'existence de finalités assignées à l'exercice d'une prérogative, autrement dit d'une

⁷³⁶ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 251, p. 127. V. déjà en ce sens, A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc.* 2002, p. 258.

⁷³⁷ Par ex. Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-21.368 : CCC 2002, n° 75, note L. LEVENEUR.

⁷³⁸ Rappr. P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 236, p. 247 : « Le droit français ayant fait le choix d'adopter un standard (la cause réelle et sérieuse) plutôt que de dresser une liste de motifs admissibles de licenciement, l'employeur est libre dans la définition de son motif à la condition qu'il soit, d'une part précis et matériellement vérifiable (motivation), d'autre part réel et sérieux (justification) ».

⁷³⁹ Par ex. Cass. soc., 6 nov. 1959, n° 58-40.133 : « le pouvoir disciplinaire est exercé par l'employeur dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise ». V. égal. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 234, p. 120 « Sous l'impulsion d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation a progressivement contrôlé la rupture du contrat de travail et le pouvoir disciplinaire à partir de la finalité poursuivie par l'employeur ».

⁷⁴⁰ V. F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 626, p. 516 : « Dépassant le seul contrôle de l'abus de droit, les magistrats imposent désormais que la clause soit appliquée dans l'intérêt légitime de l'entreprise et que son jeu soit limité à un espace géographique ».

limitation des raisons d'agir de celui qui en est le titulaire⁷⁴¹. Il est permis de considérer avec Mme Boucris-Maitral que « l'intérêt social et l'intérêt de l'entreprise doivent [...] servir de "boussoles" au titulaire du pouvoir et d'instrument de mesure au juge appelé à exercer son contrôle. Ces deux fonctions sont dans un sens liées, car la potentialité d'un contrôle stimule sans doute une prise de décision conforme à certaines valeurs et exigences »⁷⁴². Ainsi, tant l'exigence de respect des finalités assignées à l'exercice d'un droit que le contrôle qui en découle confèrent à celui-ci un caractère finalisé.

152. Mobiles ou motifs d'exercice du droit ? – Selon la célèbre formule de Ihering, « point d'action sans but ». Il en résulte que tout acte de volonté serait nécessairement effectué en vue de la réalisation d'un but. Un tel but constitue ce qu'il est convenu d'appeler les mobiles du sujet de droit. Dédire de la seule présence de tels mobiles le caractère finalisé d'un acte ruinerait l'intérêt d'établir une catégorie de droits finalisés dans la mesure où cela reviendrait à admettre que tous les actes sont nécessairement finalisés. En effet, « par définition même, un acte juridique est un acte destiné, par la volonté même de son auteur, à produire des effets de droit »⁷⁴³. Par conséquent, le seul fait que l'exercice d'un droit soit dicté par certains mobiles particuliers ne saurait suffire à en établir le caractère finalisé. Ce qui en fait une prérogative finalisée, c'est le fait que la loi, le juge ou encore le contrat n'en autorisent l'exercice que pour certains motifs concrets. L'exigence de justification assortissant la mise en œuvre d'un droit constitue ainsi le critère le plus pertinent de caractérisation des droits finalisés dans le contrat⁷⁴⁴.

153. Dans un ouvrage consacré aux mobiles dans les actes juridiques privés, Josserand écrivait que « les mobiles nous apparaissent comme les divers sentiments, les divers intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée ;

⁷⁴¹ En ce sens, A. LYON-CAEN, « Juger la gestion », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 19 et s., spéc. p. 20.

⁷⁴² G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 1, p. 26.

⁷⁴³ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2000, p. 301 et s., spéc. n° 6, p. 309.

⁷⁴⁴ Comp. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 5, p. 307 : « l'obligation de motivation va en réalité de pair avec le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ait limité les mobiles ».

avec eux, nous pénétrons vraiment dans le for intérieur des parties ; nous touchons et à la finalité de leurs actes et à leur détermination, nous scrutons le passé en même temps que nous interrogeons l'avenir »⁷⁴⁵. L'auteur répartit les mobiles en deux classes distinctes. D'une part, le mobile déterminant ou causal qui relève du passé de l'acte et entretient avec celui-ci un rapport de causalité ; d'autre part, le mobile-but ou téléologique qui se rattache à l'avenir de l'acte et vise la finalité poursuivie, le but⁷⁴⁶. Tandis que le mobile déterminant se rapporte à la cause impulsive, le mobile téléologique renvoie à la cause finale de l'acte. De ces éléments, il résulte que le mobile renverrait dans toutes ses acceptions à la subjectivité de la personne agissante. En outre, les termes mobile et motif sont souvent considérés comme équivalents⁷⁴⁷. Une différence peut pourtant être établie entre le mobile, élément psychologique et partant subjectif, et le motif, raison objective qui fonde l'action du contractant⁷⁴⁸. La justification de l'exercice du droit se rapporte à la question des motifs du contractant⁷⁴⁹. Dans cette perspective, le caractère finalisé du droit résulte de l'encadrement et du contrôle des motifs du contractant⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ L. JOSSE-RAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 14, p. 18.

⁷⁴⁶ Rapp. N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, th. Université de Bourgogne, 2010, n° 115 : « Ainsi, finalité et but sont deux notions parfaitement équivalentes [...] » ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 5, p. 307 : « L'obligation de motivation renvoie en outre au mobile de l'acte, à sa finalité. Elle signifie que le contractant ne peut faire un acte juridique, utiliser un droit, qu'à la condition que cela soit motivé par un but particulier ». Comp. N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, th. Paris II, 2018, n° 128 : « À l'inverse du but, la finalité induit l'idée d'une direction, d'une incarnation de l'entité au service d'une fin ; elle dépasse la cible pour embrasser tout le mouvement. Les notions demeurent toutefois proches ».

⁷⁴⁷ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 150, p. 98-99. V. égal. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 193, spéc. note de bas de page 253 : « Les divergences de définition entre "motif" et "mobile" sont telles qu'on se sent [...] contraint d'utiliser un terme pour l'autre ».

⁷⁴⁸ Pour une distinction entre le mobile et le motif, E. LAFUMA, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 180 et s., p. 117 et s.

⁷⁴⁹ Rapp. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, V° « Justification », p. 332 : « Activité qui consiste à chercher les raisons d'une action, ou des raisons pour soutenir une décision, une opinion ou autre expression symbolique, sur le motif qu'elle est juste ou qu'elle est rationnelle ».

⁷⁵⁰ Rapp. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, n° 416, p. 340-341 : « [...] l'existence des motifs permet de justifier une décision ayant pour finalité de produire des conséquences juridiques. C'est en ce sens que l'on parle, en droit privé, de l'exigence de "justes motifs" de la rupture unilatérale d'un contrat ou d'un "contrôle des motifs de la rupture" ».

154. Distinction entre les raisons et la manière d’agir. – Est-il permis de réaliser une distinction, au sein des conditions d’exercice des droits⁷⁵¹, entre les raisons autorisant un contractant à prendre une décision et le comportement que celui-ci est tenu d’adopter à l’occasion de sa prise de décision ? Une réponse positive s’impose dans la mesure où l’encadrement positif des motifs d’exercice d’un droit vise exclusivement les raisons de l’action et se distingue de la question du comportement du contractant. La nécessité de respecter la finalité d’exercice d’un droit, qui se manifeste par un impératif de justification des raisons d’agir, pourrait de la sorte être distinguée des directives comportementales imposées au contractant et plus particulièrement de l’exigence de bonne foi.

155. La proposition de distinguer les motifs du sujet agissant de son comportement n’est pas nouvelle puisqu’elle se trouve déjà esquissée dans un fragment d’une lettre de Blaise Pascal dans laquelle il écrivait que « pour bien reconnaître si c’est Dieu qui nous fait agir, il vaut bien mieux s’examiner par nos comportements au-dehors, que par nos motifs au-dedans »⁷⁵². En outre, le langage courant invite à ne pas assimiler les motifs au comportement de l’individu. Ainsi, les dictionnaires de la langue française définissent généralement le comportement comme la « manière de se comporter »⁷⁵³, la « manière d’être ou d’agir d’une personne »⁷⁵⁴ et le motif comme un « mobile psychologique », une « raison d’agir »⁷⁵⁵. Conformément au sens couramment donné à ces termes, le comportement et le motif désigneraient donc deux facettes distinctes de l’agir humain : la manière, d’une part, et la raison, d’autre part. Cette dualité de l’agir humain se retrouve-t-elle également en droit ? Présent aussi bien dans les dispositions légales⁷⁵⁶ que dans la motivation retenue par les juges⁷⁵⁷, le terme « comportement » reste largement

⁷⁵¹ De manière générale, sur ces conditions, F. CHENEDE, « Les conditions d’exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709 et s.

⁷⁵² B. PASCAL, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. La Pléiade, p. 525, cité par B. FAGES, in *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 2, p. 14.

⁷⁵³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert – VUEF, 2002, V° « Comportement » (sens 1).

⁷⁵⁴ Cf. site du CNRTL (www.cnrtl.fr), V° « Comportement ».

⁷⁵⁵ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert – VUEF, 2002, V° « Motif » (sens 1).

⁷⁵⁶ Il en va ainsi de l’article 1113, alinéa 2, du Code civil qui vise le comportement de l’auteur d’une offre ou d’une acception ainsi que de l’article 1156, alinéa 1, du Code civil qui se réfère au comportement du représenté.

⁷⁵⁷ Cf. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : « 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 ».

ignoré des dictionnaires juridiques⁷⁵⁸. À ce constat s'ajoute celui de la rareté des études ayant pour objet le comportement des parties dans les rapports contractuels⁷⁵⁹. Faut-il en déduire que le comportement n'acquiert aucune spécificité dans le discours juridique par rapport au sens qu'en donne le langage courant ? M. Fages propose de définir le comportement du contractant comme « la manifestation, par celui-ci, d'un ou plusieurs faits susceptibles de caractériser une manière d'être ou d'agir particulière de sa part, et distincts des actes purement juridiques ou matériels se rapportant au contrat »⁷⁶⁰ ou encore « une sorte de proposition circonstancielle de manière »⁷⁶¹. Puisque le comportement est affaire de manière⁷⁶², il ne saurait être confondu avec l'action elle-même. En effet, parmi la multitude d'actes susceptibles d'être réalisés par le contractant, seuls certains d'entre eux seraient révélateurs d'un comportement au sens strict⁷⁶³. Ces divers éléments de distinction entre le comportement et les motifs du contractant se vérifient-ils en droit positif des contrats ? En d'autres mots, le droit des contrats appréhende-t-il, s'agissant de l'exercice par un contractant de ses droits, les motifs et le comportement – les raisons et la manière d'agir – comme deux composantes distinctes de l'action humaine ? Formulée autrement, la question est celle de savoir si le contrôle des causes légitimes d'exercice d'un droit se rattache à une certaine « déontologie du contrat »⁷⁶⁴ ou si, au contraire, il s'en éloigne. Répondre à ces interrogations permettra de déterminer si la nécessité pour un contractant de respecter les finalités assignées à l'exercice d'un droit figure parmi les exigences comportementales auxquelles l'action du contractant se trouve soumise.

⁷⁵⁸ Ni le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, ni le *Lexique des termes juridiques* ou encore le *Dictionnaire du vocabulaire juridique* n'en donnent une définition.

⁷⁵⁹ V. cependant, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997.

⁷⁶⁰ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 9, p. 20.

⁷⁶¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 12, p. 22.

⁷⁶² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert – VUEF, 2002, V° « Manière » (sens 1).

⁷⁶³ En ce sens, certains actes du contractant ne seraient pas constitutifs d'un comportement à proprement parler mais d'un « simple agissement juridique », B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 11, p. 21.

⁷⁶⁴ L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », in *Cycle Droit et technique de cassation*, 2006 (disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation). L'auteur définit la déontologie comme « l'ensemble de règles de comportement, en marge du cœur même de la relation contractuelle, précédant la conclusion du contrat, gouvernant son exécution et parfois sa cessation ; et ceci, afin de permettre au contrat d'être individuellement et socialement profitable » (spéc. n° 3). Rapp. à propos du droit d'auteur, Ch. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur, Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3 et s., spéc. p. 55 : « [...] la notion d'abus de droit permet de préciser, aux titulaires des prérogatives, la façon dont ils doivent les exercer. Ainsi, appliquée à notre discipline, l'abus de droit permet de déterminer un "code de bonne conduite à l'usage des auteurs qui exercent leurs droits" ».

156. Les développements suivants seront principalement ordonnés dans deux directions. Tout d'abord, il s'agira de démontrer que les juges sanctionnent fréquemment le comportement d'une partie sans que soient envisagés les motifs de son action. Ensuite, prenant le point de départ inverse, il s'agira de prouver que le contrôle judiciaire de la légitimité des motifs d'exercice d'un droit n'implique pas une appréciation du comportement du contractant.

157. En premier lieu, il est remarquable que de nombreuses décisions sanctionnent un manquement du contractant au devoir de loyauté à partir d'un examen des circonstances de l'exercice du droit et ce à l'exclusion de toute considération relative aux motifs⁷⁶⁵. Les auteurs s'accordent à considérer que l'exigence de bonne foi constitue une norme comportementale⁷⁶⁶. Cette exigence de nature comportementale implique notamment un devoir de loyauté et de coopération envers le cocontractant⁷⁶⁷. C'est ce qu'illustre le célèbre arrêt *Les Maréchaux* duquel il ressort que le juge peut, sur le fondement de l'exigence de bonne foi, sanctionner l'usage déloyal des prérogatives contractuelles⁷⁶⁸. Le devoir de loyauté permet ainsi au juge de réaliser un contrôle de l'usage des droits que le contractant tire du contrat⁷⁶⁹. Ce contrôle fondé sur l'exigence comportementale de bonne foi s'apparente à un examen de la manière d'agir du contractant

⁷⁶⁵ Par ex. Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.654 : *Defrénois* 1995, p. 749, obs. Ph. DELEBECQUE – Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-12.282 : *D.* 2007, p. 1592, obs. CHEVRIER ; *CCC* 2007, n° 202, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁷⁶⁶ V. par ex., A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 507, p. 257 : « L'exigence de bonne foi étant une exigence générale de bien se comporter, elle pèse toujours sur l'employeur, qu'il agisse en qualité de contractant ou non ». R. JABBOUR évoque quant à elle un « devoir de comportement », in *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. de L. AYNES, LGDJ, 2006, n° 133, p. 120. V. égal. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec-Dalloz, 2011, p. 61 et s., spéc. n° 15, p. 78 : « l'article 1134, alinéa 3 fait peser sur les contractants une exigence comportementale » ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, Economica, 10^e éd., 2021, n° 539, p. 529 : « [...] la bonne foi n'existe qu'à travers le comportement du débiteur ou du créancier, c'est-à-dire la façon dont il exerce ses droits ou exécute les obligations ».

⁷⁶⁷ V. en ce sens, B. FAGES, th. préc., n° 558, p. 301 et n° 569, p. 308. V. égal. L. AYNES, « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, *APD* 2000, t. 44, p. 195 et s. spéc. p. 197.

⁷⁶⁸ Cass. com., 10 juill. 2007, 06-14.768 : *D.* 2007, p. 1955, note X. DELPECH, *ibid.* p. 2839, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.* p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS, *ibid.* p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2007, n° 294, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES. Plus récemment sur la question du contrôle des prérogatives contractuelles, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 1312.

⁷⁶⁹ Pour une distinction entre la « loyauté du contractant » et la « loyauté contractuelle », Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec/Dalloz, 2011, p. 121 et s., spéc. n° 6, p. 123. Comp. J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 115-116.

et n'englobe pas l'appréciation des raisons d'agir du titulaire du droit⁷⁷⁰. Toutefois, la référence à l'abus des droits brouille quelque peu les contours de la distinction entre motifs et comportement⁷⁷¹. En effet, alors que le devoir de ne pas commettre d'abus dans l'usage des droits est souvent présenté comme une norme comportementale⁷⁷², la caractérisation d'un abus n'est pas toujours étrangère à la question des motifs. Faut-il en déduire que l'examen du comportement du contractant peut conduire à porter un jugement sur les motifs d'exercice de son droit ? Les juges opèrent parfois un rapprochement entre les raisons d'agir et la manière d'agir du contractant, notamment en établissant un lien entre la caractérisation d'un abus et l'absence de motifs⁷⁷³.

158. Certains estiment cependant, à juste titre, qu'il demeure possible d'opérer une distinction entre l'appréciation du comportement du contractant au regard de l'exigence de bonne foi et le contrôle des raisons de l'exercice d'un droit. Dans une démarche similaire, M. Stoffel-Munck propose une distinction entre l'«abus par déloyauté» et l'«abus par détournement»⁷⁷⁴. L'abus par déloyauté serait constitué par le non-respect de l'exigence de bonne foi et relèverait, à ce titre, de l'ancien article 1134, alinéa 3, [devenu 1104] du Code civil. Dans ce cas, il est question d'apprécier le comportement du sujet de droit à qui il est reproché un acte abusif. Selon l'auteur, l'abus s'identifie alors à une faute du contractant. À l'inverse, l'abus par détournement viserait

⁷⁷⁰ En ce sens, s'agissant du contrôle des pouvoirs de l'employeur, A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 531, p. 269.

⁷⁷¹ En ce sens, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. de L. AYNES, Postface de F. TERRE, LGDJ, 2012, n° 539, p. 279 : « L'exercice non-abusif du droit potestatif est une exigence théorique qui se décline en un impératif de respect de la finalité du pouvoir et un impératif de comportement loyal ».

⁷⁷² V. par ex., D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 et s., spéc. n° 36, p. 672. L'auteur parle des « normes classiques de comportement que sont la sanction de l'abus et l'exigence de bonne foi » ; R. JADDOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. de L. AYNES, LGDJ, 2016, n° 162, p. 135 : « Afin de montrer l'unité des notions de bonne foi et d'abus, il convient de mettre en évidence le rôle décisif que joue le comportement dans l'enclenchement de ces deux mécanismes de contrôle ».

⁷⁷³ V., par ex., CA Paris, 15^e Ch. A, 24 oct. 2000 : *D.* 2001, p. 302, obs. X. DELPECH : « Considérant que l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire ». V. égal. J. MESTRE, « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », in *Dossier, L'abus dans le droit des affaires, Dr. et patr.* 2000 : « [...] l'abus est, selon les cas, caractérisé, par la brutalité de la séparation ou par son absence de motif légitime » ; B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1999, fasc. n° 6, p. 11 et s., spéc. n° 37, p. 17 : « [...] les tribunaux retiennent l'abus lorsque le fournisseur désireux de mettre fin à la relation contractuelle n'a même pas pris la peine de donner à son cocontractant une raison valable ».

⁷⁷⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000. V. égal. sur cette hypothèse, A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 562, p. 281. Comp. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 639 et s., spéc. n° 2, p. 641 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 et s., spéc. n° 17.

l'hypothèse d'un détournement d'une prérogative contractuelle, c'est-à-dire de la méconnaissance de la fonction assignée par la clause à l'exercice du droit et relèverait cette fois de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 [devenu 1103] du Code civil. En d'autres termes, la proposition émise revient à déconnecter le contrôle du respect des finalités assignées à l'exercice des prérogatives contractuelles de l'exigence de bonne foi. Ainsi, la caractérisation d'un abus ne correspondrait pas systématiquement à celui d'un mauvais comportement du contractant⁷⁷⁵.

159. En définitive, bien que l'exigence de motifs légitimes se rapproche dans une certaine mesure des directives comportementales⁷⁷⁶, celle-là constituant comme celles-ci un moyen d'encadrement de l'exercice des droits d'un contractant, elle s'en distingue toutefois⁷⁷⁷. L'appréciation de la légitimité des raisons pour lesquelles un droit est exercé se conçoit parfaitement sans qu'il soit nécessaire d'analyser la manière d'agir du contractant. Lorsqu'il est par exemple question de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ou d'un juste motif de révocation du dirigeant de société⁷⁷⁸, le contrôle juridictionnel porte sur les raisons invoquées à l'appui de ces décisions et non la manière d'agir de celui qui en est l'auteur⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Estimant cependant que « la recherche des motifs dans la vérification de l'abus ne permet pas d'occulter l'analyse du comportement, et pour cause, le juge évalue les motifs de mise en œuvre de la prérogative, à l'aune d'une manière d'agir dans le contrat », R. JADDOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. de L. AYNES, LGDJ, 2016, n° 162, p. 135.

⁷⁷⁶ Pour une distinction au sein des diverses contraintes comportementales entre devoir et incombance, B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017, n° 331. L'auteur définit notamment l'incombance comme « une contrainte comportementale pesant sur le contractant titulaire d'un droit limitant *ab initio* l'aléa lié à sa mise en œuvre, et qu'il doit observer préalablement à son exercice s'il veut pouvoir en jouir ultérieurement » (spéc. n° 331, p. 293).

⁷⁷⁷ Rappr. F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 103.58, p. 477 : « Que le droit de résilier le contrat ne doive pas être exercé de manière abusive n'oblige pas pour autant l'auteur de la résiliation à indiquer les motifs de celle-ci, ou à démontrer qu'elle était fondée sur un juste motif (Com. 15 déc. 1969, *Bull. civ. IV*, n° 384) ».

⁷⁷⁸ Comp. en cas de révocabilité *ad nutum* du dirigeant, Cass. com., 24 févr. 1998, n° 95-12.349 : « La révocation du directeur général d'une société anonyme peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle est accompagnée de circonstances qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction ».

⁷⁷⁹ Rappr. en matière de licenciement, G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2020, n° 450, p. 575 : « [La théorie de l'abus de droit] a continué à être utilisée là où elle conservait une utilité, à savoir pour le contrôle non plus des motifs mais des circonstances du licenciement ».

§2 : Le contenu des motifs d'exercice du droit

160. La détermination des traits communs des motifs admissibles (I) précèdera l'ébauche d'une typologie de ces derniers (II) afin de préciser le contenu des motifs d'exercice des droits des contractants.

I- Les éléments caractéristiques des motifs admissibles

161. Dès lors qu'un droit est finalisé, son titulaire est tenu de disposer de motifs admissibles pour en faire usage. Il convient par conséquent de déterminer les critères permettant de faire le départ entre les motifs admis et ceux qui ne le sont pas. Dit autrement, comment la référence au caractère « juste », « légitime » ou encore « valable » du motif s'analyse-t-elle ? Tout d'abord, la légitimité du motif implique, négativement, l'absence d'illégitimité de celui-ci (A). Le motif doit alors passer le filtre de la licéité, un motif illicite ne pouvant constituer un motif justificatif. Ce n'est qu'une fois cette étape franchie que sera être appréciée, dans son versant positif, la légitimité du motif d'exercice du droit. Afin de revêtir le qualificatif de « légitime » ou de « juste », il est généralement nécessaire que le motif présente encore deux caractères. Il doit être suffisamment précis (B) et sérieux (C).

A- L'absence d'illégitimité du motif

162. Des divers sens de la légitimité. – Lorsque le législateur ou le juge limitent expressément les motifs pour lesquels un contractant est fondé à exercer un droit, il est généralement fait mention de leur caractère « légitime »⁷⁸⁰, « valable »⁷⁸¹ ou encore « juste »⁷⁸². L'ensemble de ces termes renvoie à une seule et même exigence : celle de la légitimité des raisons d'agir du contractant. Le terme « légitimité » fait l'objet de plusieurs acceptions. D'un point de vue étymologique, il provient du latin *legitimus* qui désigne ce qui est posé par la loi, conforme au droit⁷⁸³. Ainsi comprise, la légitimité constitue une

⁷⁸⁰ Par exemple, l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 prévoit notamment que le bailleur d'un bail d'habitation est fondé à congédier le preneur dès lors qu'une telle décision se trouve justifiée par un « motif légitime et sérieux ».

⁷⁸¹ La convention n° 158 de l'OIT, relative au licenciement, impose à l'employeur de rapporter la preuve d'un « motif valable de licenciement » (article 4).

⁷⁸² Par exemple, l'article 1851 du Code civil mentionne le « juste motif » de révocation du gérant de société civile.

⁷⁸³ En ce sens, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, V° « Légitime », p. 604.

autre manière de parler de la légalité. En ce sens, aborder la question de la légitimité de l'exercice d'un droit revient à en apprécier la licéité, autrement dit que les conditions légales de mise en œuvre de la prérogative soient effectivement respectées. À côté de cette légitimité, pouvant être qualifiée de formelle, existe une légitimité plus substantielle renvoyant à un ensemble de valeurs⁷⁸⁴. Dans cette seconde perspective, la légitimité désignerait ce qui possède un caractère justifié. Une telle conception de la légitimité se trouve exprimée dans les dispositions légales exigeant explicitement que l'exercice d'un droit réponde à l'exigence d'un « juste » motif ou encore d'un motif « légitime ». Ainsi, la légitimité « désigne la conformité d'une décision à des valeurs socialement reconnues et partagées »⁷⁸⁵ ou encore ce qui est « digne d'être pris en considération (et parfois plus activement, propre à justifier ou à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social »⁷⁸⁶. Ces divers sens de la légitimité cohabitent en droit des contrats puisque l'examen de la licéité du motif d'exercice du droit se distingue de celui de sa légitimité. À ce titre, le droit du travail sanctionne le licenciement prononcé pour un motif illicite par la nullité alors que le licenciement décidé sans cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire injustifié, donne principalement lieu au versement d'indemnités⁷⁸⁷. Licéité et légitimité ne peuvent donc être totalement assimilées. Quoi qu'il en soit, reconnaître la légitimité d'un motif, en ce sens qu'il serait apte à justifier un acte, ne peut se concevoir qu'à partir du moment où celui-ci n'est pas prohibé par la loi. La licéité du motif, autrement dit sa conformité aux exigences légales, constitue la condition *sine qua non* de sa légitimité⁷⁸⁸. Dès lors, l'étude des caractères du motif légitime conduit, en premier lieu, à s'enquérir de sa licéité. Pour reprendre les mots de Josserand, « la notion du motif légitime comporte, comme contrepartie, celle du motif illégitime qui lui fait une antithèse constante, aussi nécessaire

⁷⁸⁴ Sur ces deux sortes de légitimité, A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, V^o « Légitimité », p. 343 et s., spéc. n^o 5, p. 344.

⁷⁸⁵ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris-X-Nanterre, 2004, n^o 17, p. 9.

⁷⁸⁶ En ce sens, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, V^o « Légitime », p. 604. *Adde* une des définitions données par le Centre national de ressources textuelles et lexicales (disponible sur le site internet www.cnrtl.fr) du terme « légitime » : « Qui est dicté, justifié, explicable par le bon droit, le bon sens, la raison ».

⁷⁸⁷ F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n^o 721 et s., p. 582 et s.

⁷⁸⁸ En ce sens à propos du licenciement, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n^o 750, p. 446-447 : « Pour être justifié, le licenciement doit d'abord être licite, c'est-à-dire conforme aux conditions légales du licenciement. [...] Surtout, au-delà de ce contrôle juridique, la cause doit, selon notre terminologie, être légitime. Comme pour les autres hypothèses, elle doit être utile ».

que celle de l'ombre avec la lumière, et dont la valeur pratique est au moins égale sinon supérieure à la sienne »⁷⁸⁹. À travers un examen préalable des motifs considérés comme illicites, se profilera donc en creux la consistance du motif licite et ainsi, de manière médiate, celle du motif légitime⁷⁹⁰.

163. Des diverses sources d'illicéité du motif. – L'illicéité du motif semble avoir principalement deux origines. Elle peut résulter soit d'une interdiction posée expressément par le législateur soit, dans certaines situations, d'une atteinte portée aux droits fondamentaux de la personne du cocontractant. Il arrive d'ailleurs que ces deux situations se recourent, notamment lorsque des dispositions légales reconnaissent expressément le caractère illicite de certains motifs à raison de leur caractère discriminatoire.

164. S'agissant du droit du travail, il a été affirmé en ce sens que « les hypothèses où, soit en vertu d'une prohibition expresse, soit en vertu des principes généraux du droit, une cause doit être exclue comme illicite sont rares ; mais elles portent, toujours, sur des points importants où les droits fondamentaux du salarié sont en cause »⁷⁹¹. Les articles 1132-1 et suivants du Code du travail prohibent une série de motifs variés qui sont considérés comme illicites en raison de leur caractère discriminatoire et pour lesquels l'employeur n'est par conséquent pas fondé à réaliser certains actes. Il convient toutefois de préciser qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination prohibée dès lors qu'elle s'avère justifiée par un but légitime⁷⁹². Non seulement tout motif

⁷⁸⁹ L. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. de 2006, n° 300, p. 407.

⁷⁹⁰ Rapp. X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890 et s., spéc. n° 2 : « En réalité, le motif réel et sérieux n'est rien d'autre que le motif licite et là où le droit civil pose une présomption de licéité, le droit du travail exige de l'employeur qu'il se justifie ».

⁷⁹¹ Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassations sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 980 s. V. égal. F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 717, p. 581.

⁷⁹² V. par ex., l'article L. 1133-2 du Code de travail qui dispose : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés ». Il en est de même au plan pénal puisqu'il résulte de l'article 225-3 du Code pénal que certaines discriminations, pourtant fondées sur des motifs prohibés par les articles 225-1 et 225-2, échappent à toute sanction dès lors qu'elles remplissent les conditions fixées par le texte. C'est le cas des « discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objet soit légitime et l'exigence proportionnée » (art. 225-3, 3^o, C. pén.).

discriminatoire n'est pas condamnable *per se*, mais il apparaît en outre que sont seulement prohibés les motifs discriminatoires expressément visés par le législateur. Selon M. Loiseau, « le droit n'interdit pas toutes les discriminations et pour les mêmes motifs d'une espèce contractuelle à une autre »⁷⁹³. L'auteur ajoute qu'« il existe, dans l'ordre contractuel, des discriminations prohibées et d'autres qui peuvent légitimement fonder des choix contractuels »⁷⁹⁴.

165. La législation relative aux baux d'habitation prohibe également certains motifs en ce qu'ils constituent une discrimination illicite. L'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, tel que modifié par la loi ALUR, pose une interdiction au bailleur de refuser la location d'un logement en raison de l'un des motifs discriminatoires prévus par l'article 225-1 du Code pénal. Au sens de ce dernier texte, serait notamment constitutif d'une discrimination un refus de location fondé sur l'état de santé, l'âge, l'identité sexuelle ou encore sur les opinions politiques du locataire. La mise en œuvre d'un tel principe de non-discrimination dans le domaine locatif⁷⁹⁵ a par exemple conduit les juges à sanctionner le bailleur qui refusait de louer le logement à un candidat locataire en raison de sa nationalité⁷⁹⁶ ou encore de son nom patronymique⁷⁹⁷.

166. Bien que ne faisant pas l'objet d'une interdiction légale, d'autres motifs sont également considérés comme illicites en ce qu'ils portent une atteinte injustifiée aux droits et libertés fondamentaux du contractant. Plusieurs illustrations peuvent là encore être tirées du droit du licenciement. La jurisprudence considère par exemple que l'exercice par un salarié de sa liberté d'expression ne saurait fonder un licenciement à son encontre⁷⁹⁸. Il en va également de la sorte des motifs tirés de la vie privée du salarié. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, l'employeur n'est en principe pas fondé à s'appuyer sur un motif relatif à la vie privée du salarié pour légitimer la rupture unilatérale d'un contrat de

⁷⁹³ G. LOISEAU, « Petites leçons de droit social sur le profilage des discriminations », *RDC* 2010, p. 1436.

⁷⁹⁴ G. LOISEAU, « Petites leçons de droit social sur le profilage des discriminations », *RDC* 2010, p. 1436.

⁷⁹⁵ V. not. sur ce point, S. BEAUGENDRE, « Les rapports locatifs à l'épreuve de la modernisation sociale », *AJDI* 2002, p. 350 ; C. NIVARD, « Le droit au logement combiné avec le principe de non-discrimination », *RDSS* 2015, p. 241. Pour une étude plus générale du principe de non-discrimination dans les rapports contractuels, M. DREANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, préf. de É. SAVAUX, avant-propos de G. LOISEAU, Dalloz, 2018.

⁷⁹⁶ Par ex., TI Montpellier, 3 avr. 2008 : *Rev. Loyers* 2008, p. 321, obs. FERRAND.

⁷⁹⁷ Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354.

⁷⁹⁸ Par ex. CA Riom, 2 mars 1987 : *D.* 1987, p. 427, note E. WAGNER.

travail⁷⁹⁹. Une telle exclusion des motifs non professionnels s'explique par la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux du salarié⁸⁰⁰. Par ailleurs, l'indifférence de principe quant au motif tiré de la vie privée du salarié semble manifester l'exigence plus générale d'un lien entre le motif d'exercice du droit et l'objet du contrat. Pour ce qui est du droit de licencier le salarié, manifestation du pouvoir de direction de l'employeur, le motif de licenciement doit pouvoir être rattaché à la relation professionnelle de travail. L'exigence d'un tel lien explique que les juges reconnaissent à l'employeur la faculté de licencier le salarié lorsque son comportement, bien que relevant de sa vie privée, cause néanmoins un trouble objectif au sein de l'entreprise⁸⁰¹. En effet, « il ne s'agit pas alors de déroger au principe de neutralité de la vie privée ; c'est parce qu'il présente un caractère professionnel que le trouble est susceptible de fonder une rupture du contrat pour un motif non-disciplinaire »⁸⁰².

167. Détermination de la légitimité du motif par un for externe. – Dès lors que le titulaire d'un droit demeure libre de fixer lui-même les motifs pour lesquels il l'exerce, en dehors de toute possibilité de contrôle de leur légitimité, il dispose dans les faits d'un pouvoir d'action discrétionnaire. En d'autres termes, si exiger un motif légitime d'exercice conduit en principe à finaliser l'exercice d'un droit, reconnaître dans le même temps à son bénéficiaire la liberté d'en déterminer le contenu prive d'effet une telle exigence. En apparence finalisée, une telle prérogative se révélerait en pratique largement discrétionnaire.

168. L'évolution qu'a connue le contrôle du pouvoir de l'employeur en témoigne. Longtemps en cette matière a prévalu la théorie dite de l'employeur « seul juge » de

⁷⁹⁹ V. par ex., Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 89-44.605 : *Bull. civ.* V, n° 512 : « Attendu que si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ». V. dans le même sens, Cass., soc. 30 juin 1992, n° 89-43.840 : *Bull. civ.* V, n° 429.

⁸⁰⁰ F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, 2014, n° 657, p. 451 : « Les éléments tirés de la vie personnelle sont en principe inopérants car portant atteinte aux libertés individuelles des salariés » ; G. LOISEAU, « Le licenciement pour motif tiré de la vie personnelle », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 293 et s., spéc. n° 1, p. 293 : « Il en va du respect de la personne du travailleur qui ne cesse pas avec sa condition de salarié ».

⁸⁰¹ V. par ex. Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.837 : « [...] il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci a créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise ».

⁸⁰² G. LOISEAU, « Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 293 et s., spéc. n° 2, p. 293-294.

l'intérêt de l'entreprise⁸⁰³. D'ailleurs, même postérieurement à l'instauration par la loi du 13 juillet 1973 de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, les juges ont continué pendant un temps à s'abstenir d'apprécier la réalité du motif allégué par l'employeur⁸⁰⁴. Quoiqu'il en soit, en apparence contraint par la nécessité d'exercer son pouvoir conformément à l'intérêt de l'entreprise, l'employeur conservait avant 1973 une très grande liberté d'action en l'absence d'appréciation judiciaire de la conformité de ses décisions à cet intérêt. En ce sens, il a été soutenu que « devenu un droit-fonction qui ne peut être détourné de sa finalité, le licenciement continue à relever des fonctions discrétionnaires [...]. Le pouvoir de rupture est certes sanctionné s'il est exercé dans l'intérêt exclusif, égoïste de l'employeur. Mais le même employeur récupère l'essentiel de ses prérogatives, car il est considéré comme le mieux placé pour décider des besoins de "son" entreprise et des "dé(sen)gagements" qu'ils postulent. [...] La consistance du critère téléologique – auquel il est fait formellement référence – est donc largement illusoire »⁸⁰⁵. De tels propos doivent aujourd'hui être largement nuancés compte tenu de l'évolution du contrôle des prérogatives patronales dans le sens de leur relativisation croissante. Le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse de licenciement ne laisse planer aucun doute quant au caractère finalisé du droit de licencier.

⁸⁰³ V. Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, n° 56-04.323 : *D.* 1958, p. 21, note LEVASSEUR ; *JCP* 1956, II, 9397, note ESMEIN : « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est juge des circonstances qui la détermine à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail ». Par ailleurs sur cette décision, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 452, p. 401 : « Dans l'arrêt *Brinon*, [...] les héritiers ont gain de cause alors qu'ils démantèlent une entreprise viable, pour des motifs tirés de leurs intérêts individuels. C'est le droit du propriétaire qui s'affirme au détriment de l'intérêt de l'entreprise ».

⁸⁰⁴ En ce sens, J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., 2008, p. 463. Rapp. J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 55 et s., spéc. p. 64 : « Le bouleversement introduit par la loi du 13 juillet 1973 est évidemment d'une telle ampleur que le nouveau dispositif mettra près de vingt ans pour produire des changements vraiment substantiels ». V. récemment, J.-M. OLIVIER, « Requiem pour la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 "modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée". Chronique d'une "petite mort" programmée de la cause réelle et sérieuse de licenciement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 291 et s.

⁸⁰⁵ A. DE THEUX, « Les intérêts divergents des parties au contrat de travail transcendés et arbitrés par l'intérêt de l'entreprise ? La légitimité du droit de licencier dans les six États membres originaires de la C.E.E. (licenciement injustifié et licenciement abusif) », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 3, Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 289 et s., spéc. n° 40. Dans le même sens, G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143 et s. : « La référence à l'intérêt de l'entreprise n'est qu'un euphémisme si son appréciation n'est pas vérifiée par le juge ».

169. En définitive, parler de « droit finalisé » n'a véritablement de sens que dans la mesure où la légitimité des finalités poursuivies est susceptible de faire l'objet d'une appréciation par un for externe⁸⁰⁶. C'est à travers l'éventualité d'un examen du bien-fondé de la décision prise par un contractant que se manifeste le caractère finalisé du droit dont elle matérialise l'exercice. Il convient donc de dépasser l'appréciation subjective que se fait le titulaire du droit des raisons de son action et ainsi mettre le destinataire de la décision en mesure de contester celle-ci dès lors qu'il l'estime injustifiée. À défaut, sous les allures d'une prérogative finalisée se dissimulerait en réalité une prérogative laissée à l'entière discrétion de son détenteur. Reconnaître au seul contractant qui agit la possibilité de déterminer le contenu des motifs légitimes reviendrait, *in fine*, à vider de sa substance l'exigence de justification que la référence à une telle formule induit. La finalisation des droits implique donc l'éventualité d'une appréciation par un for externe de la légitimité des motifs invoqués par le contractant. Cet élément entretient un lien avec l'exigence d'objectivité et de précision de ces motifs⁸⁰⁷.

B- La précision du motif

170. L'exigence de précision concerne tant les motifs fournis par le titulaire du droit que le standard de justification venant restreindre les raisons pour lesquelles un contractant est fondé à exercer une prérogative.

171. Exigence de précision du motif invoqué. Une telle exigence de précision se trouve parfois expressément formulée par le législateur. À ce titre, la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 disposait en son article 10, alinéa 1^{er}, comme suit : « quand *un événement précis justifie* que le bailleur personne physique ait à reprendre le local pour des raisons professionnelles ou familiales, les parties peuvent conclure un contrat d'une durée inférieure à trois ans mais d'au moins un an. Le contrat doit mentionner les raisons et

⁸⁰⁶ Rappr. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 17, p. 9 : « Le critère permettant d'identifier les normes portant justification semble dès lors résider dans le contrôle des raisons de l'action par une juridiction, ou à défaut par un tiers ».

⁸⁰⁷ V. à propos du licenciement, A. DE THEUX, « Les intérêts divergents des parties au contrat de travail transcendus et arbitrés par l'intérêt de l'entreprise ? La légitimité du droit de licencier dans les six États membres originaires de la C.E.E. (licenciement injustifié et licenciement abusif) », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 3, Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 289 et s., spéc. n° 34 : « Si le chef a toujours raison, que reste-t-il de l'objectivisation du licenciement ? ».

l'événement invoqués »⁸⁰⁸. Il en va également de la sorte des cas dans lesquels le législateur impose une exigence de motivation du contrat. Ainsi, l'article L. 1242-12 Code du travail exige que le contrat de travail à durée déterminée « comporte la *définition précise de son motif* »⁸⁰⁹. L'exigence de précision peut encore concerner les stipulations contractuelles, comme c'est le cas pour la clause résolutoire. En effet, l'article 1125 du Code civil prévoit notamment que la clause résolutoire « *précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* »⁸¹⁰.

172. En matière de licenciement, les juges assimilaient traditionnellement l'imprécision des motifs fournis par l'employeur dans la lettre de licenciement à une absence de cause réelle et sérieuse⁸¹¹. Une telle jurisprudence a partiellement été remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 qui a modifié les règles applicables à la lettre de licenciement⁸¹². Désormais, l'employeur a la possibilité de préciser, dans un certain délai, les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, et ce même postérieurement à sa notification au salarié. Cette nouveauté législative ne contredit cependant pas l'exigence de précision du motif de licenciement. En effet, l'objectif d'une telle exigence de précision est d'écarter les fallacieux prétextes⁸¹³, les motifs qui ne sont qu'apparents. En ce sens, il ressort des travaux parlementaires relatifs à la loi de 1973, ayant instauré la nécessité d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, que revêt un caractère « réel » la cause qui « présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles »⁸¹⁴. C'est à ce titre que la jurisprudence exige

⁸⁰⁸ Nous soulignons.

⁸⁰⁹ Nous soulignons.

⁸¹⁰ Nous soulignons. V. not. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 570 : « Ce qui est requis, c'est que l'engagement soit précisément identifié comme l'un de ceux dont l'inexécution autorise le créancier à appliquer la clause résolutoire. Le verbe "préciser" a été utilisé à dessein » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 649, p. 599 et s.

⁸¹¹ V. par ex. Cass. soc., 20 oct. 1977 : *JCP CI* 1978, I, 6930, p. 123, n° 13, obs. B. TEYSSIE et R. DESCOTTE.

⁸¹² Article 1235-2, al. 3, du Code du travail.

⁸¹³ G. H. CAMERLYNCK, « Du motif inexact au fallacieux prétexte », *D.* 1959, chron., p. 129. V. égal. R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc n° 15, p. 406 : « Le juge à qui il appartient de dire si la décision est fondée sur un juste motif doit s'attacher à dépister les prétextes et les explications fallacieuses ! ». *Adde* de manière plus générale, L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991, p. 54 : « C'est à des actes justifiables que nous nous intéressons, en tirant toutes les conséquences du fait que les personnes sont confrontées à la nécessité d'avoir à justifier leurs actions, c'est-à-dire non pas à inventer, après coup, de fausses raisons pour maquiller des motifs secrets, comme on se trouve un alibi, mais à les accomplir de façon à ce qu'elles puissent se soumettre à une épreuve de justification ».

⁸¹⁴ JO débats AN, 23 mai 1973, p. 1445. V. égal., F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 446, p. 395 ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2020, n° 456, p. 578.

des motifs objectifs de licenciement, en ce sens que ceux-ci doivent pouvoir faire l'objet d'une appréciation par un for externe, en l'occurrence le juge. Celui-ci vérifie la réalité et l'exactitude des motifs invoqués à l'appui d'une mesure de licenciement. L'exigence d'objectivité du motif doit être bien comprise. Elle ne saurait signifier une exclusion totale des motifs d'ordre subjectif⁸¹⁵ mais plutôt que le motif dont se prévaut le titulaire du droit doit, en toutes circonstances, reposer sur des éléments objectifs⁸¹⁶, autrement dit suffisamment précis pour faire l'objet d'une appréciation judiciaire. C'est ce qui a certainement conduit la chambre sociale à revenir sur jurisprudence en admettant que la perte de confiance par l'employeur ne soit pas constitutive en soi d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Selon M. Lagarde, « rejeter la perte de confiance comme cause de licenciement, ce n'est pas prendre une option sur la cause de licenciement, c'est tout simplement exiger de l'employeur qu'il prenne le temps de la réflexion et s'interroge sur les raisons objectives de cette perte de confiance »⁸¹⁷. En tout cas, l'examen des justifications avancées par l'employeur est aujourd'hui plus approfondi que par le passé dans la mesure où les juges procèdent à une recherche des causes exactes de la décision de licencier.

173. De manière générale, l'exigence de précision du motif répond à un double objectif. Tout d'abord, elle s'explique par la nécessité de permettre au destinataire d'une décision de comprendre les raisons ayant conduit son cocontractant à la prendre et ainsi de juger de l'opportunité d'une contestation judiciaire de celle-ci. Ceci s'observe également au-delà des frontières du droit du licenciement. En ce sens, la jurisprudence estime que le congé donné par le bailleur d'un bail commercial doit contenir des motifs suffisamment précis afin de permettre au preneur de comprendre les griefs qui lui sont reprochés⁸¹⁸. La précision du motif fait l'objet d'une appréciation concrète ce qui conduit à en admettre le

⁸¹⁵ V. B. TEYSSIE, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, 3^e éd., LexisNexis, 2014, n° 1581, : « L'exigence d'une raison objective n'empêche nullement l'employeur d'invoquer un motif ayant trait au caractère du salarié, à ses aptitudes... dès lors que la vérification de sa réalité est possible ». V. égal. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2020, n° 456, p. 579. Sur le même constat en droit des sociétés, R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 10 : « Même le manquement du dirigeant à ses fonctions, qui peut être subjectif, doit pour constituer un juste motif s'appuyer sur des éléments d'appréciation objectifs, qu'il s'agisse de fautes ou de circonstances dépourvues de tout caractère fautif ».

⁸¹⁶ V par exemple, Cass. soc., 21 sept. 2006 : *JCP S* 2007, 1038, note B. BOSSU : « le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs imputables à ce salarié ».

⁸¹⁷ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 82.

⁸¹⁸ Cass. 3^e civ., 24 mars 1999, n° 97-12.448 : *LPA* 11 mai 1999, n° 93, p. 5 et s.

caractère nécessairement relatif. Dès lors que le seuil requis de précision du motif ne peut être donné de manière abstraite, il n'est pas toujours aisé d'établir une frontière étanche entre les motifs suffisamment précis et ceux qui ne le seraient pas⁸¹⁹. Ensuite, la précision du motif a pour but de permettre au juge de contrôler l'existence ainsi que la pertinence du motif allégué par le titulaire du droit dont l'exercice est querellé. La chambre sociale de la Cour de cassation retient que l'imprécision des griefs formulés par l'employeur ne permet pas au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués⁸²⁰. Par ailleurs, s'agissant du droit de l'employeur d'évaluer ses salariés, il a également été jugé que l'appréciation des aptitudes professionnelles du salarié ne doit pas reposer sur des critères « trop imprécis pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle » et qui « nécessitent une appréciation trop subjective de la part de l'évaluateur »⁸²¹. Cela se comprend aisément dans la mesure où un motif formulé de manière trop vague ou imprécise ne permettrait pas au juge de vérifier l'exactitude de la raison invoquée à l'appui d'une décision. À défaut d'être sanctionnée, l'imprécision du motif permettrait de dissimuler derrière des motifs apparents les raisons véritables de l'action, et ce d'autant que celles-ci seraient invouables. Par conséquent, l'exigence de précision et d'objectivité du motif traduit, avant tout, la volonté d'éviter que la décision unilatérale du contractant soit prise de manière irréfléchie⁸²².

174. Influence de l'indétermination du standard de justification sur le contenu des motifs admis. – Il arrive que le législateur, les juges, ou même les parties dans la mesure où une telle faculté leur est reconnue, prédéterminent le contenu des motifs justifiant l'exercice d'un droit. Par exemple, l'article 15-I de la loi de 1989 prévoit que le congé délivré par le bailleur au preneur d'un bail d'habitation peut être justifié par sa décision d'habiter ou de vendre le logement. De la même manière, une clause d'agrément

⁸¹⁹ V. par ex. Cass. 3^e civ., 11 mai 1995, n° 93-18.317.

⁸²⁰ Cass. soc., 31 mai 1978 : D. 1978, inf. rap. 388, obs. J. PELISSIER.

⁸²¹ CA Toulouse, 21 sept. 2011, n° 11/00604 : RDT 2011, p. 705, obs. P. ADAM.

⁸²² Rappr. A. LYON-CAEN, « Juger la gestion », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 19 et s., spéc. p. 22 : « “Raisonner” c'est, d'abord, prendre en compte les circonstances ; autrement dit éviter les généralités. Se défier des préjugés, grâce à la considération attentive des circonstances explique pourquoi, lorsqu'ils contrôlent les raisons d'une décision, les juges sont préoccupés des faits et de leur établissement. L'exigence dite “d'objectivité” n'est pas loin, si l'on veut bien y voir l'obligation d'ausculter les circonstances et de sélectionner celles qui ont un poids dans le processus de décision » ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. de L. AYNES, Postface de F. TERRE, LGDJ, 2012, n° 432, p. 242 : « Ainsi la motivation contribue à prémunir contre l'arbitraire qui menace de marquer l'usage du pouvoir. La justification qu'elle nécessite empêche le contractant d'agir de façon impulsive, puisqu'il se trouve tenu d'objectiver les raisons de sa décision afin de les énoncer ».

pourrait limitativement fixer les motifs pour lesquels l'agrément du candidat peut être refusé⁸²³. Les finalités pour lesquelles un contractant peut légitimement faire usage d'un droit peuvent donc être déterminées *a priori* de manière très concrète, de sorte que leur contenu ne serait susceptible d'aucun élargissement. Toutefois, dans la plupart des cas, l'exigence de justification de l'exercice d'un droit se présente sous forme d'un standard juridique⁸²⁴. Les références au standard du « juste motif » ou aux notions équipollentes finalisent l'exercice des droits du contractant. De manière délibérée, le législateur n'enferme pas ces standards de justification dans des contours rigides, ce qui conduit certains auteurs à y voir une « technique législative d'imprévisibilité organisée »⁸²⁵ ou encore « des notions-cadres, volontairement floues, dont le juge est implicitement chargé de définir le contenu »⁸²⁶. À défaut de définition légale de ces notions, c'est naturellement au juge qu'il incombe d'en établir le contenu au gré d'interprétations successives⁸²⁷. Selon une formule empruntée à Carbonnier, « le disque va tourner entre les mains du juge. Mais il ne tourne pas au hasard. Il existe des directions, des critères de variabilité »⁸²⁸.

175. Dès lors, un standard de justification peut-il, en dépit de sa relative indétermination, constituer un outil de finalisation des droits ? Autrement dit, l'indétermination de la norme serait-elle la source d'un pouvoir discrétionnaire ? C'est principalement la doctrine administrativiste qui, semble-t-il, s'est intéressée à la question. À ce titre, il a été soutenu que « la source de la discrétionnalité, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l'action. Dès que, sur un point quelconque, sous un rapport quelconque, l'action à accomplir par le sujet n'est pas

⁸²³ Sur une telle possibilité, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd., 2017, n° 948, p. 297.

⁸²⁴ V. égal. en ce sens, X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, LGDJ 2000, p. 73 et s., spéc. p. 81 : « Contrôler la pertinence du motif, c'est vérifier que le motif allégué est de nature à justifier l'acte pris. En principe, la vérification se fait par rapport à un standard légal, par exemple, la faute, laquelle peut justifier le licenciement » ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 411, p. 301 : « [...] le standard n'est rien d'autre qu'une technique de formulation des motifs légitimes de la décision ».

⁸²⁵ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99 et s., spéc. p. 104. Rapp. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 526 : « l'hypothèse du standard commence là où le concept utilisé par la norme devient imprécis ».

⁸²⁶ J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77 et s., spéc. p. 77.

⁸²⁷ Rapp. à propos de la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement, M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. Sociétés* 2014, p. 152, spéc. n° 6.

⁸²⁸ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99 et s., spéc. p. 101.

absolument déterminée, “du” pouvoir discrétionnaire fait son apparition... Il suffit que l’une quelconque des notions auxquelles fait appel la réglementation soit en elle-même indéterminée pour que du pouvoir discrétionnaire apparaisse »⁸²⁹. À en croire les propos de l’auteur, un standard juridique ne pourrait par conséquent constituer la source d’un pouvoir finalisé. Pourtant, cette affirmation doit être réfutée en ce qu’elle semble faire fi de la possibilité de détermination *a posteriori* par le juge du standard contenu dans la norme attributive de pouvoir. S’il ne fait guère de doute que la marge d’interprétation laissée aux juges est fonction du niveau d’indétermination du standard de justification, il n’en demeure pas moins que celui-ci est bel et bien susceptible d’être à l’origine d’un pouvoir finalisé. En ce sens, après avoir concédé que « l’indétermination peut affaiblir la *communication juridique* et rendre difficile la perception certaine de *ce qui se dit dans ce qui est dit* »⁸³⁰, M. Rials soutient à propos des standards textuels que « ce n’est pas en vérité l’indétermination mais l’indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire »⁸³¹. De cette manière, « bien que leur contenu soit vaste et vague, ces formules expriment un impératif juridique et sont dès lors susceptibles de former de véritables règles de Droit »⁸³². Autrement dit, l’indétermination du standard de justification ne constitue aucunement un obstacle à l’instauration d’une véritable exigence de fond à la charge du titulaire du pouvoir d’agir. En ce sens, dans une thèse de 1927 consacrée à l’étude du standard juridique et qui, aujourd’hui encore, conserve toute sa pertinence, Stati désignait le standard comme « *le procédé qui permet au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d’actes qu’il s’agit de juger* »⁸³³. Si les standards juridiques ne fixent pas *a priori* le contenu des motifs légitimes⁸³⁴, ils contiennent néanmoins une exigence de justification et fournissent, à ce

⁸²⁹ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif, D.E.S., 1949-1950, Les cours du droit*, 1950, p. 429 et 451, cité par S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 et s., spéc. p. 45-46.

⁸³⁰ S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 et s., spéc. p. 40 (souligné par l’auteur).

⁸³¹ S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 et s., spéc. p. 46.

⁸³² H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, n° 10, p. 13-14.

⁸³³ M. O. STATI, *Le standard juridique*, LGDJ, 1927, n° 21, p. 45 (souligné par l’auteur).

⁸³⁴ En ce sens, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s. : « Du fait de son indétermination, le standard, surtout lorsqu’il est formulé en termes très généraux [...], ne prédétermine pas en principe les motifs admissibles de la décision, mission qui incombe alors au juge ». Rapp. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, préf. de G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n° 72, p. 88 : « la notion de standard [...] constitue une mesure, une appréciation et non une directive d’action du contractant ».

titre, un outil de limitation et de contrôle des raisons d'exercer un droit⁸³⁵. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que des notions telles que l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt social, la cause réelle et sérieuse, ou encore la cause légitime reconnue en justice, fondent effectivement un contrôle judiciaire des raisons d'agir d'un contractant⁸³⁶.

176. Instrument de mesure du pouvoir unilatéral de décision détenu par un contractant, le standard de justification se présente par ailleurs comme un moyen de concilier les intérêts divergents des cocontractants. En effet, le standard emporte une exigence de justification dont le contenu pourra varier concrètement en fonction des intérêts que le juge entend faire prévaloir. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les standards de justification soient parfois expressément formulés en termes d'intérêts légitimes d'exercice du droit. Par où il est possible de voir, selon les mots de M. Ost, que l'intérêt exerce, entre autres, une fonction limitative « qui consiste à contrôler l'exercice des droits subjectifs et la toute-puissance des volontés individuelles. Sous des formes diverses [...] la référence à l'intérêt (général, collectif, d'autrui,...) assigne des limites aux droits subjectifs et contribue ainsi à les relativiser »⁸³⁷. L'auteur souligne également que « l'intérêt, en même temps qu'il consacre la montée sur la scène juridique, de nouveaux acteurs et contraint à prendre en compte leurs avantages, entraîne, par effet en retour, *une forme de contrôle, de limitation ou de finalisation des droits subjectifs environnants* »⁸³⁸. Il résulte de cette fonction de finalisation du pouvoir que la notion d'intérêt, en tant que standard de justification, fait figure de « notion contentieuse », c'est-à-dire d'instrument permettant au juge de trancher

⁸³⁵ En ce sens, G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 12, p. 34-35 : « Si l'on accepte de maintenir cette imprécision propre au standard, on garantit que s'ouvre, dans le débat judiciaire, un espace de discussion et de justification. Le titulaire du pouvoir peut, par cette voie, être amené à justifier ses décisions dont tout intéressé peut contester l'adéquation à l'intérêt social ou à l'intérêt de l'entreprise ». V. dans le même sens, A. LYON-CAEN, « Juger la gestion », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 19 et s., spéc. p. 22.

⁸³⁶ P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », in B. TEYSSIE (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 43 et s., spéc. n° 77, p. 53 : « La notion d'intérêt de l'entreprise est [...] à la fois un principe d'action et un outil de contrôle » ; G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 12, p. 34 : « En tant que standards, l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt social doivent comporter une part d'indétermination pour jouer le rôle qui leur est dévolu et permettre le contrôle du pouvoir privé ».

⁸³⁷ F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 17.

⁸³⁸ F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 150 (nous soulignons).

un conflit d'intérêts entre cocontractants⁸³⁹. La mise en balance de ces intérêts rejaille donc sur la détermination du contenu des motifs légitimes⁸⁴⁰.

177. En somme, le standard de justification ne doit pas être formulé en des termes trop vagues, insusceptibles de détermination objective, auquel cas il risquerait de perdre toute emprise sur l'action du contractant. Par exemple, il peut difficilement être soutenu que la stipulation octroyant à une partie une prérogative à condition qu'elle en use « pour faire le bien » institue un droit finalisé. La finalité à laquelle renvoie une telle stipulation est trop abstraite pour pouvoir fonder un contrôle judiciaire de l'exercice du droit contractuel. La précision des motifs admissibles constitue donc un élément crucial dans la détermination du caractère finalisé des droits. Dès lors que le contenu du standard de justification demeure, en dépit de sa relative indétermination, susceptible d'être précisé par le juge, celui-ci possède un caractère directif apte à finaliser l'exercice de prérogatives juridiques. Il ressort d'un tel constat que la finalisation des droits est susceptible de degrés. Plus les motifs légitimes d'exercice du droit seront enfermés dans des contours précis, plus le droit en cause apparaîtra comme relatif. Inversement, une appréciation extensive du standard de justification conduira à une large admission des motifs considérés comme légitimes, ce qui aura corrélativement pour effet d'atténuer le caractère finalisé de la prérogative⁸⁴¹. Par conséquent, avec la finalisation des droits, « une perception gradualiste de la légitimité juridique se substitue à une logique binaire du permis et de l'interdit »⁸⁴².

⁸³⁹ En ce sens, à propos de la notion d'intérêt social, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 699, p. 423.

⁸⁴⁰ V. par ex. R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 7, p. 399 : « C'est donc de l'équilibre instauré entre l'intérêt de la collectivité des associés et l'intérêt du dirigeant que va dépendre la physionomie du "juste motif" ».

⁸⁴¹ En ce sens à propos de la révocation des dirigeants pour juste motif, J. ATTARD, note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, *JCP G* 2000, 217, spéc. n° 19. L'auteur développe notamment l'idée suivant laquelle une conception libérale de l'intérêt social serait susceptible de conduire les juges à retenir une appréciation large du juste motif de révocation du dirigeant ce qui, *in fine*, « pourrait revenir à conférer une libre révocation aux associés ». V. déjà, R. BAILLOD, « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 20, p. 410 : « Ainsi, la primauté de la souveraineté des associés sur la protection du dirigeant révoqué appelle semble-t-il une appréciation large du juste motif ».

⁸⁴² F. OST, *Droit et intérêt, vol. 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 146. Rapp. P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 246, p. 257 ; A. LYON-CAEN, « Juger la gestion », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 19 et s., spéc. p. 20. Comp. Th. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000/2, p. 489 et s., spéc. p. 494. Insistant sur la nécessité de déterminer ce qui relève du permis et de l'interdit, l'auteur relève qu'il s'agit d'« un bel exemple de distinction générale qui est au centre de la notion de liberté individuelle ».

C- Le sérieux du motif

178. Le caractère sérieux du motif d'exercice du droit se trouve parfois expressément exigé par le législateur. Tel est le cas des dispositions du Code du travail instituant « cause réelle et sérieuse »⁸⁴³ de licenciement ou encore de la loi du 6 juillet 1989 qui autorise le congédiement du preneur d'un bail d'habitation dès lors qu'il se trouve notamment justifié par un « motif légitime et sérieux »⁸⁴⁴. Cette exigence de sérieux doit être comprise comme la nécessité d'un motif d'une gravité suffisante pour légitimer la mise en œuvre d'un droit. C'est ce qui ressort des débats parlementaires relatifs à la loi du 13 juillet 1973 ayant subordonné le licenciement d'un salarié à une condition de fond : l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Ainsi, selon les propos du ministre du Travail de l'époque, constitue une cause sérieuse « une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible, sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement »⁸⁴⁵. La jurisprudence considère le licenciement d'un salarié pour insuffisance professionnelle justifié dans la mesure où celle-ci atteint un certain seuil de gravité⁸⁴⁶. Un tel contrôle du sérieux du motif n'est pas l'apanage du droit du travail. Par exemple, il se retrouve également en matière de bail d'habitation où les juges vérifient, lorsque le congé est justifié par le souhait du bailleur de réaliser des travaux, que le projet est suffisamment sérieux⁸⁴⁷.

179. Si le motif légitime doit revêtir une certaine gravité, il ne saurait en principe être assimilé à une faute grave. S'agissant de la révocation du gérant de société civile, il ressort d'un arrêt du 12 mars 2014 que méconnaît l'article 1851, alinéa 2, du Code civil la cour d'appel qui exige, pour reconnaître l'existence d'une cause légitime, des fautes de gestion caractérisant des « fautes intentionnelles de particulière gravité, incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales ou contraire à l'intérêt social, seules de nature à

⁸⁴³ Article L. 1232-1, al. 2, du Code du travail.

⁸⁴⁴ Article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs. Depuis la loi ALUR du 24 mars 2014, le texte prévoit également que « lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise ».

⁸⁴⁵ JO débats AN, 30 mai 1973, p. 1699. V. égal. Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 980 et s. : « un motif anodin ou futile ne peut permettre la rupture du contrat de travail ».

⁸⁴⁶ Par ex. Cass. soc., 14 mai 1981, n° 79-41.902 : *Bull. civ.* V, n° 425. V. égal. P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.* 2014, p. 38 et s. ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2021, n° 461, p. 584.

⁸⁴⁷ V. par ex., Cass. 3^e civ., 2 juill. 1997, n° 95-19.151.

justifier la révocation judiciaire du gérant d'une société civile immobilière »⁸⁴⁸. Il résulte de cette vive censure réalisée par la Haute juridiction qu'« il faut donc entendre “cause légitime” de révocation comme tout fait, tout événement, toute circonstance incompatible avec une poursuite de la mission du gérant dans l'intérêt de la société »⁸⁴⁹. Ainsi, en dehors de la cessation du contrat d'agence commerciale, qui donne lieu à une indemnité au profit de l'agent en l'absence de faute grave⁸⁵⁰, les motifs admissibles pour l'exercice d'une prérogative finalisée ne se cantonnent pas à l'hypothèse d'une faute grave ni même d'ailleurs à celle d'une faute. En effet, la légitimité d'un motif non inhérent à la personne du destinataire de la décision se conçoit parfaitement à propos de l'exercice de certains droits finalisés. Cela se comprend aisément dans la mesure où exiger systématiquement la preuve d'une faute grave rendrait en pratique particulièrement difficile la mise en œuvre du droit. À l'inverse, se montrer indifférent quant à l'intensité du motif, et par la même occasion retenir une conception particulièrement extensive de l'exigence de juste motif, reviendrait à contredire le caractère finalisé de la prérogative concernée⁸⁵¹. En effet, dès lors que le moindre prétexte permet de justifier l'exercice d'un droit, il devient difficile de ne pas y voir, en réalité, une prérogative discrétionnaire. L'exigence d'un juste motif constituera ainsi un contrepois d'autant plus efficace à l'exercice d'un pouvoir que les juges en retiendront une appréciation stricte. C'est ce qui explique sans doute que le « sérieux » du motif dont se prévaut le titulaire d'un droit fasse aujourd'hui l'objet d'une surveillance judiciaire accrue.

180. Derrière le contrôle du sérieux du motif invoqué se profile en définitive un contrôle de proportionnalité de la décision prise au regard du fait qui lui sert de fondement.

⁸⁴⁸ Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, n° 13-14.374 : *D.* 2014, p. 718, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2014, p. 652, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *Rev. sociétés* 2014, p. 391, note J.-F. BARBIERI. Rappr. Cass. soc., 25 avr. 1985, n° 83-40.766 : *Bull. civ.* V, n° 261 : « la cause peut être réelle et sérieuse, même en l'absence de faute grave, d'élément intentionnel du grief et malgré son caractère isolé » ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2020, n° 459, p. 581.

⁸⁴⁹ J.-F. BARBIERI, note sous Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, *Rev. sociétés* 2014, p. 391, spéc. n° 5.

⁸⁵⁰ Il résulte de l'article L. 134-13, 1^o, du Code de commerce qu'en cas de cessation du contrat provoquée par une faute grave de l'agent commercial, la réparation prévue à l'article L. 134-12 du même code ne lui est pas due. *Adde*, Cass. com., 15 oct. 2002, n°00-18.122 : *CCC* 2003, n° 19, obs. L. LEVENEUR.

⁸⁵¹ V. en ce sens s'agissant de la révocation des dirigeants sociaux, R. BAILLOD, « Le “juste motif” de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 14, p. 405 : « la faute reprochée au dirigeant doit, de plus, revêtir une certaine gravité. La révocation sans indemnité constitue en effet une sanction sévère qui serait à notre avis disproportionnée à une faute légère ou très légère. Admettre qu'une telle faute dispense la société de toute charge d'indemnité estomperait grandement la distinction entre révocabilité pour juste motif et révocabilité discrétionnaire ». Rappr. à propos du licenciement, E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, 15^e éd., Dalloz, 2021, n° 657, p. 437 : « Le caractère sérieux de la cause est une mesure de l'intensité : pour légitimer la rupture, la cause doit être suffisamment intense ».

S'intéressant à l'étude de la cause économique de licenciement, Waquet relevait en ce sens que « le mot "sérieux" signifie que la solution concrète, c'est-à-dire l'effet sur l'emploi – et donc le licenciement – doit être proportionnée à la situation économique invoquée »⁸⁵².

II- Essai de typologie des motifs légitimes

181. Inopportunité d'un inventaire des motifs. – Répertorier l'ensemble des finalités admissibles serait d'un intérêt limité compte tenu de leur caractère nécessairement évolutif. Une telle entreprise serait d'autant plus stérile qu'il est reconnu aux contractants une marge importante de liberté dans la détermination des finalités légitimes d'exercice des droits contractuels et, dans une moindre mesure, celles des droits légaux. Josserand ne manquait pas d'affirmer qu'« il est de toute impossibilité de dresser un catalogue *ne varietur* des différents droits et de leurs esprits respectifs : prérogatives sociales, les droits sont mouvants comme le sont toutes institutions, comme l'est la société même dont ils sortent et pour laquelle ils se réalisent ; ce sont des organismes vivants qui naissent, se développent, se transforment, dépérissent et disparaissent. Leur structure intime n'est pas fixée une fois pour toutes ; elle se modifie au cours des âges, sous la seule pression des nécessités et des mœurs, abstraction faite de l'intervention législative »⁸⁵³. Il poursuit : « C'est ainsi que nos droits changent de finalité et d'esprit et que leur point d'équilibre se déplace au cours des siècles, parfois même dans un assez court espace de temps »⁸⁵⁴. L'ensemble de ces raisons permet d'expliquer pourquoi il est plus opportun de dégager une typologie générale des motifs admissibles pour l'exercice des droits finalisés que de se livrer, vainement, à un recensement exhaustif des finalités autorisées pour l'exercice de chacune des prérogatives finalisées des contractants. L'esquisse d'une typologie des motifs admis pour l'exercice des droits assortis d'une exigence de justification constitue une source de prévisibilité.

⁸⁵² Ph. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p. 168 et s. La situation n'est alors pas éloignée de celle que l'on retrouve en matière disciplinaire, la sanction devant être proportionnée au regard de la faute du salarié.

⁸⁵³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. de 2006, n° 313, p. 422.

⁸⁵⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. de 2006, n° 313, p. 423.

182. Summa divisio des motifs légitimes : motifs tenant à la personne et motifs non inhérents à la personne. – Afin de dissiper toute incertitude, il convient dans un premier temps d'identifier clairement ce qu'il faut entendre par motif personnel ou tenant à la personne, d'une part, et motif non-personnel, ou ne tenant pas à la personne, d'autre part. Ainsi, à quelle « personne » ces expressions renvoient-elles ? Plus spécifiquement, lorsqu'un contractant ne peut exercer une prérogative qu'en vue de certains motifs tenant à la personne, une telle référence vise-t-elle le contractant qui use de son droit, l'autre partie ou alors, plus généralement, tout destinataire de la décision ? Lorsqu'il est fait état de motifs tenant à la personne, c'est de ce dernier dont il est question, celui-ci étant le plus souvent le cocontractant mais pas nécessairement (par exemple en cas de refus d'agrément d'un cessionnaire). La distinction entre les motifs tenant à la personne de l'assujetti et ceux qui ne lui seraient pas inhérents ne coïncide pas avec celle qui a pu être proposée entre finalités égoïstes et finalités altruistes. En effet, certains auteurs ont exprimé l'idée suivant laquelle la possibilité de poursuivre une finalité égoïste constituerait l'un des traits caractéristiques des droits subjectifs tandis que les pouvoirs se trouveraient ordonnés à la satisfaction d'une finalité altruiste⁸⁵⁵. Le motif tenant à la personne ne doit en tout état de cause pas être entendu au sens de finalité égoïste. À titre d'exemple, lorsqu'un bailleur décide de congédier le preneur d'un bail d'habitation pour vendre le logement, il poursuit une finalité qui, bien que pouvant être qualifiée d'égoïste, ne tient toutefois pas à la personne du locataire. Dans cette situation, le titulaire d'un droit détient des raisons personnelles de l'exercer sans que celles-ci ne soient liées à la personne du destinataire de la décision.

183. C'est le droit du licenciement qui, semble-t-il, est à l'origine de l'établissement d'une typologie des motifs légitimes reposant sur un clivage entre les motifs inhérents à la personne du cocontractant et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, un salarié peut faire l'objet d'un licenciement soit pour un motif tenant à sa personne, ce qui ne correspond pas nécessairement à l'hypothèse d'une faute, soit pour un motif économique. Cela ressort également de la Charte sociale européenne qui dispose que le motif valable de licenciement des travailleurs est « lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de

⁸⁵⁵ V. par ex., P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, APD 1960, t. V, p. 65 et s., spéc. p. 119 : « les droits ordinaires ne sont pas des pouvoirs, au sens propre que le droit donne à ce mot ; ils ne constituent pas un empiètement sur la sphère juridique d'autrui, en vue de gouverner la personne ou d'administrer les biens d'autrui ; ils n'ont pas une finalité altruiste, mais bien personnelle ».

fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »⁸⁵⁶. Ainsi, « entre le licenciement pour faute et le licenciement pour motif économique, “non inhérent à la personne”, il existe une grande variété de motifs personnels autres que la faute. Si certains de ces motifs sont indépendants du comportement du salarié – l'inaptitude physique, par exemple – d'autres s'y rattachent »⁸⁵⁷. La distinction entre motifs inhérents à la personne et motifs non inhérents n'est pas propre au droit du travail.

184. Les justes motifs de révocation des dirigeants sociaux peuvent également être répartis entre les motifs directement liés à la personne du dirigeant et ceux qui ne tiennent pas à la personne de celui-ci. De façon générale, la décision de révocation pourra être justifiée par le comportement du dirigeant qui aura commis une faute de gestion ou violé les dispositions statutaires ainsi que par la nécessité de préserver l'intérêt social⁸⁵⁸. Ainsi, « le juste motif peut s'évincer de facteurs objectifs (prise en compte de l'intérêt social comme en matière de révocation) ou d'une analyse subjective (prise en compte de la situation personnelle de l'intéressé) »⁸⁵⁹. Que le dirigeant puisse être révoqué en cas de faute de gestion, cela ne saurait guère surprendre⁸⁶⁰. Par ailleurs, le juste motif de révocation n'est pas nécessairement lié au comportement du dirigeant de société⁸⁶¹. À ce titre, la mésintelligence entre associés est susceptible de constituer un juste motif de révocation d'un gérant de société, même en l'absence de toute faute de gestion de sa part⁸⁶². De la même manière, constituent un juste motif de révocation une mésentente persistante

⁸⁵⁶ Article 24 de la Charte sociale européenne révisée le 3 mai 1996.

⁸⁵⁷ F. GAUDU, « L'exigence de justification en droit du travail », *RDC* 2004, p. 566 et s., spéc. n° 6, p. 569.

⁸⁵⁸ En ce sens, R. BAILLOD, « Le “juste motif” de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. p. 402, n° 9 : « tantôt le juste motif sera tiré d'un manquement du dirigeant à ses fonctions ; tantôt les associés, à défaut d'un tel manquement, invoqueront pour justifier leur décision le seul intérêt social ». V. égal., J. ATTARD, note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, *JCP G* 2000, 217, spéc. n° 19 : « Tous les auteurs s'accordent aujourd'hui pour affirmer que l'existence d'un juste motif de révocation n'est pas liée à la preuve d'une faute ou d'une incapacité du dirigeant. Il s'agit d'une notion plus large qui importe, pour être appréciée, que l'on s'intéresse à l'intérêt social » ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 1531, p. 614 : « Selon la jurisprudence, [le juste motif] peut tenir soit au comportement fautif du dirigeant, soit à une divergence de vue sur la politique sociale ».

⁸⁵⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 1733, p. 697.

⁸⁶⁰ Par exemple en jurisprudence, Cass. com., 18 févr. 1992, n° 90-10.664 (faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif).

⁸⁶¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 1531, p. 615 : « En l'absence de faute, le juste motif, est plus délicat à appréhender d'autant qu'il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ».

⁸⁶² Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778 : « la révocation du gérant d'une société à responsabilité limitée peut être justifiée, même en l'absence de toute faute démontrée, par l'existence, entre les associés et ce gérant, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social ».

entre les cogérants de nature à compromettre l'intérêt social⁸⁶³ ou encore le souci de réorganiser la gestion de la société auquel s'ajoute une personne de confiance des associés envers le gérant⁸⁶⁴.

185. Il en va également de la sorte de la faculté de congédiement reconnue par l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 au bailleur. En effet, le législateur reconnaît tout d'abord au bailleur la faculté de délivrer un congé pour habiter ou pour vendre le logement, autrement dit pour des motifs ne tenant pas à la personne du locataire. À côté de cela, le texte reconnaît également au bailleur la possibilité de congédier ce dernier dès lors qu'il dispose d'un motif légitime et sérieux. Il résulte expressément des dispositions de l'alinéa 1^{er} que ce motif peut consister en une « inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant ». En pareille situation, le motif légitime et sérieux résulte du comportement du locataire. Il pourra s'agir tout aussi bien du non-respect d'une obligation imposée par le législateur que d'une obligation découlant du contrat de bail lui-même. Il a par exemple été jugé que constituaient un motif légitime et sérieux de congédiement : le défaut d'assurance du locataire⁸⁶⁵, la sous-location illicite du logement⁸⁶⁶, les retards répétés de paiement du loyer⁸⁶⁷, l'agressivité du locataire à l'endroit de ses voisins⁸⁶⁸, etc. En outre, l'inexécution par le preneur à bail de ses obligations ne constitue pas la seule hypothèse dans laquelle le bailleur est fondé à invoquer un motif légitime et sérieux de congédiement. Employant l'adverse « notamment »⁸⁶⁹, la liste dressée par la loi de 1989 ne possède pas un caractère exhaustif et il est par conséquent permis aux juges d'admettre des motifs non imputables au locataire⁸⁷⁰. Et la jurisprudence est effectivement en ce sens puisqu'elle reconnaît au

⁸⁶³ Cass. com., 4 mai 1999, n° 96-19.503 : *Bull. civ. IV*, n° 94 ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 914, obs. P. Le CANNU ; *JCP E* 1999, n° 39, p. 1237, obs. VIANDIER et CAUSSIN.

⁸⁶⁴ CA Versailles, 12^e ch., 11 févr. 1988 : *Rev. sociétés* 1988, p. 292, obs. GUYON.

⁸⁶⁵ CA Paris, 19 sept. 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 97.

⁸⁶⁶ Cass. 3^e civ., 13 oct. 1989 : *Loyers et copr.* déc. 1989, n° 515.

⁸⁶⁷ Cass. 3^e civ., 21 déc. 1988 : *Loyers et copr.* févr. 1989, n° 112.

⁸⁶⁸ Cass. 3^e civ., 2 oct. 2002, n° 01-00.589 : *Bull. civ. III*, n° 191 ; *Rev. loyers* 2002, p. 646, note V. CANU.

⁸⁶⁹ Article 15-I, alinéa 1, de la loi du 6 juillet 1989 : « Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, *notamment* l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant ».

⁸⁷⁰ Sur l'opportunité de ne pas restreindre les causes légitimes de non-renouvellement du bail d'habitation aux seules hypothèses d'un congé pour reprendre ou pour vendre le logement, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 535, p. 282 : « Afin de ne pas entraver à l'extrême le droit pour le propriétaire de s'opposer au renouvellement du bail, tout en préservant les intérêts du locataire, le législateur a donc institué une "catégorie ouverte", véritable "soupape de sûreté", qui permet de tenir compte des situations particulières que la loi ne peut à l'avance prévoir et réglementer ». Rapp. à propos de la cause économique de licenciement, P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 246, p. 257 : « [...] le choix d'une liste ouverte, assuré par la présence de l'adverse

bailleur la possibilité de donner congé pour travaux⁸⁷¹ dès lors qu'un tel motif revêt un caractère légitime et sérieux⁸⁷².

186. De ces divers exemples il en ressort que « les motifs non inhérents à la personne du destinataire de la décision peuvent être divisés en motifs marchands et organisationnels »⁸⁷³. Ces motifs relèvent, pour l'essentiel, de l'évolution du contexte contractuel⁸⁷⁴. Tel est le cas du motif économique de licenciement qui concerne, de manière générale, une évolution de la situation de l'entreprise. À ce titre, l'article L. 1233-3 du Code du travail vise notamment les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou encore la cessation d'activité de l'entreprise. Bien qu'ils ne soient pas étrangers à la relation contractuelle, ces motifs non inhérents à la personne entretiennent un lien plus lâche que les motifs personnels avec l'exécution par les parties de leurs obligations contractuelles. Pour cette raison, de tels motifs liés à l'environnement contractuel doivent faire l'objet d'un contrôle rigoureux, sans quoi ils ouvriraient insidieusement la voie à l'invocation de fallacieux prétextes. Comme l'a justement exprimé M. Le Bars, « il convient d'apprécier les limites entre la préconstitution opportuniste d'un motif de rupture et la véritable recherche d'un développement ou d'une reconversion durable d'activité »⁸⁷⁵. Par ailleurs, « il ne faut [...] pas confondre évolution du contexte contractuel et renchérissement du contrat »⁸⁷⁶. Dans cette perspective, si la Cour de cassation admet en principe que la

“notamment” au sein de l'article L. 1233-3 du Code du travail tempère l'effet de clôture inhérent aux systèmes de liste ».

⁸⁷¹ V. par ex., Cass. 3^e civ., 7 févr. 1996, n° 94-14.339 : *Bull. civ.* III, n° 34 – Cass. 3^e civ., 22 mars 2006, n° 04-10.900 : *Bull. civ.* III, n° 76 ; *AJDI* 2006, p. 383, note Y. ROUQUET.

⁸⁷² V. en ce sens, B. BLANC-JACOB, *Le congé dans le bail immobilier urbain*, préf. de Ph. DELEBECQUE, Avant-propos de J.-L. AUBERT, LGDJ, 2006, n° 95, p. 128 : « En outre, la loi de 1989 n'exige pas nécessairement une faute du preneur pour justifier le congé. Le bailleur peut avoir des raisons personnelles de ne pas renouveler le bail, par exemple, pour réaliser les travaux de rénovation ou de reconstruction ».

⁸⁷³ P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s. V. égal. G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 14, p. 36 : « L'exigence d'un juste motif pour révoquer certains dirigeants suppose que soit démontrée la conformité de cette mesure à l'intérêt social, ressortissant notamment d'une nécessité de réorganisation de la société. À côté de ces arguments d'ordre organisationnel, peuvent être retenus des motifs empruntant au registre civique ou marchand ».

⁸⁷⁴ En ce sens, B. Le BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, p. 381 et s., spéc. n° 17 : « L'intérêt légitime de résilier un contrat peut également résulter de l'environnement de la relation contractuelle, d'influences extrinsèques au rapport d'obligation ».

⁸⁷⁵ B. LE BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, p. 381 et s., spéc. n° 18.

⁸⁷⁶ B. Le BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, p. 381 et s., spéc. n° 19.

réorganisation de l'entreprise constitue une cause légitime de rupture du mandat d'intérêt commun, c'est à la condition que celle-ci ait été rendue nécessaire⁸⁷⁷.

187. Caractère évolutif du contenu des motifs légitimes. – Certains traits de l'évolution du contenu des motifs admissibles pour l'exercice des droits finalisés peuvent être esquissés. Le principal constat semble être globalement celui d'un accroissement et d'une diversification des motifs considérés comme légitimes. Un tel mouvement affectant le contenu des finalités s'observe à plusieurs niveaux. Tout d'abord, les juges paraissent de plus en plus enclins à considérer comme légitimes, en sus des motifs personnels classiquement admis, des motifs non inhérents à la personne⁸⁷⁸. Alors qu'ils restreignaient initialement les possibilités d'exercice de certaines prérogatives à la seule hypothèse d'un comportement fautif du cocontractant, ils admettent désormais plus largement la légitimité de motifs ne tenant pas à sa personne. L'appréciation de la cause légitime de rupture du mandat d'intérêt commun en fournit une illustration. La jurisprudence est progressivement venue reconnaître au mandant la possibilité de révoquer le mandataire en l'absence de toute faute, alors qu'elle a pendant un temps paru s'y opposer⁸⁷⁹. Si la faute du mandataire constitue un motif légitime de révocation⁸⁸⁰, la nécessité pour la société mandante de réorganiser ses services permet également de caractériser un tel motif⁸⁸¹. De la même manière, l'appréciation judiciaire des motifs du refus d'agrément d'un candidat atteste d'une prise en compte croissante des motifs non inhérents à la personne. Dans une formule ramassée, la Cour de cassation a affirmé que le refus d'agrément « pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément »⁸⁸². La solution

⁸⁷⁷ Cass. com., 11 juill. 1963 : *Bull. civ.* III, n° 376. *Adde*, Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1988, n° 86-15.818 : *Bull. civ.* I, n° 199 : « la cour d'appel a justement retenu que la réorganisation du service des ventes, dans le seul but de se soustraire au paiement de commissions, ne peut être considéré comme un motif légitime de révocation du mandat d'intérêt commun ». V. égal. J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly-Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. n° 4, p. 108 : « la réorganisation de l'entreprise et spécialement de la distribution de ses produits peut rendre légitime la rupture unilatérale du mandat d'intérêt commun lorsqu'elle est imposée par une importante évolution, voire une révolution du marché » (souligné par l'auteur).

⁸⁷⁸ Sur une telle évolution, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 422.

⁸⁷⁹ En ce sens, R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. note de bas de page 28, p. 402.

⁸⁸⁰ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1987, n° 85-11.570 : *Bull. civ.* I, n° 94.

⁸⁸¹ Cass. com., 11 juill. 1963 : *Bull. civ.* III, n° 376 – Cass. com., 20 juin 1967 : *Bull. civ.* III, n° 255. *Adde*, J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly/Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. n° 3, p. 107.

⁸⁸² Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D.* 2005, p. 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *D.* 2006, p. 512, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 2005, p. 127, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2005, p. 407, obs. B. BOULOC.

doit être mise en perspective avec la finalité de la clause d'agrément. Celle-ci ne saurait seulement être perçue comme la stipulation instituant le droit pour un contractant de juger de la pertinence de la candidature d'un éventuel repreneur mais, plus largement, comme un moyen de protection des intérêts du titulaire du droit d'agrément⁸⁸³. C'est ce qui explique que les motifs légitimes du refus d'agrément ne se limitent pas à ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément. Il est admis que « les besoins de restructuration du réseau du concédant » constituent un motif légitime⁸⁸⁴.

188. Ensuite, une autre évolution du contenu des motifs considérés comme légitimes s'observe cette fois au sein de la catégorie des motifs personnels. Si « la faute, et plus largement le comportement du destinataire de la décision, constitue le principal motif personnel »⁸⁸⁵, d'autres motifs personnels non fautifs font l'objet d'un accueil favorable par la jurisprudence. Ainsi, lorsque la perte de confiance dans le cocontractant résulte d'éléments objectifs, ces derniers peuvent justifier la rupture unilatérale de la relation⁸⁸⁶.

189. Pour conclure sur le caractère évolutif du contenu des finalités admissibles, il est possible d'affirmer avec Josserand que « le même droit peut changer de cause et d'esprit tandis qu'évoluent les idées et les mœurs, et tel motif, jadis justificatif, peut devenir par la suite constitutif, révélateur d'un abus »⁸⁸⁷. À l'inverse, il arrive qu'un motif illégitime à une époque donnée ne le soit finalement plus à la suite d'une évolution de la jurisprudence ou de la loi. Par ailleurs, une finalité considérée comme légitime pour l'exercice de telle prérogative ne le sera pas nécessairement pour l'exercice de telle autre. En somme, s'il n'est guère envisageable de figer définitivement le contenu des motifs admissibles pour l'exercice des droits finalisés⁸⁸⁸, il demeure possible de les appréhender à partir d'une distinction entre les motifs tenant à la personne du cocontractant et ceux qui ne sont pas

⁸⁸³ En ce sens, Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 5 oct. 2004, *RDC* 2005, p. 288.

⁸⁸⁴ CA Paris, 30 juin 2006, n° 05/13211.

⁸⁸⁵ P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s.

⁸⁸⁶ Par ex. en matière de révocation du dirigeant de société : Cass. com., 12 juin 2007, n° 06-13.900 : *Rev. sociétés* 2008, p. 124, note J.-P. DOM ; *RTD com.* 2008, p. 131, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO. V. égal. M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. sociétés* 2014, p. 152 et s., spéc. n° 15. Comp. en matière de licenciement, Cass. soc., 31 mars 2004, n° 02-40.993. *Adde*, F. BERGERON-CANUT et F. GAUDU, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, 2021, n° 325, p. 281.

⁸⁸⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, rééd. de 2006, n° 299, p. 407.

⁸⁸⁸ R. BAILLOD, « Le "juste motif" de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395 et s., spéc. n° 7, p. 399 : « La définition du "juste motif" variera incontestablement en fonction des intérêts que l'on décide de faire prévaloir [...] ».

inhérents à la personne. Au sein d'une telle classification, les motifs légitimes se répartissent encore en motifs relationnels, civiques, marchands et organisationnels⁸⁸⁹.

190. Conclusion de la section. – L'exigence de justification de l'exercice d'un droit, qui entretient des liens étroits avec la motivation sans pouvoir y être totalement assimilée, constitue une technique particulière d'encadrement de l'action des contractants. Elle agit sur le régime d'exercice des droits concernés en instaurant une condition de fond : le respect de justes motifs. Parce qu'elle impose des raisons légitimes d'agir, la justification ne saurait être confondue avec les différentes normes comportementales relatives à la manière d'agir du contractant. Si la question des motifs du contractant et celle du comportement se rejoignent parfois, notamment à l'occasion de la caractérisation d'un abus de droit, elles doivent être résolument distinguées s'agissant de l'usage des droits finalisés. L'appréciation du bien-fondé des décisions contractuelles, qu'implique la finalisation des droits, ne comporte normalement pas celle du comportement du contractant. La perspective n'est pas la même dans les deux situations. La liberté des motifs d'exercice du droit se trouve écartée seulement dans le premier cas.

191. La sanction de motifs illicites ne suffit pas à établir la présence de droits finalisés. S'agissant de ces derniers, le contractant doit disposer de bonnes raisons de les exercer. En plus de ne pas constituer des motifs illicites, les motifs admissibles doivent encore revêtir certains caractères. C'est ce qu'indique la référence au caractère « légitime » ou « juste » du motif. En droit des contrats, la nécessité d'une justification de l'exercice d'un droit prend le plus souvent la forme de standards. Encadrant l'exercice des droits, ces standards de justification autorisent un contrôle juridictionnel des motifs des décisions contractuelles. Parce que le contractant ne peut exercer un droit que pour certains motifs concrets, celui-ci se finalise. Il incombera au juge d'apprécier la légitimité des motifs invoqués par le contractant au regard des standards de justification. Leur texture ouverte permettra notamment au juge de faire évoluer le contenu des motifs admissibles sans

⁸⁸⁹ L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991, p. 137. Ces auteurs dégagent quatre ordres de justification, faisant écho à autant de valeurs. Selon eux, les motifs invoqués par les individus pour justifier leurs actions renverraient à une justice de type organisationnel, marchand, relationnel ou encore civique. V. égal. sur la présence de ces divers ordres de justification dans le droit du travail et le droit des sociétés, G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 13, p. 35-36.

qu'une réforme législative ne soit nécessaire⁸⁹⁰. En effet, l'appréciation du « juste » n'est pas figée dans le temps. La tendance générale est d'ailleurs celle d'un élargissement des motifs admissibles pour l'exercice des droits.

192. Conclusion du chapitre. – Que le pouvoir juridique ne soit pas conditionné à la poursuite d'un intérêt au moins partiellement altruiste ne lui retire en rien sa nature de pouvoir. En effet, les pouvoirs juridiques qui échappent à une telle directive de contrôle, celle-ci ne s'imposant pas systématiquement au détenteur du pouvoir, méritent justement d'être identifiés avec attention compte tenu de la force des prérogatives qu'ils contiennent. La référence aux « droits » finalisés n'entend pas signifier que les « pouvoirs » juridiques s'en trouvent exclus mais que ces derniers se rattachent plus globalement à la catégorie des droits subjectifs. Difficilement contestable lorsque la prérogative doit être exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire, l'existence de prérogatives finalisées se retrouve également dans d'autres circonstances. Dès lors que le contractant n'est fondé à exercer un droit que pour certains motifs légitimes, cette prérogative possède un caractère finalisé, peu important que de tels motifs expriment ou non les seuls intérêts de son cocontractant. La finalisation d'un droit s'opère par la spécification des intérêts que son titulaire peut valablement satisfaire, ces intérêts n'étant pas forcément distincts des siens propres. La confrontation du contrôle du bien-fondé de l'action, qui s'infère de l'exigence de justification, aux divers contrôles du comportement du contractant révèle les caractères des droits finalisés. Parce que le contractant qui en est titulaire doit fournir des raisons légitimes pour en user, les droits finalisés forment une unité de prérogatives homogènes irréductible aux autres catégories de prérogatives juridiques. La détermination positive des motifs pour lesquels ces droits peuvent être exercés constitue leur trait le plus saillant.

193. Conclusion du titre. – Négativement, toutes les prérogatives dont la nature répugne à un contrôle juridictionnel de leurs motifs d'exercice se trouvent à l'extérieur de la catégorie des droits finalisés. Pour cette raison, les libertés et les droits discrétionnaires

⁸⁹⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n° 246, p. 256-257 : « Le standard (bonne foi, raisonnable, cause réelle et sérieuse...) a pour lui une grande capacité d'adaptation au contexte ». Dans le même sens à propos des standards présents dans la réforme du droit des contrats, B. STURLESE, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398 et s. : « Cette liberté d'interprétation souveraine de la plupart des "standards juridiques" par les juges du fond est opportune et nécessaire. Elle ne doit pas être redoutée, car c'est elle qui permet de rendre le droit vivant en l'adaptant aux circonstances ».

ne peuvent être rangés sous la catégorie des droits finalisés. Plus positivement, les droits finalisés constituent des pouvoirs dont les motifs de mise en œuvre sont précisément limités et contrôlés. À partir de l'ensemble de ces éléments, une définition peut être établie : les droits finalisés sont les *prérogatives juridiques ne pouvant être exercées que pour certains motifs concrets déterminés par la loi, le juge ou le contrat et dont le respect est contrôlé par un tiers*. La présence d'éléments du régime des prérogatives juridiques au sein même de la définition de la catégorie des « droits finalisés » se justifie dans la mesure où leur prise en compte permet de les isoler parmi toute la masse des prérogatives reconnues aux contractants⁸⁹¹. Concrètement, peuvent être regroupées au sein de la catégorie des droits finalisés les prérogatives assorties d'une obligation de justification de leur exercice. La finalisation des droits découle moins de la nécessité de formaliser des motifs que celle de disposer de justes motifs, bien que celle-ci implique le plus souvent celle-là. Les droits finalisés permettent d'analyser les situations dans lesquelles le régime d'exercice des droits contient une exigence de justification ainsi qu'un contrôle de celle-ci, ces éléments ne constituant pas des traits distinctifs des catégories préexistantes.

194. Parmi les droits contrôlés ou relatifs, auxquels les droits finalisés appartiennent, toutes les prérogatives n'ont pas le même degré de relativité⁸⁹². Sur une échelle de relativité des droits contrôlés, se situeraient en bas de celle-ci les droits pour lesquels tout contrôle des motifs se trouve exclu. À l'autre extrémité, se trouveraient les droits finalisés qui font l'objet d'un véritable contrôle de la justification et qui sont, pour cette raison, marqués par un haut degré de relativité. Entre les deux, les droits relatifs peuvent être saisis par divers contrôles sans toutefois que la liberté des motifs du

⁸⁹¹ V. de manière générale G. CORNU, « Préface », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, p. VII et s., spéc. p. XI : « D'abord vouée à énoncer les éléments constitutifs de la chose à définir, la définition juridique intègre la considération des fonctions juridiques de celle-ci ». Rappr. Th. GENICON, « L'acte abstrait en droit des contrats après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 961 et s., spéc. n° 5, p. 964 : « Comme souvent, les éléments du régime de l'institution viennent se mêler à sa définition et la faire varier [...] ».

⁸⁹² Rappr. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018, n° 335 et s., p. 227 et s. L'auteur relève l'existence de droits discrétionnaires conférant à leur titulaire une immunité totale, de droits conférant une immunité à leur titulaire sauf intention de nuire ou mauvaise foi et enfin de droits soumis à l'exigence d'un usage raisonnable. On retrouve l'idée qu'une classification des prérogatives en fonction de leur degré de relativité est concevable. V. égal. X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 80 : « Le droit privé offre [...] un large éventail, allant du droit strictement conditionné à la faculté purement discrétionnaire ». Comp. J. GHESTIN et H. BARBIER, avec la collaboration de J.-S. BERGE, *Introduction générale, t. 1, Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit*, 5^e éd., LGDJ, 2018, n° 323, p. 256 : « Les droits ont des contenus très variés, ce qui rend très difficile un classement à partir de l'étendue des prérogatives qu'ils confèrent ».

contractant de droit privé ne se trouve écartée comme c'est le cas en présence de droits finalisés.

195. Conclusion de la partie. – L'absence de référence formelle aux « droits finalisés » dans le droit positif des contrats ne constitue pas un obstacle à leur regroupement au sein d'une catégorie. En effet, les « droits finalisés » s'élaborent à partir de notions présentes dans le droit positif des contrats et qui en révèlent l'existence comme celles de « motif légitime », de « cause réelle et sérieuse », de « juste motif », etc. Se rapportant aux conditions d'exercice des droits reconnus aux contractants, de telles notions permettent d'appréhender les droits qui se trouvent assortis d'une exigence de justification⁸⁹³.

196. La détermination d'une catégorie de droits finalisés rend compte d'une réalité dont les manifestations sont éclatées dans le droit positif des contrats : licencier le salarié pour une cause réelle et sérieuse, révoquer le dirigeant de société pour juste motif, congédier le locataire pour un motif légitime et sérieux... Indépendamment des dénominations habituellement employées pour les qualifier, de nombreux droits du contractant ont aujourd'hui, pour caractéristique commune, d'être assortis d'une exigence de justification de leur usage. Dans ces situations, une condition de fond intègre à chaque fois le régime d'exercice de ces droits. Ainsi, le regroupement de prérogatives suffisamment semblables au sein d'une catégorie juridique permet de prendre la mesure de l'existence d'un phénomène de finalisation des droits dans le contrat. En effet, les évolutions de la loi et de la jurisprudence contribuent à une prise en compte croissante des motifs des contractants dans l'exercice de leurs droits, conduisant de la sorte à un recul du pouvoir discrétionnaire dans des domaines de plus en plus variés. Les droits finalisés traduisent ces tendances du droit positif des contrats.

197. D'un point de vue pratique, l'établissement de la nature juridique d'un ensemble de prérogatives va de pair avec l'identification des conséquences juridiques qui

⁸⁹³ Rappr. en droit du travail, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 17 : « La justification peut donc être définie comme l'obligation faite à l'employeur par des règles de source légale ou jurisprudentielle, d'énoncer les raisons pour lesquelles il a accompli un acte, dans le but d'un contrôle de son caractère légitime par un tiers. La violation de cette obligation entraîne l'application de sanctions ».

s'y trouvent attachées⁸⁹⁴. Ainsi, l'existence de droits finalisés dans le contrat commande de déterminer les principaux effets juridiques en résultant.

⁸⁹⁴ Rappr. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s., spéc. n° 24, p. 723 : « Mettre un droit à la place qui lui convient n'est pas un but mais un moyen. Il ne faut pas ranger pour ranger mais pour tirer une conséquence ».

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA FINALISATION DES DROITS

« Ce sont presque tout le temps les mêmes questions, qui sont récurrentes : la justification, la critique ou l'exaltation de la justice et du pouvoir ; leurs rapports avec la force, le fait, l'idéal, la foi, la nature, la raison, la logique, la dialectique, l'histoire, l'expérience, l'empirisme, la lutte, la liberté, la recherche du pouvoir, l'intérêt, la volonté, l'utilité, le marché, le progrès, la décadence de la vie : tout ce qui donne une raison de vivre à l'itinérance humaine »⁸⁹⁵.

198. Justice contractuelle et finalisation des droits. – La finalisation d'un droit désigne le processus par lequel une prérogative fait l'objet d'un encadrement de ses finalités d'exercice. C'est à ce titre qu'a, par exemple, été évoquée l'idée d'une « finalisation de l'action de l'employeur »⁸⁹⁶. Plus précisément, finaliser un droit revient à limiter, de manière positive, les raisons, les motifs, pour lesquels son titulaire peut valablement agir. Un tel encadrement se traduit par la nécessité pour le contractant de justifier le bien-fondé de l'exercice de la prérogative. Contraindre de la sorte une partie à se justifier se comprend principalement au regard de l'objectif de protection de certaines parties au contrat⁸⁹⁷. En effet, « la justification repose sur une idée de protection, comme s'il fallait garantir une partie contre l'abus de force obligatoire du contrat »⁸⁹⁸. L'encadrement des conditions et modalités d'exercice des droits reconnus à une partie assure donc la protection du cocontractant. Dès lors, la finalisation d'un droit s'inscrit dans la perspective d'une plus grande justice contractuelle. Cet objectif de justice contractuelle se présente d'ailleurs, avec la sécurité juridique, comme l'un des principaux objectifs du droit des contrats issu des réformes de 2016 et 2018⁸⁹⁹. Bien que l'exigence de motivation

⁸⁹⁵ Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 3.

⁸⁹⁶ V. Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996, p. 472.

⁸⁹⁷ V. par ex. Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 61 : « il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis » (nous soulignons).

⁸⁹⁸ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 92.

⁸⁹⁹ L'objectif de justice contractuelle est mentionné à cinq reprises par le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant notamment réforme du droit des contrats. V. égal. Th. REVET, « Une philosophie

soit toute désignée pour servir l'objectif de justice contractuelle visée par la réforme du droit des contrats⁹⁰⁰, il est remarquable que les textes nouveaux du Code civil ne l'imposent qu'en de rares occasions⁹⁰¹. Pourtant, l'inscription par la réforme du terme « motiver » au sein de plusieurs dispositions du Code civil constitue assurément une avancée dans la protection des contractants par le droit commun⁹⁰².

199. En écartant le risque d'arbitraire inhérent au pouvoir, la finalisation des droits se met au service d'une plus grande justice au sein des relations contractuelles. De telles références au pouvoir et à la justice supposent de ne plus systématiquement voir dans le contrat un ensemble d'obligations librement négociées entre deux individus de forces égales⁹⁰³. Ainsi, l'encadrement des motifs d'exercice des droits des contractants relativise, sans les exclure, les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.

200. Le mouvement de finalisation des droits des contractants exerce donc une double influence⁹⁰⁴ : tantôt sur l'action du contractant, ce qui amène à considérer la rationalité de ses décisions (titre 1) ; tantôt sur l'équilibre du contrat, ce qui conduit à un certain rééquilibrage des pouvoirs contractuels (titre 2).

Titre 1 : L'influence sur l'action du contractant : la rationalisation des décisions

Titre 2 : L'influence sur l'équilibre du contrat : le rééquilibrage des pouvoirs

générale ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 5 et s., spéc. n° 7 : « La justice contractuelle hésite entre objectif et sous-objectif, mais elle est, en tout cas, convoquée quand il s'agit d'expliquer l'introduction, dans le droit commun, des solutions parmi les plus originales ».

⁹⁰⁰ Rappr. G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 83 et s., spéc. n° 14, p. 91-92 : « Pour que le contrôle judiciaire soit envisageable, il faut que l'exercice de la prérogative du créancier soit soumis à des exigences procédurales. Une exigence de motivation de la sanction peut remplir une telle fonction ». V. déjà, J.-B. SEUBE, obs. sous Cass. 3^e civ., 8 févr. 2006, n° 04-17.898, *RDC* 2006, p. 761 : « Le succès de l'obligation de motivation s'ordonne autour de la multiplication des pouvoirs finalisés des contractants : le contrôle du motif permet ainsi de s'assurer qu'un contractant a exercé le pouvoir qui lui était reconnu, par la loi ou le contrat, conformément à sa finalité ».

⁹⁰¹ Seuls les articles 1164, 1165 et 1226 du Code civil prévoient une exigence de motivation alors que le domaine des nouveaux pouvoirs unilatéraux dépasse celui de ces textes.

⁹⁰² 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 : « l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale ».

⁹⁰³ V. égal. Th. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 5 et s., spéc. n° 5 : « Il semble [...] bien difficile d'identifier rétrospectivement, une politique de "protection des plus faibles" dans "l'esprit du Code civil" de 1804... ».

⁹⁰⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V° « Influence », p. 513 et s., spéc. p. 513 : « Le mot influence emporte presque toujours l'idée que l'action dont il s'agit s'exerce d'une façon graduelle, continue, presque insensible, et coopère avec d'autres causes dans la production de ses effets ».

TITRE 1 : L'INFLUENCE SUR L'ACTION DU CONTRACTANT : LA RATIONALISATION DES DECISIONS

« L'homme ne naît pas rationnel, il le devient en accédant à un sens partagé avec les autres hommes. Chaque société humaine est ainsi à sa manière l'instituteur de la raison »⁹⁰⁵.

201. Des divers sens de la rationalité. – Dans une première acception, est rationnel, au sens large, « ce qui est conforme à la raison »⁹⁰⁶. Par ailleurs, lorsqu'il est employé pour qualifier l'action d'un individu, l'adjectif rationnel peut encore désigner un rapport d'adéquation entre les objectifs poursuivis et les choix opérés par le sujet en vue de leur réalisation. En ce sens, il a été affirmé que « le comportement est intentionnel dans la mesure où il est guidé par des buts ou des objectifs généraux ; il est rationnel dans la mesure où il choisit des alternatives favorables à la réalisation des objectifs précédemment choisis »⁹⁰⁷. Une telle compréhension de la rationalité n'en demeure pas moins excessivement générale et finalement non opératoire pour l'appréciation de la rationalité des décisions prises dans l'exercice de droits finalisés⁹⁰⁸. Ainsi, dans une étude consacrée à la rationalité de la décision juridique, un auteur a pu dégager quatre types de rationalité : la rationalité "ontologique" du droit, la rationalité interne du système du droit, la rationalité externe de celui-ci et enfin la rationalité de l'activité juridique humaine, au titre de laquelle figure notamment celle du sujet de la régulation juridique⁹⁰⁹. Au sein d'une telle typologie, l'étude de la rationalité des contractants usant de leurs prérogatives relève nettement de la dernière forme de rationalité envisagée. En effet, s'intéresser à l'exercice des droits

⁹⁰⁵ A. SUPLOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 9.

⁹⁰⁶ Selon le CNRTL, la rationalité désigne, au sens A, « le caractère de ce qui est logique, rationnel » et, au sens B, le « caractère de ce qui relève de la raison, appartient à la raison ». V. égal., Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de rationalité en droit*, ADP 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 238 : « [...] le "rationnel" est compris comme "conforme à la raison" – cette dernière étant toutefois prise à chaque fois dans une acception différente ».

⁹⁰⁷ H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 17. L'auteur nuance néanmoins quelque peu son propos en affirmant plus loin que : « Le choix humain s'apparente souvent plus à un système stimulus-réponse qu'à un choix entre plusieurs alternatives. [...] Toutefois, il est possible de contrôler les stimuli de sa décision de façon à servir des fins plus larges et d'intégrer dans un plan bien conçu une suite de décisions individuelles » (*ibid.*, p. 98).

⁹⁰⁸ Sur le caractère inopérant d'une telle acception de la rationalité, Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de la rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 238.

⁹⁰⁹ Pour une telle typologie, Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 237-238.

finalisés dans le contrat revient à examiner la rationalité de l'activité juridique du contractant. « Dans cette optique, peuvent être qualifiés de rationnels : un acte humain (et nous entendons par acte l'effet ou le fruit d'une action), l'action elle-même, ou encore, en amont de l'action, la délibération qui la précède, le choix qu'elle incarne, la décision qui la provoque »⁹¹⁰.

202. Rationalité et irrationalité de l'action des contractants. – L'hypothèse de la rationalisation de l'action unilatérale des contractants doit être bien comprise. Elle ne revient pas à dire qu'en l'absence de finalisation des droits, entendue comme l'encadrement positif des motifs d'action du contractant, l'exercice d'un droit par son titulaire serait nécessairement irrationnel. L'usage rationnel des prérogatives juridiques ne se cantonne bien évidemment pas à l'exercice des droits finalisés⁹¹¹. La rationalisation induite de la finalisation des droits manifeste une rationalité qui, non seulement ne se présume plus, mais doit encore pouvoir faire l'objet d'une démonstration. Par conséquent, la rationalité du contractant devient susceptible d'être mise à nue et contrôlée par une autorité qui lui est extérieure. De la même façon, ainsi que l'observe M. Chevallier à propos de la rationalisation que connaît le droit :

« Le droit ne bénéficie plus dans les sociétés contemporaines d'une légitimité de principe, en tant qu'expression de la Raison ; il n'est pas pour autant placé sous le signe de l'irrationnel, mais tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé, par la rigueur de ses méthodes d'élaboration et la pertinence de ses effets ; la Raison juridique ne disparaît pas mais devient une Raison pratique, fondée, non plus sur le postulat de *rationalité* du droit, mais sur l'entreprise de *rationalisation* dont il est l'objet, aussi bien dans son dispositif que dans ses processus »⁹¹².

S'agissant plus particulièrement de l'exercice des droits, il conviendra donc de déterminer dans quelle mesure la limitation des motifs pour lesquels un contractant est

⁹¹⁰ Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 238. V. égal. sur les différentes formes de rationalité qu'emprunte l'action des acteurs sociaux, M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, *Les catégories de la sociologie*, Pocket, 1995, p. 55 et s.

⁹¹¹ Rappr. A. SUPROT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 10 : « [...] les idées de Loi et de contrat représentent seulement une façon parmi d'autres d'instituer la justice parmi les hommes, et de les soumettre à l'empire de la raison ».

⁹¹² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, préf. de J. COMMAILLE, 5^e éd., LGDJ, 2017, p. 189 (souligné par l'auteur). Si l'auteur ne vise pas directement les prérogatives attribuées aux individus, il n'en demeure pas moins que celles-ci n'échappent pas à l'évolution du droit qu'il s'attache à décrire.

fondé à exercer un droit conduit à un changement dans l'appréciation de la rationalité de son action⁹¹³.

203. Par ailleurs, il convient d'ores et déjà de remarquer que la prise de décisions contient potentiellement une part d'irrationnel⁹¹⁴. La prise en compte notamment des émotions du sujet permettrait d'apprécier cette part d'irrationnel dans le processus décisionnel⁹¹⁵. Toutefois, limiter positivement les raisons pour lesquelles un contractant peut exercer un droit réduit sensiblement la part d'irrationnel attachée à son activité juridique, notamment lorsqu'il prend des décisions⁹¹⁶. En tout état de cause, l'acte totalement irrationnel serait celui ne pouvant être rattaché à aucun motif. Ainsi, « le propre de l'insensé est en effet d'agir sans motif »⁹¹⁷. Le contractant qui agirait sans aucune raison particulière aurait donc un comportement susceptible d'être qualifié d'irrationnel. En ce sens, la décision prise par un contractant constituerait nécessairement un acte causé⁹¹⁸. À partir du moment où l'édiction d'un acte ou la prise d'une décision se trouvent dictées par un motif, le contractant agirait de manière rationnelle. En effet, « chaque décision implique le choix d'un but et un comportement approprié »⁹¹⁹. Pour que l'exigence de justification de l'exercice d'un droit soit considérée comme étant satisfaite, le fait que le contractant n'ait pas agi sans raison ne saurait cependant suffire⁹²⁰. Dès lors, que peut bien vouloir

⁹¹³ Rappr. J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 69 et s., spéc. p. 86 : « On peut [...] considérer la rationalisation du droit comme une libération de l'homme dans certaines conditions, mais dans d'autres comme son asservissement ».

⁹¹⁴ Rappr. G. KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », in *La logique du droit*, APD 1966, t. 11, p. 7 et s., spéc. p. 23.

⁹¹⁵ En ce sens, J. REDET, « Émotion et prise de décision », in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS (dir.), *Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare & Martin, 2017, p. 153 et s., spéc. p. 164.

⁹¹⁶ En ce sens, Ch. GRZEGORCYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 241 : « [...] quel que soit le mécanisme psychologique de la décision juridique, celle-ci doit en général être motivée et donc justifiée rationnellement, faute de quoi, elle serait invalidée par les mécanismes du contrôle juridique » (nous soulignons).

⁹¹⁷ E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 181, p. 118.

⁹¹⁸ V. par ex., H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 239 : « Si par motivation nous entendons tout ce qui pousse quelqu'un à s'engager dans une voie particulière, toute action est motivée – par définition ». Comp. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n° 244, p. 252 : « [...] le droit français n'était pas aussi rebelle qu'on peut le croire à la catégorie des actes abstraits. Il est permis de penser cependant qu'en général tout acte juridique est un acte causé ». V. par ailleurs, sur les actes abstraits en droit des contrats, Th. GENICON, « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 961 et s.

⁹¹⁹ H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 6.

⁹²⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 6, p. 309 : « Seule [...] nous intéresse ici la motivation comme justification discursive de la finalité [...] ». Rappr. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017, n° 307, p. 264 :

signifier l'hypothèse suivant laquelle l'obligation de justifier une décision conduit à une rationalisation des décisions prises par un contractant ? La rationalisation désigne, dans cette situation, *la soumission de l'action d'un contractant à un examen de sa rationalité*. Il en résulte un recul de l'autonomie de la rationalité du contractant. Dans une telle perspective, celui-ci ne peut se prévaloir de la règle contenue dans l'adage *neminem laedit qui suo jure utitur*, celle-ci renvoyant à l'idée d'un droit conçu comme pouvoir autonome de volonté⁹²¹. En effet, l'exigence de justification place les décisions sous l'influence d'une rationalité substantielle qui oriente l'action du contractant. Une telle rationalité a, pour principale caractéristique, de pouvoir faire l'objet d'une reconstitution judiciaire *a posteriori*. Dans cette perspective, les contractants « seront naturellement amenés à reconsidérer les finalités de leur action, à en découvrir ou à en inventer d'autres, à “rationaliser” *ex post* leur action »⁹²². Quoi qu'il en soit, lorsqu'il est fait mention, dans la présente étude, d'un « acte causé », l'expression ne sert pas à désigner un acte pris par un contractant animé d'un motif quelconque mais, plus particulièrement, l'acte dont l'édiction repose sur des motifs légitimes. Dans ce second cas, le domaine des actes causés s'en trouve considérablement réduit par rapport au premier. Ces deux situations doivent être résolument distinguées, seule la dernière renvoyant à l'exercice d'un droit finalisé.

204. Usage raisonnable et usage rationnel des droits. – L'étymologie suggère un rapprochement entre le « raisonnable » et le « rationnel » dans la mesure où les deux termes partagent la même racine *ratio*. Pour autant, force est de constater que celui-ci est frappé de polysémie. Le terme paraît, entre autres, susceptible de désigner une raison, un raisonnement ou encore la faculté de raisonner du sujet⁹²³. Bien que les notions de raisonnable et de rationnel sont en principe distinctes, elles se trouvent fortement imbriquées en droit. En effet, « le droit connaît une interaction entre le rationnel et le raisonnable, et tend à instituer une complémentarité entre eux. Ils constituent ainsi les deux branches indissociables du raisonnement [...]. Rationnel et raisonnable sont nécessaires

« [...] à travers la motivation, ce n'est pas tant un comportement qui est pris en compte, que le contenu même de l'acte. Elle tend à expliciter son fondement, sa finalité ».

⁹²¹ Sur cet adage, H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 6^e éd., LexisNexis, 2014, V^o « *Neminem laedit qui suo jure utitur* », p. 226. V. égal. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. de J.-Ph. LEVY, PUF, 1980, p. 75.

⁹²² E. FRIEDBERG, « Rationalité », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012, p. 607 et s.

⁹²³ En ce sens, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « Ratio », p. 852.

l'un à l'autre ; ils se nourrissent l'un de l'autre, et c'est leur coexistence, leur conflit et leur conciliation qui donnent au droit sa vie »⁹²⁴.

205. Si la finalisation des droits ne s'opère pas par le recours au standard du raisonnable, indépendamment d'ailleurs de l'expression formelle de celui-ci⁹²⁵, elle traduit d'une certaine manière la volonté d'éviter l'usage déraisonnable des prérogatives juridiques⁹²⁶. Suivant la formule de Perelman, « tout droit, tout pouvoir légalement protégé est accordé en vue d'une certaine finalité : le détenteur de ce droit a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il l'exerce. Mais aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit »⁹²⁷. La finalisation des droits ne saurait se résumer à la sanction des usages déraisonnables par les contractants de leurs droits. En effet, les limites apportées à l'exercice des prérogatives dans ces deux situations se distinguent. Finaliser un droit revient à définir *positivement* les raisons pour lesquelles un contractant peut en user alors que la sanction d'un usage déraisonnable ne permet que de déterminer *négativement* les limites de l'action⁹²⁸. La finalisation des droits marque donc un degré supplémentaire dans l'encadrement des prérogatives par rapport aux hypothèses dans lesquelles l'usage déraisonnable ou excessif du droit se trouve sanctionné⁹²⁹. Les prérogatives se trouvent davantage relativisées lorsqu'elles sont finalisées.

⁹²⁴ G. KHAIRALLAH, « Le “raisonnable” en droit privé français, développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439 et s., spéc. n° 30, p. 461. Comp. Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Formes de rationalité en droit*, *APD* 1978, t. 23, p. 35 et s., spéc. p. 42.

⁹²⁵ Sur l'augmentation des références au standard du « raisonnable » sans que cela ne conduise à une modification des fonctions qui lui sont classiquement dévolues, F. VINEY, « L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D.* 2016, p. 1940, spéc. n° 13, p. 1941 ; M. LAGELEE-HEYMANN, « Le “raisonnable” dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473 et s., spéc. n° 3, p. 474.

⁹²⁶ Considérant l'exercice excessif et déraisonnable d'un droit comme constitutif d'un manquement à l'exigence de bonne foi, l'article 7 du Code civil du Québec dispose : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».

⁹²⁷ Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Formes de rationalité en droit*, *APD* 1978, t. 23, p. 35 et s., spéc. p. 42. V. égal. G. KHAIRALLAH, « Le “raisonnable” en droit privé français, développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439 et s., spéc. n° 22, p. 455.

⁹²⁸ Rappr. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : La théorie de M. Jean Dabin », *RDP* 1954, p. 753 et s., spéc. p. 763-764 : « il y a une très grande différence entre l'hypothèse d'assignation d'une fin unique, et les hypothèses d'exclusion d'une fin ou d'un petit nombre de fins : la liberté faisait totalement défaut dans la première ; de la liberté apparaît dans la seconde ».

⁹²⁹ Sur la sanction de l'usage excessif des droits, D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005, n° 442, p. 396 : « Fixer, par la prise en compte de l'excès, un seuil extrême, une limite du tolérable à l'usage des droits subjectifs, c'est chercher à éviter que les prérogatives conférées à chacun d'entre nous ne deviennent un moyen d'asservissement ou de domination de l'autre, et partant, une source de désordres ».

206. Envisagée comme une incidence de la finalisation des droits, la rationalisation des décisions contractuelles se réalise à travers la mise en œuvre de moyens variés d'encadrement de la prise de décision (chapitre 1). Ces modes de limitation du pouvoir du contractant, consistant à subordonner la prise de décision au respect d'un certain nombre de conditions, remplissent plusieurs fonctions qui semblent toutes converger vers la recherche d'une acceptation, ou du moins une certaine acceptabilité, de la décision (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les moyens de la rationalisation des décisions

Chapitre 2 : Les fonctions de la rationalisation des décisions

CHAPITRE 1 : LES MOYENS DE LA RATIONALISATION DES DECISIONS

207. La décision comme support de la rationalisation de l'action. – L'étude des incidences de la finalisation des pouvoirs dans le contrat doit être réalisée en considération des décisions contractuelles dans la mesure où celles-ci témoignent de l'existence de ceux-là. En effet, dans une perspective dynamique de l'agir humain, la décision constitue l'une des principales formes du pouvoir reconnu à une personne, bien qu'elle n'en soit probablement pas la seule⁹³⁰. Selon Gaudemet, « l'analyse du pouvoir, de ses formes, de ses moyens d'action, des agents qui l'exercent, trouve sa conclusion normale dans une réflexion sur la décision. Tout pouvoir tend en effet à l'action et l'action implique décision »⁹³¹. Encadrer la décision prise par un contractant dans une situation donnée rejaillit nécessairement sur le pouvoir qu'il détient de prendre une telle décision⁹³². La décision prise par un contractant se concrétisera donc le plus souvent par la prise d'un acte unilatéral, dont le congé constitue l'archétype⁹³³. Cet acte unilatéral constitue l'expression de la volonté de son auteur à l'égard du contractant qui en constitue le destinataire⁹³⁴. L'analyse des règles régissant la décision permettra par conséquent de prendre la mesure de l'influence de la finalisation des prérogatives juridiques. L'appréhension des décisions contractuelles unilatérales s'en trouvera d'autant plus facilitée que le législateur ou le juge

⁹³⁰ Estimant que le pouvoir peut non seulement se manifester par une prise de décision mais encore par une inaction, J. GAUDEMET, *Sociologie historique, Les maîtres du pouvoir*, Montchrestien, 1994, note de bas de page n° 3, p. 92-93. Rappr. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 151 : « [...] l'exercice d'un droit individuel se manifeste le plus souvent sous la forme d'un pouvoir de volonté : on décide généralement librement d'exercer son droit ou de ne rien faire ».

⁹³¹ J. GAUDEMET, *Sociologie historique, Les maîtres du pouvoir*, Montchrestien, 1994, p. 92. Égal. en ce sens, C. PUIGELIER, « Les mots de la décision en droit et en psychologie cognitive », in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS, *Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare et Martin, 2007, p. 93 et s., spéc. p. 97 ; Rappr. A. BERTHOZ, *La décision*, Odile et Jacob, 2003, p. 9.

⁹³² Rappr. F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, p. 566 et s., spéc. n° 11, p. 572 : « Il est dans la nature des actes unilatéraux d'être motivés, à partir du moment où ils expriment une situation de pouvoir » ; 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 et s., spéc. n° 8, p. 587 : « Le pouvoir étant la prérogative juridique destinée à permettre la réalisation d'intérêts qui dépassent ceux de son titulaire, n'est-on pas en présence d'un pouvoir lorsque la décision d'un contractant requiert l'énoncé des motifs qui la fondent ».

⁹³³ Par ex. sur la nature d'acte unilatéral du congé délivré par le bailleur d'un bail d'habitation, Cass. 3^e civ., 12 juin 1996, n° 94-16.701, *Bull. civ.* III, n° 138 ; Cass. 3^e civ., 12 juill. 1988, n° 86-19.610, *Bull. civ.* III, n° 126.

⁹³⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s., spéc. n° 2, p. 574 : « [...] par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté ».

y fera explicitement référence⁹³⁵. Le terme de décision se trouve en effet employé à de multiples occasions dans les dispositions textuelles. À ce titre, peuvent être mentionnées diverses législations régissant, entre autres, la décision unilatérale de rupture du contrat et au titre desquelles figurent le droit des baux d'habitation⁹³⁶, le droit du licenciement⁹³⁷ ou encore le droit des sociétés⁹³⁸. C'est également le juge qui, dans l'application de certains textes, se réfère parfois à la décision prise par une partie alors que le législateur lui-même n'en faisait guère mention⁹³⁹. La figure de la décision se laisse moins facilement saisir lorsque lui est préféré un terme constituant « un autre équivalent fonctionnel de la décision »⁹⁴⁰. Lorsqu'il n'est pas explicitement fait allusion à la décision ou à une notion équivalente, c'est alors aux pouvoirs des contractants qu'il conviendra de s'intéresser dès lors que leur exercice se traduit par la prise de décisions juridiquement contraignantes pour leur destinataire⁹⁴¹. De la sorte, la réforme du droit des contrats de 2016-2018 a institué plusieurs prérogatives unilatérales contenant un véritable pouvoir décisionnel⁹⁴². Ainsi, les articles 1164 et 1165 du Code civil, consacrant et régissant la fixation unilatérale du prix

⁹³⁵ V. P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 185 : « Certaines décisions sont expressément nommées. En ce sens, un pan entier du droit du travail prend pour objet non pas le contrat mais la décision ».

⁹³⁶ Article 15-I, alinéa 1^{er}, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : « Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié par *sa décision* de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux [...] » (nous soulignons).

⁹³⁷ L'article L 1232-2, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose ainsi : « L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant *toute décision*, à un entretien préalable » (nous soulignons). L'article L. 1232-3 du même Code prévoit quant à lui qu'« au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de *la décision* envisagée et recueille les explications du salarié » (nous soulignons).

⁹³⁸ V. par ex. l'article L. 223-25 du Code de commerce prévoyant que : « Le gérant peut être révoqué par *décision* des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Si la révocation est *décidée* sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts » (nous soulignons). Rapp. l'article 1851 du Code civil.

⁹³⁹ Par ex. Cass. 13 mars 2001, n° 98-16.197, *Bull. civ.* IV, n° 60. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait estimé, au visa de l'ancien article 1382 du Code civil, que la décision de révocation d'un gérant de société à responsabilité limitée prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés – une telle décision étant par ailleurs inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social – caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute.

⁹⁴⁰ P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 186.

⁹⁴¹ En ce sens, P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 186.

⁹⁴² En ce sens, N. FERRIER, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 127 et s., spéc. p. 128. V. égal. sur les prérogatives unilatérales et la réforme du droit des contrats, *Dossier, Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, *RDC* 2018, p. 502 et s. ; Th. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887. *Adde*, plus généralement, M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018 ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.

dans les contrats-cadre et les contrats de prestation de service, ne font pas expressément référence au pouvoir ou à la décision. Cependant, il ne fait guère de doute que ces textes reconnaissent, dans les contrats concernés, un pouvoir de décision unilatérale au profit de l'un des contractants. Il en va de même de certaines sanctions unilatérales telles que la réduction du prix, la suspension de l'exécution de l'obligation ou encore la résolution du contrat par notification, à propos desquelles les textes nouveaux n'évoquent jamais la figure de la décision⁹⁴³. À n'en pas douter, c'est pourtant bien de décisions unilatérales dont il s'agit dans l'ensemble de ces situations. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 parle explicitement de « décision » à propos de l'exercice de certains de ces nouveaux pouvoirs reconnus aux contractants⁹⁴⁴.

208. La rationalisation des décisions puise sa source dans la soumission du pouvoir des contractants à certaines conditions, parmi lesquelles figurent des exigences d'ordre procédural et d'autre d'ordre substantiel⁹⁴⁵. En tant que norme s'imposant à son destinataire⁹⁴⁶, la décision contractuelle peut donc être encadrée tant dans sa procédure d'édition que dans son contenu.

209. L'encadrement des décisions sur lequel débouche la finalisation des droits influe tout d'abord sur les conditions de l'édition de la décision à travers l'instauration d'une véritable procédure décisionnelle (section 1). Il exerce ensuite une incidence sur le

⁹⁴³ Rappr. H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 et s. : « La progression de l'unilatéralisme des sanctions contractuelles est spectaculaire qui concerne désormais non seulement la résolution mais aussi la réduction du prix du contrat et le remplacement du débiteur ».

⁹⁴⁴ Le rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 évoque ainsi à propos de l'article 1220 du Code civil, instituant une faculté de suspension par anticipation de sa prestation par le créancier avant toute inexécution, que « ce mécanisme est toutefois plus encadré que l'exception d'inexécution, puisqu'outre l'exigence de gravité suffisante de l'inexécution, la *décision de suspension* de la prestation doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie » (nous soulignons). Tel est aussi le cas de l'article 1223 prévoyant la réduction unilatérale du prix et à propos duquel le rapport indique notamment que « le créancier devra [...] notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa *décision de réduire le prix*, s'il n'a pas encore payé » (nous soulignons).

⁹⁴⁵ Rappr. sur la distinction entre les règles de fond et les règles de forme, Th. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000/2, p. 489 et s., spéc. p. 493 : « Les règles de fond se situent au cœur même de la vie juridique dans ce qu'elle a de plus essentiel – la liberté, la volonté notamment – alors que les règles de forme possèdent un caractère technique plus marqué et servent souvent à la mise en œuvre d'un comportement juridique ».

⁹⁴⁶ Sur la décision envisagée comme norme résultant d'une procédure, X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé), in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 142-143. Rappr. G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre contractuel », *Loyers et copr.* 2016, dossier 6, p. 12 et s., spéc. n° 9, p. 13 : « Par le contrat, les parties disposent d'un pouvoir normatif, qui leur permet d'édicter des règles et de contraindre l'une d'elles à les respecter ».

contenu même de la décision en limitant les motifs sur lesquels un contractant peut se fonder, objectivant ainsi ses décisions (section 2).

SECTION 1 : LA PROCEDURALISATION DES DECISIONS

210. L'instauration d'une procédure préalable à la prise de décision constitue un moyen de rationalisation des décisions contractuelles. Le terme de « procéduralisation » traduit ce mouvement⁹⁴⁷ qui doit rigoureusement être distingué d'autres dynamiques animant le droit dans son ensemble et, plus particulièrement, le droit des contrats. Si la réalité d'un tel mouvement est largement reconnue⁹⁴⁸, son accueil soulève en revanche quelques réserves⁹⁴⁹.

211. Procéduralisation des décisions et mouvements parallèles. – La procéduralisation peut être envisagée comme le développement de règles procédurales en l'absence même de procès⁹⁵⁰. Ce faisant, la procéduralisation se distingue tout d'abord de la processualisation qui implique nécessairement l'existence d'une procédure contentieuse et renvoie, quant à elle, à l'idée d'un recours croissant au juge dans le règlement des litiges⁹⁵¹. Comme l'indique M. Cadiet, « processualisation dérive de procès et le procès

⁹⁴⁷ Ch. PIGACHE, « Propos introductions à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 107 : « [...] l'idée même d'évolution est contenue dans le terme même de procéduralisation. Il fait partie de ces néologismes qui, comme l'a écrit le Professeur Antoine Jeammaud, qualifient des tendances et dont la désinence évoque, soit le changement en cours, soit la stratégie à l'œuvre ».

⁹⁴⁸ Sur ce point, X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 141. V. égal. sur l'intensification du phénomène, J. NORMAND, « Procédure », in L. CADDIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1053 et s., spéc. p. 1058.

⁹⁴⁹ Émettant de telles réserves, P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 177 ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47 et s., spéc. p. 69.

⁹⁵⁰ Sur la contribution de la réforme du droit des contrats au mouvement de procéduralisation du droit, H. BARBIER, « Propos introductifs », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, hors-série n° 3, p. 5 et s., spéc. n° 18 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 170-171 ; D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, public. électron. www.daniel-mainguy.fr, Montpellier, 2016, n° 19, p. 24 et n° 139, p. 115 ; H. CROZE, « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures* avr. 2016, n° 4, étude 3 ; X. LAGARDE, « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017, p. 715.

⁹⁵¹ Comp. à propos de la sanction judiciaire des irrégularités de forme affectant le congé délivré par le bailleur d'un bail d'habitation, Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1987, n° 85-18.477 : *Bull. civ.* III, n° 65 : « le congé à fin de reprise, préliminaire indispensable à l'action en justice, participe du caractère d'acte de procédure ». V. notamment pour une appréciation critique de cette décision, B. BLANC-JACOB, *Le congé dans le bail*

étant la manière dont un litige est réglé grâce à l'intervention d'un tiers impartial départageant les intérêts en conflit, nous définirons la processualisation du contrat comme l'intervention du juge dans la solution d'un litige contractuel »⁹⁵². L'évocation d'une procéduralisation ne se fera donc pas en référence à une procédure juridictionnelle mais pour désigner, « au sens matériel du terme, l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise de décision »⁹⁵³. Pour autant, les règles applicables aux procédures contentieuses ne sont pas sans incidence sur ces procédures qui s'appliquent indépendamment de tout contentieux judiciaire. La procéduralisation concerne l'application, à des actes pris en dehors de tout litige, de garanties procédurales normalement applicables au procès. N'intéressant pas en premier lieu le procès, la procéduralisation n'est cependant pas dépourvue de lien avec celui-ci. En effet, « la procéduralisation du droit consiste à retrouver des règles du droit du procès dans d'autres branches du droit, en l'absence même d'un procès »⁹⁵⁴.

212. En tout état de cause, la procéduralisation, au sens où elle est entendue dans le cadre de ces développements, ne doit pas être confondue avec la judiciarisation qui traduit l'extension du recours au juge⁹⁵⁵. Le terme de régulation a également été employé afin de désigner les procédures qui se développent en dehors de toute saisine du juge⁹⁵⁶. La procéduralisation du droit peut en effet s'analyser en une forme de régulation entendue,

immobilier urbain, préf. de Ph. DELEBECQUE, avant-propos de J.-L. AUBERT, LGDJ, 2006, n° 139, 75 et s. et 156 et s.

⁹⁵² L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23 et s., spéc. n° 32, p. 41.

⁹⁵³ J. NORMAND, « Procédure », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1053 et s., spéc. p. 1053. V. égal. Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 109.

⁹⁵⁴ Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 112-113. Adde, L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. n° 8, p. 196 : « Ce n'est certes pas le fruit du hasard si certaines exigences du procès équitable, dans son acception, purement juridictionnelle, comme le principe de la contradiction, dépassent les limites de la procédure judiciaire pour innover, de proche en proche [...] encore la vie des institutions dans leur fonctionnement disciplinaire ».

⁹⁵⁵ La judiciarisation serait, selon certains auteurs, l'une des formes qu'emprunte la procéduralisation du droit. En ce sens, Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 108.

⁹⁵⁶ V. A. SUPLOT, « La justice sociale saisie par la régulation », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 427 et s., spéc. p. 428. V. aussi P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé » in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 184 : « [...] la procéduralisation consacre l'essor d'un mode original de régulation [...] ».

lato sensu, comme l'« équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices »⁹⁵⁷. Toutefois, ainsi défini, le terme de régulation ne permet pas de préciser la spécificité du mouvement qu'incarne la procéduralisation des décisions. Dans cette perspective, parler de régulation n'apporte aucune indication quant à la teneur exacte des règles imposées afin d'encadrer l'action d'un individu en particulier. C'est pourquoi le terme de procéduralisation doit lui être préféré afin de désigner l'accroissement des règles de procédure visant, en l'absence de tout procès, à un encadrement du processus décisionnel. Par ailleurs, parce que le droit public a historiquement constitué l'une des premières disciplines à connaître un tel mouvement de procéduralisation, son développement en droit privé a parfois été perçu comme le signe de sa « publicisation »⁹⁵⁸. Sans qu'il soit nécessaire d'y voir la trace d'une influence du droit public sur le droit privé, l'existence d'une procéduralisation des décisions dans les deux disciplines atteste que les rapports de pouvoir se retrouvent ailleurs que dans la sphère du droit public⁹⁵⁹. Ainsi, l'essor et l'intensification du pouvoir en droit privé s'accompagnent de garanties et limitations analogues à celles qui entourent un tel phénomène en droit public. « En réalité, le droit est un et il est probablement normal que des mécanismes initialement mis en place en droit public ou pour le droit du procès soient utilisés dans les rapports de droit privé, dès lors qu'ils répondent désormais aux mêmes besoins. *Le pouvoir privé reconnu par un contrat est tout aussi finalisé que celui de l'Administration et porteur des mêmes risques d'arbitraire*. Aussi le mode d'exercice de ce pouvoir et son contrôle peuvent-ils obéir aux mêmes principes directeurs »⁹⁶⁰. La procéduralisation des décisions manifeste une telle convergence des mécanismes d'encadrement de l'exercice des prérogatives juridiques.

213. Finalement, plusieurs expressions équivalentes peuvent être retenues pour désigner ces procédures qui se développent en dehors de tout recours au juge : « procédures

⁹⁵⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, V^o « Régulation », p. 884.

⁹⁵⁸ Sur le thème de la publicisation du contrat, P. ANCEL, « Dirigisme contractuel et publicisation du contrat », in W. DROSS et Th. FAVARIO, *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 245 et s.

⁹⁵⁹ Sur l'émergence de nouvelles formes de subordination en droit privé, A. SUPIOT, *Le droit du travail*, 7^e éd., PUF, 2019, p. 73 et s. ; P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ?, Travail sous *BIG DATA* : les transformations du pouvoir », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 545 et s.

⁹⁶⁰ M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397 et s., spéc. n^o 23 (nous soulignons).

non contentieuses »⁹⁶¹, « procédures internes »⁹⁶², « procédures sans procès »⁹⁶³, etc. La nécessité de préciser systématiquement la nature de ces procédures démontre qu'il n'est pas évident de concevoir l'idée d'une procédure n'induisant pas le recours à un juge. Un tel constat explique sans doute que certains auteurs demeurent réticents à recourir au vocable de « procédure » pour désigner les étapes préalables à la prise de décision en lui préférant celui de « processus ». En ce sens, analysant certains textes du Code civil réformé⁹⁶⁴, M. Balat relève qu'ils contiennent « une spécificité de forme » en ce qu'« ils établissent *un ensemble d'opérations successives* aux fins d'atteindre un *résultat* déterminé, imposé comme un mode d'emploi, une recette, à qui entend mettre en œuvre un mécanisme juridique »⁹⁶⁵. S'interrogeant quant à l'éventualité d'un rapprochement entre le phénomène ainsi observé et l'idée de procéduralisation du droit, l'auteur estime que celui-ci est envisageable « à condition d'entendre le processus non pas comme une procédure, qui paraît contenir en elle l'idée de recours au juge, mais comme l'enchaînement d'étapes imposé par une norme »⁹⁶⁶. Pourtant, la procéduralisation renvoie bien à la mise en œuvre de règles applicables au procès en l'absence de tout procès. Ainsi comprise, elle ne se distingue pas véritablement de ce que l'auteur qualifie de « règles instituant des processus en droit des contrats »⁹⁶⁷. La notion de procédure peut en réalité se concevoir dans une perspective non exclusivement contentieuse : les expressions de « procédures non contentieuses », de « procédures internes » ou encore de « procédures sans procès » en rendent justement compte. L'association d'un qualificatif au substantif procédure permet d'écarter toute ambiguïté quant à la nature de cette dernière. C'est l'accroissement de telles

⁹⁶¹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, p. 303 et s. L'expression de procédure non contentieuse se retrouve surtout en droit administratif où elle est utilisée pour désigner notamment le processus préalable à la prise d'une décision administrative. V. par ex., J. M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, p. 27 et s.

⁹⁶² E. LAFUMA, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 14, p. 10 : « Le terme de "procédure interne" pourrait être sollicité pour désigner, de manière générique, l'ensemble des règles édictées par le législateur, ou posées par le juge, en vertu desquelles l'employeur doit soumettre les décisions qu'il envisage de prendre à une discussion interne à l'entreprise ».

⁹⁶³ S. GUINCHARD, M. BRANDAC, M. DOUCHY, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2^e éd., 2003, spéc. p. 987 et s.

⁹⁶⁴ Il s'agit en l'occurrence des articles 1195, 1221 à 1223 et 1226 du Code civil.

⁹⁶⁵ N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur "le formalisme méthodique" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895 et s., spéc. p. 895 (souligné par l'auteur).

⁹⁶⁶ N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895 et s., spéc. note de bas de page 4, p. 895.

⁹⁶⁷ N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur "le formalisme méthodique" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895 et s.

procédures dans la sphère juridique que traduit le mouvement de procéduralisation du droit. Quoi qu'il en soit, soumettre la prise de décision au respect d'exigences procédurales revient à inscrire la décision dans un processus décisionnel. L'établissement de procédures préalables se présente comme un moyen de rationaliser la décision prise à l'issue de ce processus.

214. Du contrat et des procédures. – Loin d'être une inconnue du contrat, la procédure l'innerve au contraire à tous les stades, allant de sa formation⁹⁶⁸ jusqu'à son extinction⁹⁶⁹. Ainsi, la procéduralisation à l'œuvre dans le contrat limite la portée d'une distinction entre ces différents moments du contrat⁹⁷⁰.

En droit privé, le mouvement de procéduralisation des décisions paraît particulièrement avancé dans le contrat de travail et notamment à propos de sa rupture lorsque celle-ci intervient à l'initiative de l'employeur. En effet, depuis la loi du 13 juillet 1973, le législateur a mis en place une véritable procédure de licenciement tout en subordonnant en parallèle la décision de licencier à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse⁹⁷¹. Conformément aux articles L. 1232-2 et L. 1232-3 du Code du travail, l'employeur qui envisage de licencier un salarié a l'obligation de le convoquer, préalablement à toute décision, à un entretien préalable et doit, au cours de cet entretien, indiquer au salarié les motifs de la décision envisagée à son encontre ainsi que recueillir ses explications. La décision patronale en ressort procéduralisée et se trouve ainsi conditionnée au respect d'un ensemble de garanties procédurales au titre desquelles figure

⁹⁶⁸ V. J. NORMAND, « Procédure », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053 et s., spéc. p. 1054. Dans le même sens, MM. J.-L. AUBERT et F. COLLART DUTILLEUL consacrent dans leur ouvrage un chapitre au traitement du « processus de conclusion du contrat », in *Le contrat. Droit des obligations*, 5^e éd., Dalloz, 2017, p. 51 et s. Adde, N. DISSAUX, « Consensualisme », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 260 et s., spéc. p. 261.

⁹⁶⁹ Peuvent être mentionnés à ce titre la procédure de préavis ou encore les différentes procédures de licenciement instituées par le Code du travail. V. égal. en ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « La redécouverte des “piliers du droit” : le contrat et la responsabilité, Introduction », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 279 et s., spéc. n° 9, p. 282-283 : « [...] le contrat est un objet inséré dans des procédures [...] ».

⁹⁷⁰ En ce sens, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 1267, p. 806.

⁹⁷¹ Pour une critique de l'utilisation du terme « procédure » s'agissant de la « procédure de licenciement », G. LYON-CAEN, « Le langage en droit du travail », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 1 et s., spéc. p. 4-5 : « Le législateur s'est apparemment trompé de mot. Ce n'est ni une procédure du Droit processuel, ni même au sens du Droit administratif. Ce sont les phases d'élaboration d'un acte de Droit privé. [...] Le Droit du travail emprunte des mots mais transforme leur sens : la prudence s'impose ». Comp. J. NORMAND, « Procédure », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1053 et s., spéc. p. 1054 : « [...] la notion générale de procédure convient assez bien aux applications non-juridictionnelles de cette dernière » (souligné par l'auteur).

l'exigence de communication des motifs de la décision. La question des motifs et celle des règles procédurales entourant la prise de décisions se recoupent donc au moins partiellement. En effet, il existe une corrélation entre l'instauration d'exigences de justification et le développement de procédures préalables à la prise de décision. Réalisant une étude de la justification des mesures de gestion du personnel, M. Guiomard soutient que « les règles de la procédure non contentieuse ont pour finalité essentielle d'exiger de l'employeur qu'il dévoile les raisons de ses choix aux salariés »⁹⁷². La prise en compte des motifs de l'employeur se trouverait donc au cœur de la procéduralisation de la décision patronale. En effet, l'auteur poursuit en affirmant que « l'explication et la transparence ne seraient pas complètes si elles se limitaient à une simple indication du motif. Les règles de la procédure permettent un exposé plus complet en exigeant que les raisons soient soumises à un débat contradictoire entre l'employeur et le destinataire de l'acte »⁹⁷³. D'ailleurs, un tel constat ne se cantonne ni au droit du licenciement ni même à celui du droit du travail. À ce titre, le droit des sociétés offre d'autres illustrations de garanties procédurales encadrant la prise de décisions conjointement à l'instauration d'une exigence de justification⁹⁷⁴. Ainsi, la régularité de la révocation de certains dirigeants sociaux dépendra du respect d'une procédure en plus d'une exigence de juste motif⁹⁷⁵. Il en va ainsi de la révocation du gérant de SARL dans la mesure où l'article L. 223-25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce prévoit que « le gérant est révocable par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. [...] Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts ». En matière de révocation des dirigeants de société, la procéduralisation se manifeste surtout par sa soumission au respect du principe du contradictoire⁹⁷⁶. M. Pigache souligne ainsi à propos du contradictoire que « son application en dehors de l'enceinte d'un tribunal est aussi une marque de la

⁹⁷² F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 250, p. 165.

⁹⁷³ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 250, p. 165.

⁹⁷⁴ V. D. GIBIRILA, « Juste motif de révocation et principe de la contradiction », note sous Cass. com., 3 mars 2015 et 14 avr. 2015, *Journ. sociétés* 11/2015, p. 48.

⁹⁷⁵ V. notamment, N. BINCTIN, « La légalité procédurale en droit des sociétés – Contribution à l'étude de la révocation », *LPA* 12 sept. 2006, n° 182, p. 3. De manière plus générale, L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars 2006, spéc. n° 35 : « [...] si la légalité procédurale n'existait pas, il faudrait l'inventer car, dans une société en perte de repères, l'existence et le respect des règles de procédure sont encore le meilleur moyen d'éviter les erreurs et les injustices ».

⁹⁷⁶ V. P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly* 1996, n° 1, p. 11 et s.

procéduralisation du droit »⁹⁷⁷. La procéduralisation de la décision de révocation pourrait également se concrétiser par l'instauration d'une motivation obligatoire⁹⁷⁸. Dès lors qu'elle est strictement entendue comme la communication des motifs, et non la nécessité de disposer de justes motifs, l'exigence de motivation se concilie avec le caractère *ad nutum* de la révocation. La procéduralisation de la décision ne suffirait donc pas, à elle seule, à faire basculer une prérogative de la catégorie des droits pouvant être exercés *ad nutum* à celle des droits finalisés⁹⁷⁹. À l'inverse, l'instauration d'une exigence de justes motifs est susceptible de déboucher sur la mise en place de garanties procédurales et, notamment, sur une obligation de motivation. Un tel constat permet d'affirmer que la finalisation des droits contribue au mouvement de procéduralisation des décisions contractuelles.

215. Règle de procédure et règle de forme. – Dans une opposition classique entre la forme et le fond, la procédure serait, de prime abord, à ranger du côté de la forme⁹⁸⁰. Pourtant, si la procédure entretient indiscutablement des liens avec l'instauration d'un certain formalisme, elle ne saurait cependant être réduite à de pures règles de forme. En effet, les règles de procédure peuvent avoir une incidence sur le fond du droit, rapprochant ainsi conditions procédurales et conditions substantielles. De cette façon, la frontière séparant les exigences de forme des exigences de fond pourrait se brouiller en présence de règles de nature procédurale⁹⁸¹. Il n'est donc pas toujours aisé de déterminer la nature de la règle concernée ainsi que la teneur des exigences qu'elle contient. Comme l'affirme M. Encinas de Munagorri, « la difficulté est inhérente à la superposition de deux oppositions principales : tantôt la forme est opposée à la procédure ; tantôt forme et procédure sont réunies pour s'opposer au fond. En vérité, l'opposition entre forme et procédure gagne en clarté si on la rapporte à celle qui existe entre *negotium* et *instrumentum*. Alors que les formes de l'acte renvoient au seul *instrumentum*, la procédure concerne pour l'essentiel le

⁹⁷⁷ Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 111.

⁹⁷⁸ M.-H. DE LAENDLER, « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés*, mai 2000, p. 6 et s.

⁹⁷⁹ L'exigence de contradiction exerce toutefois une certaine influence sur le fond de la décision de révocation. V. ainsi, K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488, spéc. n° 14 : « L'application du principe de la contradiction comportant l'embryon d'un régime de révocabilité restreinte, elle pose nécessairement le problème du contrôle des motifs de la révocation ».

⁹⁸⁰ Par ex. sur la distinction entre la forme et le fond de l'acte juridique, S. BISSARDON, *Guide du langage juridique, Vocabulaire, pièges et difficultés*, 4^e éd., LexisNexis, 2013, V° « fond et forme », p. 365.

⁹⁸¹ Rapp. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 39 : « En réalité, dans toute construction juridique, la forme et le fond se complètent et s'équilibrent pour parvenir à un résultat, si bien qu'elles finissent par se confondre et se mélanger du point de vue méthodologique ».

negotium »⁹⁸². Quoi qu'il en soit, l'existence de telles difficultés ne remet nullement en cause le mouvement de procéduralisation des décisions en droit des contrats. En effet, « par-delà une certaine imprécision de l'utilisation des termes "forme", "formalité" et "procédure", force est de constater que la terminologie ne constitue pas un obstacle à la notion de procédure non contentieuse en droit privé »⁹⁸³.

216. La procéduralisation qui est à l'œuvre intervient surtout en présence d'actes unilatéraux faisant grief à leurs destinataires⁹⁸⁴. Figurent au titre des principes régissant de tels actes celui du contradictoire, qui trouve sa principale manifestation dans la tenue d'un entretien préalable, et celui de la motivation. Ils constituent « une sorte de minimum procédural »⁹⁸⁵. La teneur de ces principes démontre en tout cas que les règles de procédure ne peuvent être strictement assimilées à des règles de forme⁹⁸⁶. Par ailleurs, c'est principalement la nécessité de respecter les droits de la défense de la partie soumise à la décision de son cocontractant qui conduit à l'édiction d'une procédure⁹⁸⁷. En ce sens, M. Lagarde considère que « la procéduralisation ne sort pas de nulle part. Elle répond à une demande, celle d'individus soucieux du respect de leurs droits. Elle est une réponse technique à une demande »⁹⁸⁸. Admettre l'existence de décisions faisant grief à un contractant placé dans un état de sujétion favorise ainsi l'essor de procédures en l'absence

⁹⁸² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, n° 374, p. 312.

⁹⁸³ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, n° 374, p. 312.

⁹⁸⁴ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars 2006, spéc. n° 3 : « [...] l'exigence de légalité rayonne au-delà du procès civil vers toutes les procédures de droit civil au terme desquelles est prise une décision susceptible d'affecter un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur » ; 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 et s., spéc. n° 7, p. 587 : « Au demeurant, n'est-il pas naturel que l'auteur d'une décision faisant grief à autrui soit tenu de lui indiquer les raisons de son choix ? ». Rappr. à propos de la motivation des décisions administratives défavorables, H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 49 et s., spéc. p. 52.

⁹⁸⁵ L'expression est empruntée à X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé), in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 156.

⁹⁸⁶ En ce sens, opérant une distinction entre la procéduralisation de la décision et le formalisme, P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 191.

⁹⁸⁷ J. NORMAND, « Procédure », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1053 et s., spéc. p. 1056.

⁹⁸⁸ X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé), in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 166.

de procès⁹⁸⁹. Ce qui revient à affirmer que « chaque fois qu'une personne, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale, exerce un pouvoir au détriment d'autrui, elle est susceptible d'être contrainte dans son action par une exigence procédurale »⁹⁹⁰. Les dispositions imposant à l'administration de motiver certaines décisions administratives en témoignent au même titre que celles régissant la révocation du dirigeant de société ou encore le licenciement du salarié. Il résulte ainsi de l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration une exigence de motivation des « décisions administratives individuelles défavorables »⁹⁹¹. Selon le texte, figurent parmi ces décisions celles qui infligent une sanction⁹⁹², subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions⁹⁹³, retirent ou abrogent une décision créatrice de droits⁹⁹⁴, etc. L'article suivant prescrit quant à lui la motivation des « décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement »⁹⁹⁵. Au regard de ces dispositions, le caractère défavorable ou dérogoire de la décision justifie l'instauration d'une motivation obligatoire⁹⁹⁶. La motivation des actes privés répond à une logique similaire.

217. Règle de procédure et condition de fond. – Il a été observé précédemment que les règles de procédure ne pourraient être réduites à de pures règles de forme. Dès lors, l'exigence de justification peut-elle être assimilée à une règle de procédure ou constitue-t-

⁹⁸⁹ Rappr. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 1258, p. 801 : « [...] nous ne sommes pas défavorables à l'existence de prérogatives unilatérales, à condition que des règles procédurales plus rigoureuses viennent en garantir le caractère juste. Ces prérogatives unilatérales sont le signe d'un contrat qui peut devenir un instrument de domination ». V. aussi, L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, préf. de E. PUTMAN, LGDJ, 2013, n° 284 : « Le détour par certaines garanties procédurales fondamentales est [...] tentant pour rendre certaines ruptures contractuelles plus "équitables", même s'il ne doit pas être généralisé à toutes les ruptures contractuelles ».

⁹⁹⁰ S. GUINCHARD, M. BRANDAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *Droit processuel, droit commun du procès*, 1^{re} éd., Dalloz, 2001, p. 766. V. égal. X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé), in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 156.

⁹⁹¹ Article L. 211-2, al. 1^{er}, du Code des relations entre le public et l'administration (nous soulignons). V. égal. A. HACHEMI, « La motivation des actes administratifs », *RDA* 2019, n° 19, p. 78 et s., spéc. p. 93 ; A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 4^e éd., Armand Colin, 2005, V° « Motivation », p. 214 et s.

⁹⁹² Article L. 211-2, al. 2, 2° du Code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁹³ Article L. 211-2, al. 2, 3° du Code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁹⁴ Article L. 211-2, al. 2, 4° du Code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁹⁵ Article L. 211-3 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁹⁶ V. sur ce point, P. IDOUX, « La motivation des actes administratifs », in *La motivation, RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 94, spéc. p. 95 ; H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 49 et s., spéc. p. 55. V. dans le même sens à propos des actes unilatéraux de droit privé, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 444, p. 394.

elle une condition de fond devant résolument être distinguée de celle-ci ? La question se pose d'autant plus que la motivation des décisions est généralement envisagée comme un principe du droit processuel. Mais motiver n'est pas justifier et ainsi l'obligation qui est faite à l'auteur d'une décision d'énoncer les motifs qui la fonde se distingue de l'obligation de justifier de son bien-fondé. Il convient d'ajouter que les procédures non contentieuses ont pour caractéristique commune d'être nécessairement préalables à la décision. En ce sens, selon le *Vocabulaire juridique*, la procédure peut s'entendre comme l'« ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision »⁹⁹⁷. À l'inverse, la justification serait concomitante ou postérieure à la prise de décision. De ce point de vue, l'exigence de justification ne pourrait compter parmi les règles d'ordre procédural. Alors que la procédure concerne essentiellement le processus de prise de décision, la justification ne porte pas directement sur celle-ci. La justification constitue une exigence de fond qui, à proprement parler, se distingue de la procédure⁹⁹⁸. En effet, l'exigence de justification, qui seule permet de dévoiler le caractère finalisé d'une prérogative, restreint les raisons pour lesquelles un contractant peut prendre une décision alors que les règles de procédure ont principalement pour objet de garantir les conditions dans lesquelles la décision sera prise. Il s'agit cependant, dans ces deux situations, d'éviter que la décision contractuelle ne soit prise arbitrairement et ainsi d'assurer la protection du destinataire⁹⁹⁹. Ces différents moyens d'encadrement de l'exercice des droits ne sont donc pas étrangers du point de vue de leurs fonctions. Procédure et justification accusent néanmoins des différences au regard des relations qu'elles entretiennent.

218. Liaisons entre la procédure et la justification. – L'exigence de justification se substitue parfois à une exigence procédurale, ce qui pourrait laisser penser que la première constitue une garantie analogue à la seconde. Plusieurs dispositions légales

⁹⁹⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10^e éd., PUF, 2014, V^o « Procédure » (sens 3), p. 809 (nous soulignons).

⁹⁹⁸ À ce titre, l'exigence de motivation devrait, au sens strict, être distinguée de l'exigence de justes motifs. V. ainsi à propos de la motivation des actes administratifs, S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 350 : « [...] le lien entre motifs et motivation n'est que partiel. Si la motivation constitue un élément de l'acte, elle est une base pour son contrôle, alors que les motifs sont une base de l'acte et un élément du contrôle ».

⁹⁹⁹ Rappr. P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 187 : « Parce que “décider c'est choisir”, le droit ne peut dicter le contenu de la décision. Il peut par contre prescrire la façon dont elle doit être prise, afin qu'elle ne constitue pas un choix arbitraire ». V. égal. de manière générale, D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005, n^o 453, p. 405-406 : « Cette rationalisation qui apporte des certitudes rassure parce que, précisément, elle évite les dérives et les excès ».

sont d'ailleurs en ce sens. Tel est le cas de l'article L. 312-91 du Code de la consommation relatif à la résiliation unilatérale par le prêteur d'une autorisation de découvert à durée indéterminée¹⁰⁰⁰. Selon le texte, le prêteur possède, si le contrat de crédit le prévoit, la faculté de résilier l'autorisation de découvert moyennant un préavis d'au moins deux mois. La décision du prêteur de résilier l'autorisation de découvert se trouve donc soumise au respect de l'exigence procédurale d'un préavis. L'article susvisé poursuit en précisant qu'« en cas de motif légitime, cette résiliation peut intervenir sans préavis et, dans ce cas, le prêteur en fournit les motifs à l'emprunteur, si possible avant la résiliation »¹⁰⁰¹. L'existence d'un motif légitime de rupture écarte ainsi la nécessité d'un préavis et débouche sur une exigence procédurale de motivation. Cela s'observe encore à propos de certaines législations étrangères. Le Code civil québécois en offre une convaincante illustration à propos de la rupture unilatérale du contrat de travail. En effet, une telle rupture doit normalement respecter un délai de préavis raisonnable¹⁰⁰². Cependant, en présence d'un motif sérieux de résiliation, l'auteur de la rupture du contrat est dispensé du respect d'un préavis¹⁰⁰³. La situation inverse ne s'observe toutefois pas. Il n'est guère d'hypothèse dans laquelle le législateur consacre une obligation de justification tout en admettant la possibilité de l'écarter en cas de respect d'une règle procédurale. Il peut raisonnablement en être déduit que l'exigence de motifs légitimes constitue une garantie supérieure à celle d'un préavis¹⁰⁰⁴. Si la remarque vaut pour le préavis, elle peut aisément être généralisée à l'ensemble des exigences procédurales. Relevant par ailleurs l'ambiguïté des rapports qu'entretient la procédure contradictoire avec la motivation, M. Sur constate à ce titre qu'« en pratique donc, on ne peut considérer la procédure contradictoire comme un substitut de la motivation, puisque ce peut être l'inverse, ou que les deux garanties peuvent

¹⁰⁰⁰ Introduit à la faveur de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, ce texte a été modifié par l'article 12 de l'ordonnance n° 2017-1433 du 4 octobre 2017 relative à la dématérialisation des relations contractuelles dans le secteur financier. Comme l'indique le rapport adressé au Président de la République, cette disposition cherche à « harmoniser les terminologies et permettre, par divers compléments et ajustements rédactionnels, l'utilisation accrue des supports de communication dématérialisés aux différentes étapes de la relation précontractuelle et contractuelle ».

¹⁰⁰¹ Article L. 312-91 du Code de la consommation.

¹⁰⁰² Article 2091 du Code civil du Québec.

¹⁰⁰³ Article 2094 du Code civil du Québec : « Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail ».

¹⁰⁰⁴ Rappr. à propos de la supériorité de la motivation sur le contradictoire, S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 356 : « La motivation, à la différence de la procédure contradictoire, où les motifs réels sont parfois noyés dans des considérations secondaires que l'intéressé saura mal démêler, impose à l'administration une formulation cohérente et hiérarchisée du raisonnement juridique qui fonde l'acte, la rappelle à l'exigence de la rigueur juridique. Elle est donc supérieure tant sur le plan des garanties individuelles que sur celui de la légalité ».

s'additionner »¹⁰⁰⁵. L'auteur ajoute très justement : « Il en résulte que la motivation, si elle a parfois un intérêt autonome, conserve toujours un intérêt complémentaire. En vain objecterait-on que quelquefois la procédure contradictoire présente l'avantage de limiter la communication des motifs à l'intéressé, alors que la motivation peut les divulguer fâcheusement pour lui »¹⁰⁰⁶.

219. Les règles de procédure encadrant la prise de décision se rapprochent parfois de véritables règles de fond. Ainsi que le souligne M. Pigache à propos du processus d'élaboration des actes, « le suivi de ce processus va conditionner la validité ou l'efficacité de ces actes : les règles de procédure deviennent en quelque sorte des règles de fond, nécessaires à l'existence juridique de la volonté et sanctionnées en tant que telles »¹⁰⁰⁷. La tendance à traiter les règles régissant la prise de décision comme des règles substantielles se retrouve effectivement à propos de la sanction de l'inobservation de certaines exigences procédurales. De cette manière, il arrive en pratique que l'absence de mention des motifs dans un acte unilatéral soit sanctionnée au même titre qu'un défaut de justification¹⁰⁰⁸. Par exemple, dès lors que la lettre de licenciement ne contient pas, comme les dispositions des articles L. 1232-6 et L. 1233-16 du Code du travail l'exigent, le ou les motifs de l'employeur, la jurisprudence considère, *ipso facto*, que le licenciement est injustifié¹⁰⁰⁹. L'inobservation des règles procédurales rejaillit sur le fond de la décision contractuelle. Inversement, le respect du processus décisionnel ne suffit pas à garantir le caractère justifié de la décision¹⁰¹⁰. « Si des liens existent entre la procédure et le fond, il convient cependant de ne pas céder à la tentation de croire que le bien fondé de la décision est assuré par le seul respect des conditions procédurales qui l'encadrent, même si celles-ci consistent en un véritable débat contradictoire. C'est en cela que la procéduralisation doit être envisagée, en

¹⁰⁰⁵ S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 356.

¹⁰⁰⁶ S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 356.

¹⁰⁰⁷ Ch. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 115-116.

¹⁰⁰⁸ Rapp. X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. III, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 81 : « [...] la motivation solennise le motif en sorte qu'il n'y a pas de justification possible de l'acte en l'absence de motivation. [...] L'impossibilité de justifier l'acte en dehors de la motivation est de fait un puissant moyen de faire tomber dans l'oubli l'ensemble des faits auxquels ne renvoient pas les motifs invoqués ».

¹⁰⁰⁹ Cass. soc., 28 juin 1995, n° 93-43.893 : *Bull. civ.* V, n° 222.

¹⁰¹⁰ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars, 2006, spéc. n° 35 : « Le respect nécessaire de la légalité procédurale ne doit pas dispenser de la recherche encore plus nécessaire de la justice substantielle qui, très clairement, doit être pensé aujourd'hui en termes de justice sociale ».

tant que modèle prescriptif, avec circonspection »¹⁰¹¹. En tout état de cause, si l'exigence de justification et la finalisation des droits qu'elle entraîne ne se confondent pas avec la procéduralisation des décisions, elles exercent néanmoins une influence certaine sur celle-ci. Une telle influence de l'exigence de justification sur le développement de règles procédurales implique une « substantialisation » du droit procédural¹⁰¹².

220. Conclusion de section. – Parmi les différents types de conditions entourant l'exercice des droits, l'obligation de justification se rattache indéniablement aux exigences de fond. Ainsi, la distinction entre règles de procédure et règles de fond n'est pas altérée dans son principe lorsqu'il est enjoint à un contractant de justifier sa décision. Néanmoins, l'existence de liens étroits entre le développement de la justification et l'instauration de procédures préalables à la prise de décision ne peut être niée. La réglementation des motifs d'une décision contractuelle s'accompagne le plus souvent de la mise en place de règles procédurales. De cette manière, la finalisation des droits participe à la procéduralisation des décisions. En sens inverse, des garanties procédurales peuvent assortir l'exercice d'un droit sans que cela ne témoigne pour autant de sa finalisation¹⁰¹³.

221. Quoi qu'il en soit, les mouvements de finalisation des droits et de procéduralisation des décisions s'influencent réciproquement. L'illustration la plus nette en est sans doute donnée par la loi du 13 juillet 1973 qui, en même temps qu'elle consacrait l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, instaurait une véritable procédure de licenciement. Cette émergence de règles à la fois substantielles et procédurales en matière contractuelle est à lier à la reconnaissance de la figure de la décision, la reconnaissance de celle-ci favorisant inmanquablement son encadrement et son contrôle.

¹⁰¹¹ P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 196-197.

¹⁰¹² Sur la question, T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Réflexions sur la substantialisation des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », *RDT* 2011, p. 126.

¹⁰¹³ Sur une telle hypothèse, J.-P. BERTREL, « La cohabitation de la révocation *ad nutum* et du contradictoire », *Dr. et patr.* oct. 1998, n° 64, p. 74.

SECTION 2 : L'OBJECTIVATION DES DECISIONS CONTRACTUELLES

222. Le contractant, un être doté de raison¹⁰¹⁴. – Pour conclure valablement un contrat, une personne doit disposer de la capacité juridique¹⁰¹⁵. Il découle de cette condition de validité du contrat que le contractant dispose, du moins théoriquement, de la faculté d'agir de manière rationnelle. Pour autant, cela ne saurait signifier que les individus, et plus singulièrement les contractants, agissent de manière raisonnable en toutes circonstances¹⁰¹⁶. En ce sens, Mmes Sauphanor-Brouillaud et Bloud-Rey estiment qu'« on ignore tout de la personne du contractant. Certes, on apprend au travers de la section intitulée “De la capacité des parties contractantes” qu'elle doit être capable c'est-à-dire, suivant la terminologie de l'époque, dotée d'une “raison” jugée suffisante »¹⁰¹⁷.

Si le contractant est susceptible d'agir rationnellement en tant qu'individu capable, l'hypothèse d'une rationalisation des décisions, induite du développement de l'exigence de justification, suggère un certain dépassement des critères classiques d'évaluation de la valeur des actes juridiques¹⁰¹⁸. En effet, l'encadrement positif des raisons d'agir du contractant introduit un élément substantiel – le motif légitime – dans l'appréciation de l'aptitude de ses actes à produire des effets de droit.

Par ailleurs, l'appréciation de la rationalité d'une décision contractuelle, par ceux qui en constituent les destinataires, suggère que ces derniers soient également des individus dotés de raison¹⁰¹⁹, autrement dit capables. Considérant que l'exigence de motivation traduit un « devoir d'explication », un auteur relève ainsi que celui-ci « peut être interprété

¹⁰¹⁴ Pour une étude générale, N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, th. Paris II, 2018.

¹⁰¹⁵ V. not. J. HAUSER, « La notion d'incapacité », *LPA* 17 août 2000, n° 164, p. 3 et s.

¹⁰¹⁶ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 99, p. 183 : « [...] l'expérience le montre, les individus ne sont pas toujours clairvoyants et raisonnables. Le Code civil avait cru qu'il suffirait à cet égard d'une théorie des incapacités pour écarter de la liberté contractuelle les enfants ou les fous, qui ne sont, par définition, ni les uns ni les autres, clairvoyants et raisonnables ».

¹⁰¹⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc. n° 8, p. 159-160.

¹⁰¹⁸ Rapp. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 236, p. 410 : « [...] les considérations téléologiques [...] peuvent servir à juger de la valeur de n'importe quel acte juridique ». Si l'auteur a essentiellement en vue les actes administratifs, ses observations valent également pour les actes privés.

¹⁰¹⁹ Rapp. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, t. I, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, 1987, p. 38 : « [...] les expressions rationnelles sont accessibles à une appréciation objective ».

comme une marque de respect dû au destinataire de la décision. C'est une manière de le considérer comme un être raisonnable, capable d'accéder aux raisons du décideur »¹⁰²⁰.

223. Rationalité de l'*homo œconomicus*, modèle de la rationalité de l'*homo juridicus* ? – La détermination de l'intérêt qu'un sujet est autorisé à satisfaire exerce une influence sur l'appréciation de la rationalité de son action¹⁰²¹. Ripert ne manquait d'ailleurs pas d'affirmer que « l'homme a le désir de l'action et son intérêt le pousse à agir »¹⁰²². La poursuite d'un avantage se présenterait alors comme le ressort principal de la décision moderne¹⁰²³. Dans une étude consacrée à la distinction des droits et des intérêts, Gervais écrivait à propos de l'intérêt qu'il « apparaît comme une "utilité" matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, "porteuse" (*träger*) d'intérêt »¹⁰²⁴.

224. Il sera ici principalement question de s'interroger sur les relations pouvant exister entre la notion d'intérêt et la détermination de la rationalité de l'action de l'*homo juridicus*¹⁰²⁵. L'interrogation est cruciale pour la présente étude puisque les finalités assignées à l'exercice d'un droit s'expriment également en termes d'intérêts. En effet, comme le souligne M. Chevallier, « le concept d'intérêt est non seulement présent dans le discours des acteurs sociaux, mais encore inscrit dans les dispositifs normatifs destinés à

¹⁰²⁰ X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 157.

¹⁰²¹ Rappr. P. LASCOUMES, « Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie, Pesanteurs et redéfinition de l'utilitarisme », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 103 et s., spéc. p. 108 : « Derrière la recherche des intérêts, c'est en fait la recherche des rationalités qui s'opère ».

¹⁰²² G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 13, p. 44. V. égal. J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. de G. WICKER, LGDJ, 2019, n° 13, p. 4 : « L'intérêt est alors tout à la fois le moteur de l'action – le sujet agit pour obtenir ce qui lui importe – et l'instrument de mesure de l'action et de son dénouement – une fois l'action accomplie, le sujet peut apprécier dans quelle mesure elle aura permis l'obtention de ce qui lui importe ».

¹⁰²³ V. G. BRIERE DE L'ISLE, « Rapport relatif à la législation en matière de baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 411 et s. : « La recherche de l'avantage, du gain, du profit sont des ressorts efficaces du comportement des hommes ». V. déjà, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, Paris, 1836, p. 471 : « Il faudrait moins connaître l'homme pour ne pas sentir combien son intérêt doit le toucher. La peine ou la récompense sont le puissant ressort de ses actions, plus encore que l'amour de ses devoirs : on est le plus souvent ramené à ce sentiment par ces deux mobiles » (Observations du Tribunal d'Appel de Montpellier).

¹⁰²⁴ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. I, Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Dalloz, p. 241 et s., spéc. p. 241.

¹⁰²⁵ V. notamment, A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2009.

encadrer et à réguler les comportements »¹⁰²⁶. C'est la spécification d'un intérêt légitime que le sujet est admis à poursuivre, et non la nécessité de poursuivre un intérêt qui ne soit pas exclusivement personnel, qui conduit à la finalisation des droits¹⁰²⁷. Ramenée au droit des contrats, la problématique examinée est celle de l'influence qu'exerce la prise en compte de l'intérêt sur l'appréciation de la rationalité des actes pris par un contractant dans l'exercice de ses droits. Dans cette démarche, il est utile de se référer aux liens qu'entretient l'intérêt poursuivi par le sujet agissant avec la rationalité de son action dans d'autres disciplines au rang desquelles figure en premier lieu l'économie¹⁰²⁸. L'analyse du rôle de l'intérêt dans la rationalisation de l'action individuelle n'échappe d'ailleurs pas à d'autres champs disciplinaires¹⁰²⁹. L'analogie avec ces disciplines sera donc réalisée lorsqu'elle permettra d'éclairer utilement l'appréciation de la rationalité de l'action du contractant en droit¹⁰³⁰. De tels emprunts se justifient principalement dans la mesure où ces disciplines accordent, à l'instar du droit, une place importante à l'orientation de l'action de l'individu¹⁰³¹. Pour autant, s'il est envisageable d'approcher la rationalité des décisions prises par les acteurs juridiques, chercher à restituer parfaitement l'intégralité des éléments déterminant un individu à agir paraît largement illusoire. Suivant les mots d'un auteur, « il faut renoncer à vouloir tout expliquer, accepter les limites inhérentes à l'effort humain, chercher plutôt à comprendre, à mieux la respecter, la complexité écologique du droit et du contrat »¹⁰³².

¹⁰²⁶ J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 135 et s., spéc. p. 135.

¹⁰²⁷ Rappr. G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 62, p. 196 : « [...] tout droit est par sa nature même égoïste en ce sens qu'il est donné pour satisfaire les fins personnelles de l'homme. Cela n'implique aucun jugement sur la conduite du titulaire du droit. Ne confondons pas la moralité des actions et l'exercice des droits ».

¹⁰²⁸ V. not. S. FERREY, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporain », in B. DEFFAINS et É. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit, Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 11 et s.

¹⁰²⁹ V. par ex. en sociologie, P. LASCOUMES, « Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie, Pesanteurs et redéfinition de l'utilitarisme », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 103 et s., spéc. p. 108 et s. V. égal. R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982, V° « Action », p. 1 et s. et « Rationalité », p. 445 et s.

¹⁰³⁰ Rappr. H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 183 et s. spéc. n° 2, p. 184 : « Parmi les utilités de l'analyse économique du droit est précisément celle qui consiste à fournir une grille de lecture des institutions juridiques, en identifiant la "structure incitative" ».

¹⁰³¹ Rappr. Ph. LE TOURNEAU, « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 7 et s., spéc. p. 9 : « [...] chaque discipline (et, plus encore, chaque agent dans les divers domaines de l'activité humaine) a besoin d'une morale qui la dépasse, la domine, lui fixe un idéal, des normes de référence, en deux mots : une instance critique ».

¹⁰³² J.-G. BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 103 et s., spéc. p. 119.

225. Afin de déterminer dans quelle mesure l'analyse de la rationalité de l'*homo oeconomicus* offre une voie d'accès à la compréhension de la rationalité de l'*homo juridicus*, et plus particulièrement celle du titulaire de droits finalisés, il convient de s'intéresser aux rapports entre intérêt et rationalité de l'action de l'agent dans la science économique. Tout en postulant que l'individu agit de manière rationnelle, certaines théories économiques font de la poursuite de l'intérêt personnel, voire la maximisation de cet intérêt, l'élément permettant de qualifier une action de rationnelle¹⁰³³. S'intéressant à l'analyse du processus au terme duquel l'*homo administrativus* prend une décision, Simon a relevé, de façon assez similaire, l'existence d'un « principe d'efficacité » permettant de déterminer le bon comportement administratif¹⁰³⁴. L'auteur considère qu'un tel principe « ne dit pas comment maximiser mais indique tout simplement que la maximisation est le but de l'activité administrative, et qu'il revient à la théorie administrative de révéler dans quelles conditions la maximisation intervient »¹⁰³⁵. La conception habituellement retenue de la rationalité de l'activité de l'acteur économique, perçu comme un maximisateur de son intérêt, semble inapte à constituer un outil d'analyse satisfaisant de l'action du contractant. En effet, une telle vision occulte assez largement l'existence de règles restreignant une telle action¹⁰³⁶. Appliquée à l'exercice des droits, elle force à reconnaître que le contractant qui ordonnerait exclusivement son action à la poursuite d'un but autre que son intérêt personnel n'agirait pas de façon rationnelle. Or, il peut difficilement être soutenu que l'exercice d'une prérogative juridique devient irrationnel dès lors que son titulaire ne poursuit pas son intérêt

¹⁰³³ A. STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 37 et s., p. 69 : « C'est une règle en économie [...] que de supposer que l'*homo oeconomicus* à la poursuite de ses propres intérêts est la meilleure approximation du comportement réel des individus dans le cadre des relations marchandes » ; N. BERTA, « Rationalité », in *Dictionnaire de l'Économie*, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 2007, p. 1143 et s., spéc. p. 1143 : « Un individu est dit rationnel s'il fait des choix cohérents et s'il oriente ces choix de manière à obtenir la plus grande satisfaction possible ». V. de manière plus nuancée, E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008, n° 133, p. 35 : « [...] le modèle du choix rationnel peut toujours servir de première approximation acceptable des décisions qu'étudient les sciences sociales ».

¹⁰³⁴ Sur un tel « principe d'efficacité » qui conduirait par ailleurs à un rapprochement du comportement de l'*homo administrativus* de celui de l'*homo oeconomicus*, H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 36.

¹⁰³⁵ H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 37.

¹⁰³⁶ V. à propos de l'influence du droit du licenciement sur les incitations de l'employeur, S. FERÉY et È.-A. LAMBERT, « L'économie du droit du travail », in B. DEFFAINS et É. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit, Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 263 et s., spéc. p. 273.

personnel¹⁰³⁷. À titre d'exemple, lorsqu'une prérogative est attribuée à un contractant afin qu'il en use uniquement pour des fins qui ne se confondent pas avec son intérêt personnel, son comportement pourrait difficilement être qualifié d'irrationnel lorsqu'il s'en sert conformément à ces fins¹⁰³⁸. Une telle conception de la rationalité de l'action de l'agent ne rend pas totalement compte de la logique à l'œuvre lorsqu'un contractant doit, dans l'exercice d'une prérogative qui lui est reconnue, poursuivre partiellement ou exclusivement l'intérêt d'autrui¹⁰³⁹. Cela s'explique par le fait que la rationalité d'une décision peut, en réalité, revêtir des formes variées et ne saurait être cantonnée à l'hypothèse dans laquelle un individu agit exclusivement en contemplation de son seul intérêt personnel¹⁰⁴⁰. Par ailleurs, ainsi que le soutient M. Didier : « Les deux extrêmes, où l'on agit par égoïsme débridé et où l'on agit dans un esprit d'abnégation sublime, définissent des modèles théoriques rarement réalisés. La masse du commerce juridique est entre ces deux extrêmes. Toute prérogative comporte une part d'altruisme et une part d'égoïsme, et leur part respective varie suivant les situations »¹⁰⁴¹. Pourtant, certains économistes de l'école de Chicago continuent, de manière discutable, à expliquer le comportement du sujet par la maximisation de l'intérêt, non seulement en matière économique, mais également en ce qui concerne les décisions qu'il prend dans d'autres domaines¹⁰⁴². Une telle compréhension paraît ignorer l'existence d'un ensemble de règles

¹⁰³⁷ Comp. X. MARTIN, « Nature humaine et Code Napoléon », *Revue Droits* 1985, n° 2, p. 117 et s., spéc. p. 119-120 : « [...] lorsqu'elle affleure, l'anthropologie des artisans du Code exclut radicalement la gratuité, comprise comme telle, dans les comportements humains. Un tel concept est même tout à fait à l'abri du filet de leurs catégories mentales et, s'il leur arrive de prendre en compte l'hypothèse d'attitudes désintéressées, c'est strictement à titre de déviances, menaçant la mécanique des intérêts par la fâcheuse interférence de pulsions superficielles rétives à toute rationalité, les "penchants" ».

¹⁰³⁸ Rappr. Ph. JESTAZ, « Quel contrat pour demain ? », in Ph. JESTAZ, *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 377 et s., spéc. p. 388 : « Car si le contractant trouve normal, comme l'enseignait l'utilitarisme, que son partenaire envisage exclusivement son intérêt propre, et si par conséquent il en fait de même pour ce qui le concerne, le contrat qui étire ses effets dans le temps risque fort de manquer son but. Ainsi le bon sens, joint à un calcul économique vrai, incite plutôt les contractants à coopérer et les théoriciens à voir dans le contrat un mode de coopération ».

¹⁰³⁹ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 158 : « L'utilisation de l'intérêt des personnes soumises au pouvoir comme justification et comme limitation du pouvoir est une forme de rejet de l'individualisme égoïste. Le détenteur du pouvoir doit agir non pour satisfaire ses vulgaires appétits, mais dans l'intérêt d'autrui. Il est tenu d'adopter un comportement au moins partiellement altruiste » ; V. égal., L. SFEZ, *La décision*, 3^e éd., PUF, 1994, p. 122 : « La décision contemporaine est un récit toujours interprétable, multi-rationnel, dominé par la multi-finalité, marqué par la reconnaissance de plusieurs buts possibles, simultanés, en rupture ».

¹⁰⁴⁰ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006, p. 85 et s., spéc. n° 1 : « De nombreux phénomènes socio-économiques [...] ne sont en effet pas explicables si tout agent ne fait que maximiser sa propre utilité et agir suivant son propre intérêt ».

¹⁰⁴¹ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 99.

¹⁰⁴² Sur un tel constat, A. STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 37 et s., spéc. p. 69.

ayant pour objet de régler les conditions d'exercice par les contractants de leurs droits¹⁰⁴³. Cela n'a d'ailleurs pas échappé à la critique de certains auteurs s'intéressant à l'analyse économique du droit¹⁰⁴⁴. Ce qui témoigne, s'il en était encore besoin, du caractère largement fictif de la figure de l'*homo œconomicus*¹⁰⁴⁵. S'interrogeant sur le point de savoir si « le principe de la maximisation de l'intérêt personnel s'applique [...] dans le cas de décisions complexes influencées par des normes sociales ou des valeurs morales »¹⁰⁴⁶, un auteur affirme par ailleurs que « si l'on se place non plus sous l'angle des modes d'action du droit, mais bien sous celui des types de motivation à agir des sujets de droit en présence de normes juridiques, on ne peut se contenter de voir dans les individus des maximisateurs de leur intérêt »¹⁰⁴⁷. Un tel principe de maximisation par l'agent de son intérêt personnel, ou même celui de la poursuite de ce seul intérêt, apparaissent insuffisant à rendre compte de la diversité des motifs à l'origine de l'action des contractants¹⁰⁴⁸. En effet, certaines règles juridiques précisent les seuls intérêts que les sujets de droit peuvent, ou doivent, poursuivre, fixant de la sorte les limites de la rationalité de la décision juridique¹⁰⁴⁹. De ce

¹⁰⁴³ B. TARDIVEL, *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, th. Montpellier I, 2002, p. 64 : « Pour autant qu'elle soit acte de volonté, la fixation de l'objectif juridique – que nous qualifierions de résolution finaliste – n'est jamais entièrement libre mais conditionnée par un environnement tissé de contraintes. Au final, à l'épreuve des faits, l'intentionnalité de l'action est moindre qu'on ne l'imagine dans l'absolu ». V. de manière plus nuancée sur l'influence de la légalité sur l'action des acteurs juridiques, Y. GAUDEMET, « Légalité (Principe de) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 917 et s., spéc. p. 919 : « [...] la normativité juridique n'a qu'une part, explicite mais pas toujours la principale, à la détermination des comportements des acteurs sociaux ».

¹⁰⁴⁴ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008, n° 105, p. 29 : « Le modèle du choix rationnel a un impressionnant état de service. Il n'est toutefois pas sans critique, même chez les économistes. Ces critiques pointent la voie vers l'intégration des règles dans la décision. La règle est une réponse à la complexité de la décision à laquelle fait face le décideur ».

¹⁰⁴⁵ En ce sens, L. SFEZ, *La décision*, 3^e éd., PUF, 1994, p. 20 : « Cet *homo œconomicus* est et a toujours été fictif ».

¹⁰⁴⁶ A. STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, spéc. p. 70-71. V. égal. sur l'influence des « principes moraux issus de la tradition chrétienne » sur l'action du sujet de droit, J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 415 et s., spéc. n° 2, p. 416.

¹⁰⁴⁷ A. STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt : vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 37 et s., spéc. p. 87.

¹⁰⁴⁸ V. par ex. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956, n° 179, p. 196 : « [...] les pouvoirs de l'entrepreneur dans ses rapports avec les travailleurs revêtent un caractère "fonctionnel" très marqué ; légitimes s'ils sont exercés dans l'intérêt de l'entreprise, ils cessent de l'être si l'entrepreneur les utilise dans son seul intérêt personnel ».

¹⁰⁴⁹ Rapp. Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de la rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 237 et s., spéc. p. 255 : « [...] au niveau axiologique – l'échelle des valeurs peut être imposée de l'extérieur et le choix qui ne la respecte pas devient automatiquement irrationnel (à condition toutefois que le sujet soit censé la respecter ou veuille le faire) ».

point de vue, ce serait finalement la prise en compte des considérations juridiques qui permettrait de mieux approcher le comportement de l'individu. Selon les mots d'un auteur :

« L'originalité du programme de recherche en droit et économie réside incontestablement dans sa double appartenance disciplinaire. D'une part, en direction du droit, il s'agit d'éclairer le raisonnement juridique par des considérations économiques. [...]

D'autre part, en direction de l'économie, il s'agit de préciser l'importance de l'environnement institutionnel sur les performances économiques en termes d'allocation des ressources »¹⁰⁵⁰.

En tout état de cause, la détermination de la rationalité de la décision juridique peut difficilement faire abstraction des règles susceptibles de l'affecter. Leur nécessaire prise en compte conditionnerait donc la pertinence du modèle du choix rationnel pour l'analyse des décisions juridiques¹⁰⁵¹.

226. Finalement, la situation dans laquelle un contractant exerçant une prérogative juridique pourrait idéalement être considéré comme un maximisateur de son intérêt est celle dans laquelle l'expression de sa volonté se trouve faiblement encadrée et contrôlée¹⁰⁵². Dans cette perspective, une telle conception de la rationalité de l'action du contractant, impliquant le caractère largement autonome de sa volonté, coïncide mal avec le processus de finalisation des droits dans certains contrats. Elle se rattacherait volontiers à une vision fortement individualiste, pour ne pas dire absolutiste, de l'exercice des droits reconnus aux contractants¹⁰⁵³. Suivant les mots de M. Jestaz, il apparaît alors que « l'autonomie de la volonté repose, consciemment ou non, sur l'hypothèse utilitariste de

¹⁰⁵⁰ S. FERREY, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. DEFFAINS et É. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit, Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 11 et s., spéc. p. 13-14. Rapp. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, t. I, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, 1987, p. 31-32 : « Nous nommons également rationnel celui qui suit une norme existante et peut justifier son action face à un critique en expliquant une situation donnée par rapport aux attentes de comportement légitimes ».

¹⁰⁵¹ Sur l'intégration des règles dans la décision, E. MACKAAY, « Règles et décision en droit », in D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 41 et s.

¹⁰⁵² Rapp. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, p. 241 et s., spéc. p. 245 : « Les droits subjectifs sont des prérogatives étendues attribuées au sujet de droit en vue de l'autosatisfaction de ses intérêts érigés en droits, ils comportent les pouvoirs d'agir, d'exiger, ou d'empêcher, ou au moins l'un d'entre eux ».

¹⁰⁵³ Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 182 : « L'exercice des droits subjectifs a longtemps été conçu comme une toute-puissance. Ce n'est plus le cas de nos jours : on admet que, dans l'exercice des droits, leurs titulaires trouvent des limites tenant au respect d'impératifs d'intérêt général ou à la considération accrue des intérêts individuels d'autrui ».

l'*homo œconomicus* idéalement rationnel et informé, qui œuvre au sein d'un marché fluide »¹⁰⁵⁴. L'auteur poursuit en précisant opportunément qu'« il serait [...] temps que les juristes cessent de s'appuyer sur un modèle auquel plus personne, et en particulier aucun économiste sérieux n'accorde le moindre crédit »¹⁰⁵⁵. Est-ce à dire que l'action du contractant ne peut être appréhendée en termes de rationalité ? Une réponse négative peut être apportée à cette question à condition de renoncer à analyser systématiquement les décisions prises par les contractants à partir du prisme de l'agent maximisateur de son intérêt personnel. En effet, il est par exemple concevable que le contractant puisse trouver une source de satisfaction dans la réalisation de ce qu'il considère comme étant son devoir. Une telle idée se retrouve notamment dans le concept de « valeur normative »¹⁰⁵⁶. Ainsi, « les valeurs normatives seraient [...] des réflexes conditionnés, déclencheurs de ce plaisir spécifique que procure l'accomplissement d'un devoir en lui-même »¹⁰⁵⁷.

227. Enfin, le dépassement de la conception utilitariste de l'action du contractant paraît aller de pair avec le constat d'une spécialisation du droit des contrats. « Des droits dits spéciaux (Droit du travail, Droit de la sécurité sociale, Droit de l'environnement, Droit de la consommation, Droit des services publics, etc.) se sont ainsi développés pour donner statut à tout ce qui excède l'horizon du calcul d'intérêt individuel »¹⁰⁵⁸. Cette prise de distance des législations spéciales avec la figure de l'*homo œconomicus* s'explique principalement par l'essor de procédés d'encadrement de l'unilatéralisme dans la sphère contractuelle. D'ailleurs, une telle prise en compte du pouvoir au sein des rapports contractuels de droit privé n'a, semble-t-il, été intégrée dans la pensée des économistes que depuis une période relativement récente¹⁰⁵⁹. En tout état de cause, le modèle de l'individu

¹⁰⁵⁴ Ph. JESTAZ, « Quel contrat pour demain ? », in Ph. JESTAZ, *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 377 et s., spéc. p. 388. Comp. s'interrogeant sur les éventuels liens pouvant exister entre une conception solidariste du contrat et l'analyse économique, H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 183 et s., spéc. n° 1, p. 183.

¹⁰⁵⁵ Ph. JESTAZ, « Quel contrat pour demain ? », in Ph. JESTAZ, *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 377 et s., spéc. p. 388. Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 417 : « [...] même sans l'alléguer expressément, ni même le concevoir très consciemment, le Code civil n'a pas ignoré l'idée de poursuite, par chacun des contractants, de son intérêt ou de son utilité au travers du contrat : conçu comme l'instrument d'un échange économique, le contrat doit offrir à chacun un intérêt. Cette conception était en phase avec le développement du libéralisme économique [...] ».

¹⁰⁵⁶ Sur un tel concept, DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 109 : « La valeur normative est une valeur plaisir d'un type particulier. Elle est la satisfaction du devoir accompli ».

¹⁰⁵⁷ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 110.

¹⁰⁵⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 163.

¹⁰⁵⁹ Opérant un tel constat, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 142.

maximisateur de son intérêt personnel ne doit pas être totalement écarté mais utilisé en considération des nombreuses règles affectant la prise de décision en droit¹⁰⁶⁰.

228. Objectivation et prise de décision en situation fermée. – Dans sa thèse de doctorat, M. Didier réalise une distinction entre les décisions prises en « situation ouverte » et celles qui le sont en « situation fermée »¹⁰⁶¹. La situation ouverte s'apparenterait à celle de l'*homo œconomicus* mais dont la rationalité ne pourrait qu'être limitée¹⁰⁶². Elle vise en effet « l'hypothèse où l'environnement de la personne lui offre un tel nombre de conduites possibles que cela l'empêche de les appréhender de façon complète »¹⁰⁶³. La rationalité de la décision s'avère alors difficilement saisissable et dépendante de la subjectivité de son auteur. Dans ce contexte, parler de décision rationnelle « c'est dire que le processus de décision est en grande partie le produit de l'intuition. La décision est le fruit du travail de la subjectivité de la personne »¹⁰⁶⁴. Au contraire, la situation fermée « est un contexte où l'on peut prévoir la décision qui, normalement, doit être prise ». L'auteur poursuit en précisant :

« La situation fermée définit donc une situation où il est possible de poser qu'il existe une bonne solution. La décision que prend la personne dans une telle situation n'est pas la simple expression d'une préférence, mais est le résultat d'un jugement. On entend par là que la décision que prend la personne n'est pas le fruit d'une appréciation subjective mais d'un travail s'appuyant sur une analyse objective des circonstances, de telle sorte qu'il est possible de dire si elle est juste ou fautive »¹⁰⁶⁵.

Ainsi, la distinction établie par l'auteur entre situation ouverte et situation fermée permet de déterminer la part de subjectivité de l'auteur dans la prise de décision¹⁰⁶⁶. Particulièrement éclairante s'agissant du contexte de la prise de décision, une telle

¹⁰⁶⁰ Rapp. E. MACKAAY, « Règles et décision en droit », in D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 41 et s., spéc. p. 63-64.

¹⁰⁶¹ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 208 et s.

¹⁰⁶² Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 212, p. 161 : « Le processus de décision en situation ouverte, tel qu'on peut l'observer empiriquement, se révèle une représentation du modèle de la décision de l'*homo œconomicus*, mais déformée par le contexte d'incertitude ».

¹⁰⁶³ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 210, p. 160.

¹⁰⁶⁴ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 212, p. 162.

¹⁰⁶⁵ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 214, p. 163.

¹⁰⁶⁶ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 216, p. 164 : « Dans la situation fermée, la part de subjectivité est inexistante. La décision n'est pas le fruit d'une appréciation subjective des circonstances, mais uniquement une traduction mécanique de celles-ci. Le rôle de la personne qui décide devient finalement mineur puisque les éléments de la décision sont dictés par les circonstances mêmes ».

distinction entre ces différentes situations est utile à l'appréhension de la rationalité de l'action individuelle des contractants. Appliquée à l'étude de l'influence de la finalisation des droits, elle conduit à retenir que la prise de décisions unilatérales dans la mise en œuvre de droits finalisés caractérise une situation fermée au sens qu'en donne l'auteur. En effet, en réduisant la part de subjectivité dans la prise de décision contractuelle, l'objectivation des motifs d'exercice des droits débouche sur la création de situations fermées¹⁰⁶⁷.

229. Objectivation et contrôle judiciaire des raisons d'agir. – Finaliser un droit revient à obliger le contractant à disposer de raisons légitimes pour l'exercer. En présence d'un droit finalisé, la légitimité de la décision ou de l'acte matérialisant son exercice s'en trouve conditionnée à la justification des motifs que le contractant est limitativement admis à poursuivre¹⁰⁶⁸. La finalisation d'un droit implique ainsi l'intégration des motifs de décision dans l'appréciation de la légalité de celle-ci¹⁰⁶⁹. Dans cette perspective, l'existence de droits finalisés vient contredire l'affirmation selon laquelle « on ne peut pas dire des particuliers qu'ils tiennent leurs droits de la loi dans un certain but »¹⁰⁷⁰. En revanche, si l'action administrative est systématiquement finalisée¹⁰⁷¹, il n'en est pas toujours ainsi de l'action individuelle des contractants en droit privé. En droit des contrats, le principe demeure, à défaut de dispositions particulières, celui de la liberté des motifs du contractant qui exerce ses prérogatives¹⁰⁷². Tout en assortissant l'exercice de

¹⁰⁶⁷ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 216, p. 165 : « Il y a dans cette démarche, une dimension profondément déterministe. En effet, *ce sont des considérations objectivement vérifiables qui vont conduire à la décision*, sans que la personne ait une influence décisive sur le contenu de celle-ci. Ainsi, toute personne placée dans la même situation aboutirait à la même conclusion, celle-ci étant déterminée par les circonstances » (nous soulignons).

¹⁰⁶⁸ X. DUPRE DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA – 5, LexisNexis, 2012, p. 57 et s., spéc. p. 73 : « Il arrive que la mise en œuvre d'une "prérogative de puissance privée" fasse l'objet d'un contrôle de ses motifs ».

¹⁰⁶⁹ De manière générale sur la légalité, Y. GAUDEMET, « Légalité (Principe de) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 917 et s., spéc. p. 917.

¹⁰⁷⁰ L'affirmation est de G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, La mémoire du droit 2010 (réimpression), p. 163. Comp. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. n° 19, p. 766 : « [...] parce qu'elle est l'exercice d'une puissance, la décision, bien qu'unilatérale, ne peut être prise dans le seul intérêt de son détenteur ».

¹⁰⁷¹ B. SEILLER, *Droit administratif, t. 2, L'action administrative*, 7^e éd., Flammarion, 2018, p. 263 : « Le pouvoir de décision est [...] toujours assorti d'une finalité particulière » (nous soulignons). V. déjà, J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt : vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 135 et s., spéc. p. 138.

¹⁰⁷² Par ex. en jurisprudence, Cass. com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086 : *Bull. civ. IV*, n° 18 : « en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus » ; Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 : *Bull. civ. I*, n° 82 ; *RDC* 2006, p. 704, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2006, n° 99, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2006, p. 314 : « [...] la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée

certaines prérogatives unilatérales d'une exigence de motivation, la réforme du droit des contrats de 2016-2018 n'a pas remis en cause un tel principe¹⁰⁷³.

L'existence d'un contrôle des motifs d'exercice d'un droit fournit un indice quant à son éventuel caractère finalisé. Pour autant, tout examen judiciaire des motifs n'apporte pas la certitude que le droit judiciairement contrôlé est finalisé. Admettre le contraire reviendrait à adopter une conception trop extensive du domaine des droits finalisés ainsi qu'à nier l'autonomie de la finalisation des droits par rapport à d'autres instruments de relativisation des droits, tel que l'abus des droits¹⁰⁷⁴. Le contrôle de la justification de l'exercice d'un droit est à distinguer d'autres formes de contrôle des motifs des contractants. Si un droit finalisé implique toujours la possibilité d'un contrôle judiciaire des motifs de son titulaire, l'hypothèse inverse n'est cependant pas vraie. L'existence d'un contrôle des motifs n'est pas en soi inconciliable avec un principe de liberté des motifs. À l'inverse, le caractère finalisé d'un droit est incompatible avec celui-ci¹⁰⁷⁵. En effet, dire d'un droit qu'il est finalisé c'est signifier qu'il ne peut valablement être mis en œuvre que pour certains motifs concrets. En outre, ces motifs doivent être objectifs, c'est-à-dire susceptibles de vérification de la part d'un tiers extérieur à l'auteur de la décision¹⁰⁷⁶. C'est en ce sens que Weber désigne par « "motif" un ensemble significatif qui semble constituer aux yeux de l'agent ou de l'observateur la "raison" significative d'un comportement »¹⁰⁷⁷.

dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif [...] ». Adde, X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. III, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 74 : « La motivation est une exigence de transparence, justifiée pour des choses publiques, moins justifiée pour les affaires privées où elle prend alors les allures d'une immixtion ».

¹⁰⁷³ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018/3, p. 514 et s., spéc. p. 518 : « La motivation ne fait donc pas figure de principe auquel serait soumis l'exercice de tout pouvoir unilatéral, ce qui peut surprendre. Mais quelle est alors la logique qu'une obligation de motivation soit tantôt imposée, tantôt ignorée ? ».

¹⁰⁷⁴ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 79 : « [...] en raisonnant sur le fondement de la théorie de l'abus de droit [...] c'est l'auteur de l'acte que l'on vise et non l'acte lui-même. Il s'agit moins de mettre l'acte que son auteur sous contrôle, il s'agit de sanctionner ce dernier, *a posteriori* et judiciairement, pour le cas où il abuserait de ses prérogatives ».

¹⁰⁷⁵ Il en résulte notamment la nécessité de distinguer l'hypothèse de l'abus de droit de celle dans laquelle les motifs d'exercice du droit sont positivement encadrés par le législateur. En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 20, p. 324.

¹⁰⁷⁶ X. DUPRE DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA – 5, LexisNexis, 2012, p. 57 et s., spéc. p. 73 : « Les vecteurs de cette objectivation sont les motifs et les fins de la puissance alors que les fins renvoient à l'exercice finalisé de la puissance ».

¹⁰⁷⁷ M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, *Les catégories de la sociologie*, Pocket, 1995, p. 38. V. égal., H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 232 : « Par motifs, nous désignons les causes, quelles qu'elles soient, qui conduisent les individus à privilégier certains buts comme prémisses de leurs décisions ». V. égal. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V° « Raison », p. 877 et s., spéc. p. 882 : « Au sens normatif, cause ou motif légitime, justification ».

Quoi qu'il en soit, les décisions prises par les contractants dans l'exercice de leurs droits finalisés s'en trouvent nécessairement objectivées. Cette objectivation des décisions, et par contrecoup celle des pouvoirs de décision unilatérale qui en constituent le support, participe de leur rationalisation. Une telle rationalisation ne traduit pas le passage de l'irrationnel au rationnel mais s'entend d'une remise en cause de l'autonomie de la rationalité de leur auteur. En d'autres termes, « la rationalisation n'est donc pas synonyme d'un état de rationalité enfin découvert, mais comme un processus indéfini d'utilisation de moyens plus ordonnés et plus appropriés que ceux qu'on employait jusqu'alors »¹⁰⁷⁸. Un tel recul de l'autonomie du contractant dans l'exercice de ses droits éloigne d'autant le risque d'arbitraire¹⁰⁷⁹. En ce sens, le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande définit l'arbitraire, dans un sens courant, comme le « bon plaisir individuel d'une autorité ; [la] décision capricieuse en une matière où l'on devrait procéder par raison ou par application d'une règle », ou encore, dans un autre sens, comme ce « qui dépend uniquement d'une décision individuelle, non d'un ordre préétabli, ou d'une raison valable pour tous »¹⁰⁸⁰. L'éventualité d'un contrôle judiciaire du bien-fondé des décisions des contractants atteste de leur objectivation et, par conséquent, d'une perte d'autonomie de leur rationalité. En effet, l'objectivation résultant de l'exigence de justes motifs implique l'existence d'un contrôle judiciaire de la légitimité des motifs du contractant¹⁰⁸¹. Un tel contrôle de la justification, qui s'apparente en réalité à un contrôle de la légalité de la décision, ne s'identifie pas à un examen de l'opportunité de la décision¹⁰⁸². D'ailleurs,

¹⁰⁷⁸ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 69 et s., spéc. p. 70.

¹⁰⁷⁹ Il est à noter que la rationalisation de l'action du contractant résulte également de l'intégration par celui-ci de certaines valeurs non imposées de l'extérieur. En ce sens, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 110 : « [...] l'être humain est capable, à partir de quelques valeurs, de s'"auto-dresser" en s'appuyant notamment sur sa rationalité et de se construire ainsi un système normatif propre. Ici est au demeurant la mesure de l'autonomie ».

¹⁰⁸⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Arbitraire », p. 75.

¹⁰⁸¹ Rappr. X. DUPRE DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA – 5, LexisNexis, 2012, p. 57 et s., spéc. p. 73 : « L'objectivation de la puissance privée illustre un changement de paradigme dans la manière d'appréhender son contrôle et au-delà sa nature ». V. égal. à propos du contrôle des décisions de l'employeur, P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, n^o 243, p. 253 : « Finie l'époque où l'employeur pouvait se retrancher derrière sa conscience pour échapper au contrôle du juge ».

¹⁰⁸² V. par ex., D. TRICOT, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617 et s., spéc. p. 623 : « [...] aussi bien en cas d'abus de majorité que d'abus de minorité, la Cour de cassation demande au juge du fond d'effectuer un contrôle de la légitimité de la décision en cause et non pas un contrôle de son opportunité. La société est un instrument de gestion qui autorise de nombreux choix ». Dans le même sens à propos de l'appréciation du caractère sérieux du motif économique de licenciement, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n^o 452, p. 402.

l'idée même d'opportunité paraît contredire celle de contrôle¹⁰⁸³. Par conséquent, en ce qui concerne le contrôle des actes privés, la légalité ne doit pas être confondue avec l'opportunité¹⁰⁸⁴. À ce titre, et s'agissant par exemple de la révocation d'un mandataire social, un arrêt de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir condamné une société anonyme à payer des dommages et intérêts pour révocation sans juste motif au directeur général unique. En l'espèce, la juridiction d'appel avait relevé que les motifs allégués par le conseil de surveillance à l'assemblée générale des actionnaires se révèlent sans réalité et traduisent la volonté du président de ce conseil de mettre fin coûte que coûte au mandat du directeur général¹⁰⁸⁵. C'est également en ce sens que la jurisprudence a sanctionné, en ce qu'elle contenait une condition purement potestative, la clause reconnaissant au concessionnaire la faculté de résilier unilatéralement la convention au cas où celui-ci ne parviendrait pas à écouler chaque année une quantité déterminée de marchandises. Selon la Cour de cassation, la décision de la cour d'appel était justifiée dès lors qu'elle relève « qu'aucun contrôle, aucune vérification n'était réservée au co-contractant du concessionnaire, alors que par *une appréciation subjective et unilatérale*, ce dernier avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir les engagements par lui initialement pris »¹⁰⁸⁶. Dans l'ensemble de ces exemples, c'est bien la légalité de la décision et non son opportunité qui se trouve contrôlée. Toutefois, de manière exceptionnelle, il arrive que l'opportunité de la décision contractuelle fasse l'objet d'une appréciation. Il en va par exemple de la sorte s'agissant du licenciement d'un salarié protégé. En effet, la décision de licenciement ne pourra être prise à l'égard d'un tel salarié qu'après autorisation de l'inspecteur du travail¹⁰⁸⁷. Par conséquent, il est possible d'affirmer, avec M. Lahalle, l'existence d'un « double droit du licenciement : celui des salariés protégés soumis à un

¹⁰⁸³ V. en droit public, P. DELVOLLE, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ/Montchrestien, 1988, p. 269 et s., spéc. n° 4 et 5.

¹⁰⁸⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, V° « Opportunité », p. 710.

¹⁰⁸⁵ Cass. com., 23 juin 1975, n° 73-10.570. V. égal. à propos de la cause de licenciement, J.-B. DONNIER, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992, n° 241, p. 212-213 : « [...] que la cause de licenciement soit purement subjective et ne se fonde sur aucun fait précis, et tout contrôle est impossible. *A fortiori*, un contrôle de la cause du licenciement suppose l'existence réelle des faits allégués comme motifs de rupture par l'employeur ».

¹⁰⁸⁶ Cass. com., 28 juin 1965 : *Bull. civ.* n° 405. Rappr. Cass. soc., 28 oct. 1963 : *Bull. civ.* n° 739 (nous soulignons).

¹⁰⁸⁷ Article L. 2411-1 et s. du Code du travail. V. en jurisprudence, CE 5 mai 1976 : *D.* 1976, p. 563, note H. SINAY ; *JCP G* 1976, II, 18429, note J.-P. MACHELON : « pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou à l'autre des intérêts en présence ».

“contrôle de l’opportunité”, dérogatoire par rapport à celui des salariés de droit commun, soumis à un “contrôle de légalité” par le juge judiciaire »¹⁰⁸⁸. En tout état de cause, ce n’est pas la finalisation du droit de licenciement qui ouvre ici la voie d’un contrôle de l’opportunité de la mesure de licenciement mais la nécessité d’assurer au salarié protégé un surcroît de protection par rapport au salarié ordinaire.

230. La rationalisation de la décision, entre objectivisme et subjectivisme. La décision perd nécessairement en subjectivité ce qu’elle gagne en objectivité¹⁰⁸⁹. Pour autant, et de manière générale, l’objectivation ne signifie pas l’exclusion de toute subjectivité dans la prise de décision. Pour reprendre les mots de M. Revet, « l’objectivation désigne le phénomène par lequel une donnée subjective est prise pour un objet réellement perçu. Ce qui relève du subjectif est saisi comme s’il ne l’était pas, moyennant quoi il peut se déployer en dehors de sa sphère sans que son origine, sinon sa nature, ne soit, pour autant, foncièrement ignorée »¹⁰⁹⁰. Ainsi, le flux et le reflux des mouvements d’objectivation et de subjectivation à l’œuvre dans le contrat ne vont jamais jusqu’à l’épuisement complet de l’un d’eux. L’auteur y voit « une manière de loi d’évolution du contrat » qu’il qualifie de « thèse de l’évolutionnisme contractuel »¹⁰⁹¹. La nécessité d’une justification, autrement dit de fournir des raisons objectives d’agir, conduit à l’impossibilité pour l’auteur de la décision de fonder celle-ci exclusivement sur des éléments subjectifs. Dès lors, la rationalité d’une décision contractuelle unilatérale devient susceptible d’être appréciée et contrôlée par une instance critique. C’est en ce sens qu’il est possible d’affirmer que l’objectivation des décisions, conséquence de la finalisation des droits, participe de leur rationalisation. En définitive, le régime des prérogatives unilatérales faisant l’objet d’une finalisation subit l’attraction constante de deux forces

¹⁰⁸⁸ Th. LAHALLE, « L’articulation des normes applicables à la rupture du contrat de travail », in B. TEYSSIE (dir.), *L’articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 83 et s., spéc. n° 158, p. 90.

¹⁰⁸⁹ Rapp. Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 16, p. 90 : « Parce qu’ils participent de la structure du contrat, subjectivisme et objectivisme irradiant de façon naturelle l’ensemble du régime de cet acte. Mais, [...] dans l’ordre du régime du contrat subjectivation et objectivation sont dans une position de conflit ».

¹⁰⁹⁰ Th. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 1, p. 83.

¹⁰⁹¹ Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 16, p. 90 : « Le double mouvement de la subjectivation et d’objectivation étant, dans sa dualité, inhérent au contrat, aucun des membres de ce couple ne saurait jamais l’emporter entièrement sur l’autre. Pour autant, sur une même période, l’influence respective du subjectivisme et de l’objectivisme dans le régime du contrat n’est jamais équilibrée ».

antagonistes : d'une part, la subjectivité de la volonté du contractant qui en est titulaire ; d'autre part, l'objectivité du motif qui vient en conditionner la mise en œuvre et le contrôle. Cette dualité se retrouve d'ailleurs jusque dans les acceptions qui sont retenues du terme « action ». Selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande, « le mot action tire son caractère philosophique du terme agir (*agere*, pousser), qui se rattache d'un côté au sentiment intérieur de l'effort et de la volonté, de l'autre aux mouvements extérieurs qui en sont la manifestation, ou qui ont primitivement suggéré à des observateurs anthropomorphistes l'idée d'une relation analogue »¹⁰⁹². Quoi qu'il soit, en débouchant sur une objectivation des décisions unilatérales, l'obligation de justification de l'exercice du pouvoir manifeste tant une certaine aversion à l'égard de celui-ci que la nécessité d'en reconnaître l'existence voire de le promouvoir¹⁰⁹³. À ce titre, exigence de justification constitue un moyen d'encadrer l'exercice des pouvoirs décisionnels et non de les écarter de la sphère contractuelle¹⁰⁹⁴. À travers un encadrement des motifs, la finalisation manifesterait donc la réalité du pouvoir reconnu au contractant¹⁰⁹⁵. En définitive, la finalisation des droits offre une voie de conciliation entre l'unilatéralisme – dont le développement dans la sphère contractuelle sous forme de pouvoirs de décision unilatérale a été sans précédent ces dernières années – et la structure bilatérale du contrat¹⁰⁹⁶. Une telle réduction du conflit des logiques qui parcourent le contrat s'avère d'autant plus nécessaire que « l'acte unilatéral ne réalise jamais de conciliation entre des intérêts

¹⁰⁹² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Action », p. 19 et s., spéc. p. 21-22. Rapp. L. SFEZ, *La décision*, 3^e éd., PUF, 1994, p. 6 : « Écartelé entre la conscience des déterminismes et la volupté de sa liberté, l'homme de tous les jours veut passionnément croire à la décision, bouée de sauvetage idéologique, intermédiaire obligé entre la liberté et le déterminisme, opposition elle-même idéologique ».

¹⁰⁹³ En ce sens, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 76 : « Les pouvoirs de droit sont des pouvoirs reconnus comme suffisamment justifiés pour être jugés dignes d'être soutenus par la force du droit, pourvu qu'ils ne sortent pas d'un cadre précis ». Adde, L. AYNES, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants – Synthèse », *RDC* 2018, p. 528 et s., spéc. n^o 6, p. 529 : « Ce qu'il faut, c'est non pas brider ces pouvoirs, les accepter à reculons et à regret, ce qui conduirait le contrat à l'inutilité, mais en organiser l'exercice (délai – forme – motivation) et le contrôle ».

¹⁰⁹⁴ V. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 73-74 : « [La démocratie] emporte des exigences de justification, de limitation, de réglementation, de contrôle, de division du pouvoir. Elle est une exigence de réduction du pouvoir au nécessaire ». Rapp. E. FRIEDBERG, « Rationalité », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012, p. 607 et s., spéc. p. 612 : « La rationalité limitée est l'autre face de la démocratie ».

¹⁰⁹⁵ Dans le même sens, s'agissant du contrôle de l'abus de certaines prérogatives unilatérales, Th. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD civ.* 1997, p. 37 et s., spéc. n^o 5, p. 40 : « [...] l'abus dans la fixation du prix suppose nécessairement... le pouvoir de fixation du prix. L'éventualité de l'abus révèle donc, d'abord, le pouvoir dont il vient limiter l'exercice » (souligné par l'auteur).

¹⁰⁹⁶ Rapp. Th. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327, spéc. n^o 11 : « [...] unilatéralité et bilatéralité sont structurellement imbriquées dans l'acte contractuel ».

contradictoires »¹⁰⁹⁷. Dans cette perspective, la finalisation des droits provoque une certaine union, ou du moins un rapprochement, entre objectivisme et subjectivisme¹⁰⁹⁸. Elle se situerait donc au cœur d'une véritable dialectique entre ces deux mouvements¹⁰⁹⁹. La rationalisation des décisions conduit à la nécessité de les fonder sur des éléments objectifs, dissimulant ainsi leur versant subjectif. Les décisions contractuelles ne sont plus alors perçues uniquement comme le produit de la volonté du contractant, mais également comme un résultat objectif.

231. L'objectivation des décisions comme exigence d'explication. – La détermination du rôle de la volonté du titulaire d'un droit finalisé dans les rapports contractuels soulève une interrogation que l'appréciation plus générale de la place de la volonté dans l'acte juridique amène classiquement à se poser : « Faut-il retenir, rechercher la volonté réelle, psychologique, interne des auteurs de l'acte ou bien la volonté "sociabilisée" par son extériorisation, telle qu'elle est manifestée objectivement aux tiers »¹¹⁰⁰ ? L'objectivation des décisions, en tant qu'exigence de motifs matériellement vérifiables, débouche moins sur la compréhension de l'action du contractant exerçant un droit finalisé que sur son explication¹¹⁰¹. En effet, « une distinction, et même une

¹⁰⁹⁷ C. LEVRIER, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, th. Lille, 1995, n° 172, p. 195, cité par L.-A. FEMENIA, in « Le contrat, après la décision du conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *RRJ* 2002/3, p. 1999 et s., spéc. p. 1208.

¹⁰⁹⁸ Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 15, p. 90 : « Dans le régime du contrat, subjectivation et objectivation nourrissent une opposition de logiques qui ne vient jamais qu'exprimer l'antinomie foncière entre le subjectivisme et l'objectivisme ». V. égal. G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216 et s., spéc. p. 233 : « La théorie finaliste n'est en dernière analyse qu'un essai de conciliation entre l'esprit individualiste, qui réside au fond de tout droit subjectif, et les devoirs sociaux de chaque individu, à savoir ses devoirs de contribuer à la réalisation du bien commun, fin suprême de tout ordre juridique et moral ».

¹⁰⁹⁹ E. BERTRAND, « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, p. 151 et s., spéc. p. 152. L'auteur voit notamment dans la dialectique l'existence de « principes contradictoires, non concurrents mais complémentaires ». Rappr. J.-Cl. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : "normalisation" du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 101 et s.

¹¹⁰⁰ J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Revue Droits* 1999, p. 3 et s., spéc. p. 3.

¹¹⁰¹ Rappr. A. BENABENT, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* 6 mai 1998, p. 14 : « Dans une société où l'argument d'autorité – commode mais "colonial" – est passé de mode, il est assez logique et peut être sain que, dans les contrats comme ailleurs, affirmer ne suffise plus : il faut encore expliquer ». Relevant par ailleurs une telle démarche d'explication de l'action individuelle en économie du droit, S. FERREY, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. DEFFAINS et É. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit, Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 11 et s., spéc. p. 19.

opposition, a été faite entre les termes *comprendre* et *expliquer* »¹¹⁰². Même si expliquer renvoie généralement à l'idée de faire comprendre¹¹⁰³, il s'agit, en un sens plus particulier, de faire connaître la raison, la cause de quelque chose. Dans cette perspective, alors que l'appréciation des mobiles du contractant relève davantage de l'ordre de la compréhension¹¹⁰⁴, celle des motifs se rattache à l'ordre de l'explication¹¹⁰⁵. Contrairement à l'explication, la compréhension d'une action se conçoit difficilement sans que le for intérieur du contractant soit scruté. La rationalisation résultant de la finalisation des droits ne devrait donc pas, en principe, conduire le juge à sonder les reins et les cœurs des contractants à l'occasion du contrôle des motifs de l'exercice des droits finalisés¹¹⁰⁶. La justification d'une action débouche sur l'explication de cette même action. La rationalisation des décisions unilatérales, résultat de leur objectivation, a ainsi pour principal objectif de légitimer l'action tant du point de vue de son auteur que de tiers éventuellement amenés à en apprécier le bien-fondé¹¹⁰⁷. De la même manière, comme l'a écrit M. Revet, « le développement continu de l'objectivation du contrat entraîne un important interventionnisme d'autorités extérieures aux parties. Le contrat constitue de moins en moins l'œuvre des parties et de plus en plus celle du législateur, sinon du

¹¹⁰² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Comprendre », p. 159. V. également du point de vue de la sociologie, S. PESCE, « Expliquer et comprendre », in A. VANDEVELDE-ROUGALE et P. FUGIER, avec la collaboration de V. DE GAULEJAC, *Dictionnaire de sociologie clinique*, Érès, 2019, p. 278 et s., spéc. p. 278.

¹¹⁰³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Expliquer », p. 326 : « *Explicare*, c'est développer, déplier ; le concis, l'enveloppé, n'est pas clair pour l'esprit. Développer, le plus souvent, est nécessaire et suffit pour faire comprendre ». Rappr. C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 15 : « [...] Justifier un acte est lui donner un sens ; en exposant les fondements d'une action auprès d'autrui, l'individu agissant permet une première compréhension de son acte ».

¹¹⁰⁴ V. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, V^o « Compréhension », p. 85 et s., spéc. p. 85 : « En sociologie, recherche de l'interprétation du sens de l'activité sociale humaine, en prenant la place des sujets, des acteurs, pour *comprendre de l'intérieur* leurs perceptions, *leurs mobiles*, la signification qu'ils accordent aux objets sociaux et autres qui forment le contexte de leur action » (nous soulignons).

¹¹⁰⁵ Rappr. Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 579 et s. : « La motivation est un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne une telle option » (nous soulignons).

¹¹⁰⁶ V. sur le motif, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Motif » (sens B), p. 657 : « [...] état mental, où prédominent les éléments intellectuels, et tel que s'il était seul en jeu, il déterminerait une certaine action volontaire ». Le mobile, contrairement au motif, relèverait de l'ordre de la sensibilité et non de l'ordre intellectuel.

¹¹⁰⁷ Rappr. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 159 : « Si j'affirme que tel est mon intérêt, autrui pourra prétendre le contraire, arguments rationnels à l'appui. La détermination de l'intérêt laisse ainsi place à une certaine analyse objective [...] » ; X. LAGARDE, « Libres propos sur les évolutions du travail », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 433 et s., spéc. n^o 10, p. 442 : « Une valeur est un port d'attache ; elle n'existe pas sans un minimum d'extériorité. Dit autrement, pour être partagée, elle doit présenter un minimum d'objectivité ».

juge »¹¹⁰⁸. Une telle compréhension de la rationalité des actes privés n'est pas éloignée de celle des actes administratifs relevant du champ de la motivation obligatoire¹¹⁰⁹. Quoi qu'il en soit, le contrôle judiciaire des droits finalisés n'entend donc pas se saisir de la volonté interne du contractant qui prend une décision mais de sa volonté extériorisée. Dans cette perspective, la finalisation des droits ne débouche pas sur un examen des ressorts psychologiques des contractants amenés à prendre des décisions dans l'exercice de leurs prérogatives¹¹¹⁰.

232. L'objectivation résultant de la finalisation des droits ne se caractérise donc pas par un contrôle de la licéité des mobiles, celui-ci se manifestant par exemple en cas de sanction de l'intention de nuire du titulaire d'un droit, mais par un examen de la légitimité des motifs et donc de leur matérialité. En d'autres mots, le mobile, « finalité subjective », se distinguerait du motif, « finalité objective ». Cette objectivité du motif susceptible d'être apprécié par un for externe se retrouve notamment dans la définition qui est parfois retenue de l'exigence de motivation¹¹¹¹. Il résulte de la distinction opérée entre mobile et motif que la finalisation d'un droit, envisagée comme la soumission de son exercice à une exigence de justification, induit la possibilité d'un contrôle objectif des motifs du contractant¹¹¹². Par conséquent, un tel contrôle de la finalité objective se distingue d'un contrôle subjectif des mobiles du contractant¹¹¹³. La réalisation d'un contrôle du détournement de pouvoir ne

¹¹⁰⁸ Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 20, p. 93.

¹¹⁰⁹ Par exemple en droit administratif, A. HACHEMI, « La motivation des actes administratifs », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 78 et s., spéc. p. 78 : « Une telle motivation suppose donc une action administrative rationnelle, tant du point de vue de l'auteur de l'acte que de ses destinataires. En exposant ce qui a présidé à son action, l'administration s'expose en effet à la discussion » (nous soulignons). La doctrine privatiste relève également l'opportunité d'emprunter au droit public les mécanismes de contrôle de la justification des actes unilatéraux. V. ainsi, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s.

¹¹¹⁰ Rappr. J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Revue Droits* 1999, p. 3 et s., spéc. p. 7 : « [...] le recours à la volonté interne n'est pas, pour la doctrine classique, une méthode d'investigation opératoire, au contraire, sa stérilité a été éprouvée [...] ».

¹¹¹¹ V. par ex., E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, note de bas de page n° 8, in fine, p. 89 : « [...] [la motivation] s'entend de l'énonciation des motifs – et non des mobiles –, soit des considérations de fait et de droit logiques au regard du droit » (nous soulignons).

¹¹¹² Rappr. P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s. : « Le contrôle de justification de la décision consiste à confronter la décision au standard ». Comp. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985, n° 154, p. 100 : « [...] les théories objectives ne reflètent pas l'état du droit positif et [...] l'abus de droit, la cause illicite et la fraude constituent, au même titre que le détournement de pouvoir, autant de techniques de contrôle judiciaire des mobiles ».

¹¹¹³ Sur ce point, E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 182, p. 118. Adde distinguant le contrôle subjectif du détournement de pouvoir du contrôle de l'autorité, J.-B. DONNIER, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992, n° 237 : « Le contrôle du détournement de pouvoir est un contrôle de conformité de la

saurait alors constituer la manifestation du caractère finalisé d'un droit. À ce titre, Mme Lafuma relève, à propos du contrôle du licenciement économique, que la conception la plus étroite du détournement du pouvoir conduit à le voir comme le « contrôle qui consiste à vérifier que l'acte a été pris en vertu de la finalité qui légitime le pouvoir et qui s'apparente à un contrôle du mobile, à un contrôle de l'intention subjective »¹¹¹⁴. La finalisation des droits entraîne une objectivation des décisions en ce qu'elle ne débouche pas sur un contrôle de l'intention du contractant auteur de la décision mais sur l'examen des motifs qui fondent objectivement celle-ci. Pour autant, le contrôle de l'objectivité des motifs qui dictent l'exercice des droits finalisés ne fait pas disparaître toute part de subjectivité du contractant dans la prise de décision. Ainsi que l'a très justement écrit M. Dockès, « plus le pouvoir est légitime, fort, et plus l'évaluateur se détache de ce contexte, pour faire prévaloir des éléments prétendument objectifs, mais qui sont simplement issus de sa subjectivité propre »¹¹¹⁵. L'objectivation ne doit donc pas être comprise comme la tentative d'éviction de toute subjectivité qui, de toute façon, serait parfaitement inconciliable avec l'idée même de décision¹¹¹⁶, mais plutôt comme la possibilité reconnue à un tiers d'en apprécier le bien-fondé¹¹¹⁷.

233. Objectivation du licenciement par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. – La finalisation des droits de l'employeur, qui s'opère par l'instauration d'une obligation de justification, le contraint à placer son action sous l'empire de la rationalité de normes qui viennent en limiter la mise en œuvre¹¹¹⁸. Dans cette perspective, il incombe au

volonté de l'agent au but du pouvoir qui lui a été concédé ; le contrôle de l'autorité est un contrôle de la rationalité de l'acte posé par celui dont la sagesse est présumée, au regard de la finalité de son autorité [...] ».

¹¹¹⁴ E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, note de bas de page n° 96, p. 148. V. égal., Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. de Th. REVET, Litec, 1998, n° 429, p. 272 : « Le détournement de pouvoir, notion subjective, sanctionne, à travers l'acte, l'attitude de son auteur » ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 542 : « [...] le contrôle du détournement de pouvoir est le plus faible des contrôles des raisons d'agir ».

¹¹¹⁵ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 160. Rappr. C. PUIGELIER, « L'idée en droit », *RRJ* 2003/4, p. 2369 et s., spéc. p. 2375 : « [...] cet objectif litigieux n'est à la vérité que le subjectif du juge puisque celui-ci ne peut prétendre à un objectif que dans un cadre social accepté par une majorité qui le rend nécessairement subjectif ».

¹¹¹⁶ V. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 39 : « [...] une personne n'est guère présente au monde que par ses actes ».

¹¹¹⁷ Rappr. Ch. PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », in Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Au-delà du positivisme juridique*, préf. de M. VILLEY, LGDJ, 1984, p. 56 et s., spéc. p. 64 : « On a besoin d'un juge quand ces règles [de raisonnement] ne sont pas univoques, quand le raisonnement n'aboutit pas à une conclusion, mais justifie une décision ».

¹¹¹⁸ V. J.-B. DONNIER, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992, n° 144, p. 123 : « Il y a [...] bien un pouvoir normatif du chef d'entreprise [...]. Mais tout pouvoir est finalisé et, s'agissant d'un pouvoir normatif, cette finalité s'exprime dans la rationalité de la norme édictée » (nous soulignons).

juge de s'assurer de la rationalité de l'action du contractant en contrôlant le bien-fondé des actes matérialisant l'exercice de droits finalisés. En droit du travail, l'instauration d'une cause réelle et sérieuse a, en faisant du licenciement un « acte causé », emporté rationalisation de celui-ci¹¹¹⁹. En ce sens, M. Guiomard relève, à propos de la loi du 13 juillet 1973, qu'elle a « induit que le licenciement n'est pas un simple acte de volonté, mais il est un acte de raison »¹¹²⁰. L'auteur poursuit en précisant que « le législateur a rompu en 1973 avec le postulat positiviste selon lequel les actes juridiques sont des actes péremptoires, produits par la seule expression de la volonté. Le licenciement ne peut intervenir que si l'employeur dispose de raisons admissibles pour licencier le salarié. Là est l'apport essentiel de la loi du 13 juillet 1973 : elle prescrit à l'employeur d'agir de manière rationnelle, et elle introduit un contrôle judiciaire de cette rationalité »¹¹²¹. Si l'exigence d'une cause réelle et sérieuse conduit à la rationalisation de l'action de l'employeur voulant licencier le salarié, c'est surtout en raison des caractères que revêtent les motifs permettant de justifier le licenciement. Les motifs de licenciement doivent être objectifs, c'est-à-dire susceptibles de vérification matérielle par un tiers, réduisant ainsi la part de subjectivité de l'employeur dans la prise de décision¹¹²². Ainsi que l'a soutenu M. Radé à propos de l'appréciation du motif de licenciement : « Dans ce contexte, la contrainte apparaît comme une cause réelle et sérieuse de licenciement par excellence. Dans la mesure où certaines circonstances extérieures à la volonté de l'employeur le conduisent nécessairement à résilier le contrat, la contrainte constitue naturellement une parfaite justification du licenciement »¹¹²³.

L'existence de motifs objectifs se présente comme une condition de la légalité de l'acte de licenciement. L'objectivation de la décision de licenciement, à travers

¹¹¹⁹ Ch. RADE, « La contrainte en droit du travail », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 83 et s., spéc. n° 24, p. 95 « Avec la loi du 13 juillet 1973, le licenciement devient un acte causé et le contrôle du juge se déplace de l'aval de la rupture à l'amont, l'employeur devant désormais se justifier devant le juge ». V. égal. sur l'existence d'une « rationalisation par les fins » de l'action de l'employeur, A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 289, p. 148.

¹¹²⁰ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris-X-Nanterre, 2004, n° 134, p. 79.

¹¹²¹ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris-X-Nanterre, n° 134, p. 79.

¹¹²² En ce sens, Ph. LANGLOIS, « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003, p. 283 et s., spéc. n° 6 : « [La Cour de cassation] proscrie ainsi une subjectivité qui échappe à son contrôle et impose le respect de normes objectives dont les tribunaux doivent être à même d'apprécier le respect ».

¹¹²³ Ch. RADE, « La contrainte en droit du travail », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 83 et s., spéc. n° 24, p. 96. Rapp. E. FRIEDBERG, « Rationalité », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012, p. 607 et s. : « On peut [...] considérer comme rationnel un comportement qui est actif, c'est-à-dire qui correspond à un choix effectué sous contrainte, parmi un ensemble d'opportunités présentes dans un contexte d'action donné ».

l'instauration d'une justification obligatoire, a entraîné une rationalisation du pouvoir patronal. Par où il est possible de dire que la finalisation du droit de licencier, induite de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, contribue à rationaliser le pouvoir qu'elle conditionne. Le caractère finalisé du pouvoir de licencier va donc de pair avec la reconnaissance d'un contrôle de la rationalité du licenciement. De manière plus générale, à chaque fois que l'employeur sera confronté, dans sa prise de décision, à la nécessité de se fonder sur des motifs objectifs, une rationalisation de son action s'opérera¹¹²⁴. La rationalisation de l'action patronale a pour corollaire la possibilité d'un contrôle judiciaire de la justification de la décision prise par le contractant¹¹²⁵. En réalité, à défaut d'un contrôle judiciaire de la régularité des raisons d'agir, la rationalité de la décision continuerait, en dépit de l'affirmation d'une exigence de justes motifs, à dépendre pleinement de la subjectivité de son auteur. Cela met en relief le fait que la rationalisation des décisions de l'employeur demeurait inachevée tant que la jurisprudence continuait à estimer que celui-ci était « seul juge » des mesures de gestion¹¹²⁶. La remise en cause de cette position s'est concrétisée par un renforcement du contrôle judiciaire du pouvoir de l'employeur et, corrélativement, par un recul de l'autonomie de la rationalité de celui-ci¹¹²⁷. Tant le caractère finalisé du droit de licencier que la rationalisation des décisions de l'employeur en résultant sont désormais incontestables.

234. Les réformes successives du bail d'habitation et la lente rationalisation du congé. Jusqu'à la loi ALUR du 24 mars 2014, la jurisprudence n'avait pas véritablement tiré toutes les conséquences de l'emploi du mot « justifié » par l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 régissant notamment le congédiement du preneur d'un bail d'habitation¹¹²⁸. Alors qu'il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 15-I que le congé délivré par le bailleur doit

¹¹²⁴ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006, p. 85.

¹¹²⁵ Rapp. B. DABOSVILLE et Q. URBAN, « Préserver l'imagination normative en droit du travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 239 et s., spéc. p. 247 : « La motivation sert ainsi de support à une analyse critique des fruits de l'imagination. À l'exercice de la faculté d'imagination succède l'exercice de la faculté de jugement, permettant de soumettre l'imagination à l'empire de la raison ».

¹¹²⁶ Rapp. Ph. LANGLOIS, « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003, p. 283, spéc. n° 1 : « Comme toute politique jurisprudentielle systématique, cette politique est allée trop loin en méconnaissant la volonté du législateur de soumettre au contrôle judiciaire les décisions patronales menaçant l'emploi des salariés ».

¹¹²⁷ V. A. SUPIOT, *Le droit du travail*, 7^e éd., PUF, 2019, p. 77 : « [...] l'employeur n'est plus seul juge de l'exercice de son pouvoir de direction et ses décisions relèvent d'un contrôle de proportionnalité et de détournement de pouvoir ».

¹¹²⁸ V. par ex. CA Paris, 23 mars 1999, *D.* 1999, p. 127. Il ressort notamment de cet arrêt que « Le bailleur n'a pas à justifier de la réalité du motif allégué, le terme "justifié" se rapportant au mot "congé" et non au mot "décision" ». V. déjà, CA Paris, 21 oct. 1997 : *D.* 1999, p. 138. Rapp. Cass. 3^e civ., 24 janv. 1996, n° 93-19.027, *D.* 1996, p. 371, obs. CRDP Nancy II.

être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement soit par un motif légitime et sérieux, la jurisprudence faisait de la reprise et de la vente du logement, selon l'expression employée alors en doctrine, des motifs « péremptoires » de congé¹¹²⁹. Le caractère péremptoire du motif signifie, comme en suggère l'étymologie, que tout débat quant à la réalité et à la légitimité du motif de congédiement tendait à être écarté. En effet, en cas de reprise ou de vente du logement, la seule mention de l'un de ces deux motifs dans l'acte de congédiement suffisait, antérieurement aux modifications opérées par la loi du 24 mars 2014, à asseoir la légitimité du congé délivré par le bailleur, sauf au preneur à rapporter la preuve d'une fraude¹¹³⁰. Tout contrôle *a priori* de la réalité du motif de congédiement se trouvait donc exclu¹¹³¹. À côté des motifs péremptoires de congé que constituent la reprise et la vente, le motif légitime et sérieux de congédiement se présentait comme un motif non péremptoire dont la réalité pouvait être contrôlée *a priori*. Il en résultait une « disparité de nature et de régime des différentes causes de non-renouvellement du bail »¹¹³². Il était pourtant remarquable qu'en précisant que le congé devait être justifié le législateur de 1989 eût manifestement souhaité opérer un changement par rapport au régime prévu par la loi de 1982. En effet, l'article 7, alinéa 4, de la loi du 22 juin 1982 précisait que « le refus du bailleur de renouveler le contrat de location doit être fondé sur sa décision de reprendre ou de vendre le logement dans les conditions prévues par la présente loi, soit sur un motif légitime et sérieux »¹¹³³. Aucune référence n'était ainsi faite par le législateur de 1982 à la justification. À suivre la lettre de l'article 15-I de la loi de 1989, celui-ci ne se contentait donc pas de restaurer une obligation de motivation du congé que la loi de 1986 avait largement balayée¹¹³⁴. La rédaction de l'article 15-I, et notamment l'ajout du terme « justifié », suggérait un dépassement de loi de 1982 s'agissant de la portée à attribuer aux motifs de congédiement indiqués dans la loi. En ce sens, le

¹¹²⁹ V. en ce sens, Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 168.

¹¹³⁰ À propos du congé du bailleur pour reprise antérieurement à la Loi ALUR, F. COLLART DUTILLEUL, *Les baux d'habitation*, Dalloz, 1994, p. 88 : « [...] la fictivité du motif est difficile à sanctionner. [...] Il appartiendra alors au juge d'apprécier souverainement et cas par cas la réalité du motif. Le plus souvent cependant, le locataire se sera relogé et n'aura ni le souci ni les moyens de surveiller les allées et venues dans son ancien logement ». V. égal. H. DES LYONS et Y. ROUQUET, *Baux d'habitation*, Dalloz, 2009, n° 530, p. 103.

¹¹³¹ Par ex. à propos du congé pour habiter, CA Paris, 21 oct. 1997, *D.* 1999, p. 138.

¹¹³² Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 168.

¹¹³³ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs.

¹¹³⁴ J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1381, p. 588 : « Dans l'esprit du législateur, il s'agissait, à la différence de la situation existante sous l'empire de la loi du 23 décembre 1986, de donner au juge le moyen de vérifier la réalité du motif allégué par le bailleur ».

sénateur M. Faure relevait dans un avis présenté au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur la proposition de loi tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 : « [La proposition de loi] se veut en outre plus stricte que [la loi Quilliot] puisqu'elle prévoit que le congé doit être *justifié* par l'un des trois motifs précités et non pas seulement *fondé* sur ceux-ci, considérant que, dans ce dernier cas, le juge ne pouvait que constater l'invocation formelle du motif et non en contrôler la réalité »¹¹³⁵. En toute rigueur, une telle variation de la terminologie employée par le législateur aurait dû conduire à un dépassement de la conception formelle des motifs péremptoires de congé et ainsi y voir une véritable exigence de fond à la charge du bailleur délivrant congé¹¹³⁶. Postérieurement à l'adoption de la loi du 6 juillet 1989, les juges ont cependant continué à faire de la reprise et de la vente du logement des motifs péremptoires de congé. À l'exception de l'hypothèse du congé fondé sur un motif légitime et sérieux, la faculté de congédiement du bailleur ne se trouvait donc que partiellement finalisée. Au lendemain de la loi du 6 juillet 1989, la finalisation de cette prérogative du bailleur n'était pas achevée. Selon les cas, le bailleur pouvait donc conserver une part relativement importante de discrétion, dans l'exercice de sa faculté de congédiement, sans que celui-ci puisse toutefois en user à sa guise¹¹³⁷. Il faut dire que d'autres dispositions de loi de 1989 n'incitaient pas véritablement à opérer un changement dans l'appréciation des motifs péremptoires de congé. En ce sens, l'article 10, alinéa 2, de la loi de 1989 fait référence aux « conditions de forme et de délais prévus à l'article 15 ». Comme l'écrit M. Bérroujon, « cette focalisation sur la forme de l'acte est symptomatique de la réticence du législateur à instaurer un contrôle juridictionnel sur l'opportunité, voire simplement la réalité, des motifs invoqués par le bailleur qui délivre à son locataire un congé pour vente

¹¹³⁵ Avis n° 345 présenté par le sénateur J. Faure au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur la proposition de loi tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, p. 34 (souligné par l'auteur).

¹¹³⁶ Également en ce sens, J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1381, p. 588 : « [...] il fallait désormais distinguer les “motifs” du congé et sa “justification”. Pour être recevable, un congé devait non seulement être délivré pour l'un des motifs limitativement admis par la loi (congé pour vendre, pour habiter ou pour un motif légitime et sérieux), mais également être “justifié” ». V. de manière générale sur les effets attachés au choix des mots de la loi, Th. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625 et s., spéc. n° 2 : « [...] le choix des mots par le législateur [...] n'est jamais anodin parce que, lorsqu'il choisit un mot, il choisit un signe qui non seulement est porteur de sens mais qui, dans sa bouche, est en outre porteur de normes ».

¹¹³⁷ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 21514, p. 755 : « [...] la loi de 1989 revient aux principes établis en 1982, effaçant ainsi la parenthèse de la loi Méhaignerie, de 1986, qui avait consacré le droit pour le bailleur de donner congé à son gré ».

ou reprise »¹¹³⁸. Il relève ainsi à propos de la conception que retient la Cour de cassation du texte : « C'est également cette conception minimaliste des conditions légales de validité du congé que retient la Cour de cassation »¹¹³⁹. Ainsi, et en dépit de la lettre de l'article 15-I de ladite loi, la jurisprudence n'a pas remis en cause la distinction entre motifs péremptoires et non péremptoires de congé¹¹⁴⁰. Cependant, la loi du 24 mars 2014 est venue accroître les pouvoirs du juge en lui reconnaissant la possibilité de vérifier, même d'office, la réalité du motif du congé. Ce faisant, la loi ALUR ouvre la voie d'un contrôle *a priori* et, avec lui, le passage d'un contrôle de l'intention du bailleur à celui des raisons de son action¹¹⁴¹. Le contrôle de la justification du congé conduit à une objectivation de la décision du bailleur de faire échec au renouvellement du bail d'habitation. L'accroissement des pouvoirs reconnus au juge dans le contrôle du congé délivré par le bailleur conduira-t-il, à terme, à la réalisation d'un examen de l'opportunité de la décision de congédiement, conformément aux craintes qui ont été formulées à l'occasion de l'adoption de la loi du 6 juillet 1989 ? « Tout dépend, à l'avenir, de l'usage que les juges feront de leurs nouveaux pouvoirs et jusqu'où s'étendra leur contrôle. Une application raisonnable de la loi devrait les amener à exclure toute vérification de l'opportunité du congé [...]. Il est à prévoir que dans un premier temps, les juridictions du fond prendront des positions assez diverses et qu'il faudra donc attendre que la Cour de cassation ait statué pour avoir une jurisprudence unifiée »¹¹⁴². En somme, l'évolution de la législation des baux d'habitation indique une objectivation croissante de la décision du bailleur souhaitant mettre fin à la relation locative à travers un contrôle de la matérialité des éléments qui la justifient.

¹¹³⁸ Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 168. V. égal. sur le spectre d'un contrôle de l'opportunité, J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1381, p. 588-589.

¹¹³⁹ Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 168.

¹¹⁴⁰ En ce sens, Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 169 : « L'exigence nouvelle d'une "justification" du congé, qui avait été saluée comme une avancée importante par certains députés soucieux des intérêts des locataires lors du vote de la loi de 1989, n'a donc en rien modifié la jurisprudence antérieure sur l'étendue du contrôle des motifs péremptoires de congé par le juge ». V. égal. J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1383, p. 590 : « Cette interprétation de la loi interdisait tout contrôle de l'opportunité du congé, ce qui était sage. Mais elle conservait à l'exigence de "justification" du congé une portée relative. Le congé n'était "justifié" que s'il était exclusif de toute intention frauduleuse ».

¹¹⁴¹ Sur le contrôle instauré par la loi ALUR, P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2019, n° 631, p. 557 : « Afin de permettre au locataire de contrôler la réalité du motif, le bailleur doit [...] justifier du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise. Autrement dit, *il lui appartient de s'expliquer auprès de son locataire et d'argumenter* ! La jurisprudence ne l'imposait pas avant la loi ALUR [...] » (nous soulignons).

¹¹⁴² J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1384, p. 590.

235. Objectivation des décisions et conceptions du contrat. L'essor d'un contrôle de la rationalité des actes des contractants passe nécessairement par une certaine remise en cause de l'autonomie de la volonté. M. Perulli écrit en ce sens à propos des actes de l'employeur :

« [...] l'idée d'un contrôle de la rationalité d'actes étroitement liés à l'autonomie privée est beaucoup plus délicate et complexe [...]. En présence de tels actes, en effet, la résistance à admettre un examen critique se fonde sur la crainte qu'un tel contrôle puisse léser ou limiter l'autonomie de la volonté et la liberté de négociation privée, qui, pour beaucoup, [...] ne doit pas être exercée en tenant compte d'une protection préconstituée de valeurs. Dans cette perspective l'idéal de rationalité se confond avec un idéal de liberté caractéristique d'une pensée de l'autonomie, qui non seulement se justifie par elle-même mais n'a à répondre qu'à elle-même de ses actions et se contrôle toute seule »¹¹⁴³.

Bien que volonté et volontarisme se distinguent¹¹⁴⁴, le recul de la place accordée à la volonté du contractant à travers l'objectivation croissante de ses décisions a contribué à la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté¹¹⁴⁵. « Le recul du volontarisme contractuel ne pouvait que marquer un recul du psychologisme dans la réglementation des actes juridiques »¹¹⁴⁶. Ainsi, à côté de « la consécration moderne de l'autonomie de la volonté comme autonomie de la rationalité »¹¹⁴⁷, l'hypothèse de la finalisation des droits manifeste une restriction de cette même autonomie. Faut-il en déduire l'existence d'un lien entre l'affirmation du caractère finalisé d'un droit et la doctrine du solidarisme contractuel¹¹⁴⁸ ? La question se pose dans la mesure où l'affirmation d'une volonté

¹¹⁴³ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006, p. 85 et s., spéc. n° 3. Rappr. S. Le GAC-PECH, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *LPA* 24 sept. 2015, p. 4 : « Le droit commun des contrats doit exprimer les valeurs conformes à notre temps. L'époque du laisser-faire appartient au passé et les contractants méritent que l'on prenne soin de leurs intérêts ».

¹¹⁴⁴ En ce sens, Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 159 et s., spéc. n° 9, p. 166.

¹¹⁴⁵ Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. n° 18, p. 91 : « La crise du subjectivisme contractuel naît du constat de la discordance entre les concepts volontaristes et certaines situations contractuelles concrètes ».

¹¹⁴⁶ Th. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 181 et s., spéc. p. 189.

¹¹⁴⁷ V. sur ce point les développements de É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, préf. de J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997, n° 221 et s., spéc. 181 et s. Rappr. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. de J.-Ph. LEVY, PUF, 1980, p. 9.

¹¹⁴⁸ Rappr. A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron. p. 67 et s., spéc. p. 67 : « [...] l'on se plaît à souligner le caractère "relatif" ou "social" des droits (famille, propriété par exemple), à prôner la participation dans l'entreprise, en vue de faire contrepoids au pouvoir du patron, à chercher une troisième voie entre le système socialiste et le système

autonome suggère l'existence d'un pouvoir discrétionnaire¹¹⁴⁹. Concrètement, il s'agit de déterminer si la finalisation d'un droit attribué à un contractant, par l'instauration d'une exigence de justification de son exercice, rend compte ou non d'une vision solidariste du contrat. La poursuite de cet objectif requiert de revenir sur les principaux traits de la thèse solidariste¹¹⁵⁰.

Tout d'abord, du point de vue des sources du solidarisme contractuel, dès lors qu'est avancée l'idée selon laquelle celui-ci ne peut résulter que de l'œuvre de la jurisprudence, la finalisation des droits, ayant essentiellement pour origine les interventions du législateur, ne saurait être identifiée comme la manifestation d'une « socialisation » du rapport contractuel¹¹⁵¹. Ainsi, lorsque le législateur se donne pour mission de protéger le contractant présumé faible (salarié, locataire, etc.) en encadrant les conditions d'exercice des droits de son cocontractant, il ne promeut pas le solidarisme¹¹⁵². De manière générale, toute évolution allant dans le sens d'une modération de la volonté unilatérale du contractant, notamment en lui imposant une obligation de se justifier, ne doit pas être mise au crédit du courant solidariste¹¹⁵³. Néanmoins, quelques auteurs n'ont pas manqué d'interpréter les décisions imposant une obligation de motivation à l'occasion de la rupture unilatérale ou du non-renouvellement de contrats de distribution comme des consécutions de la thèse solidariste. En ce sens, M. Mazeaud affirme que « le principe du pouvoir unilatéral du concédant de résilier le contrat à durée indéterminée ou de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée est assorti de tempéraments dans lesquels on retrouve aussi

libéral. Ces préoccupations ne devraient-elles pas, logiquement, conduire à un examen de la finalité des droits ? ».

¹¹⁴⁹ En ce sens, M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 96, p. 181.

¹¹⁵⁰ Il convient de préciser à ce stade que le solidarisme a fait l'objet d'interprétations fort diverses. Sur ce point, v. not., Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 442-443. ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. n° 13 et s., p. 617 et s.

¹¹⁵¹ Sur le solidarisme contractuel comme œuvre prétorienne, v. not. L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 25 et s., spéc. n° 1, p. 26. Comp. n'excluant pas totalement une origine législative du solidarisme contractuel, Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 471.

¹¹⁵² Rapp. L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 173 et s., p. 191.

¹¹⁵³ En ce sens, É. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 43 et s., spéc. n° 3, p. 44-45 ; J. HAUSER, « Rapport de synthèse, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 193 et s., spéc. n° 6, p. 197. V. égal. de manière critique, L. AYNES, « Rapport de synthèse », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, hors-série n° 3, p. 88 et s.

l’empreinte du droit du travail et *l’emprise du solidarisme contractuel* »¹¹⁵⁴. Si les thèses solidaristes permettent, dans une certaine mesure, d’expliquer le contrôle qui est parfois réalisé des prérogatives du contractant dominant, il a justement été observé que l’absence de bilatéralisation des mesures d’encadrement pouvait faire douter de la présence du solidarisme contractuel¹¹⁵⁵. En outre, l’encadrement des conditions d’exercice des droits résultant directement des clauses du contrat n’offre pas une manifestation du solidarisme contractuel mais constitue, plus simplement, l’expression de la volonté commune des contractants¹¹⁵⁶. Quoi qu’il en soit, le contrôle judiciaire des motifs de rupture intervenant parfois en l’absence de tout encadrement législatif participe incontestablement, indépendamment de la question de son rattachement à la thèse solidariste, de la rationalisation de la décision de rompre le contrat¹¹⁵⁷. En ce qu’elle conduit à enfermer la volonté individuelle dans des limites plus étroites, notamment en subordonnant son expression au respect de conditions de fond, la finalisation des droits n’est pas dépourvue de tout lien avec les théories téléologiques¹¹⁵⁸. Pour autant, l’affirmation du caractère finalisé d’une prérogative n’exclut nullement l’existence d’un véritable pouvoir de décision unilatérale.

En somme, si la finalisation des droits peut, du moins en apparence, prendre les habits du solidarisme contractuel, elle s’en distingue dans une très large mesure. De cette manière, la finalisation des droits n’encourt pas les principaux griefs habituellement adressés à la conception solidariste du contrat que sont l’insécurité et l’imprévisibilité

¹¹⁵⁴ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57 et s., spéc. n° 16, p. 65 (nous soulignons). De manière plus nuancée, Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 159 et s., spéc. n° 9, p. 167.

¹¹⁵⁵ Rappr. s’agissant du contrôle des prérogatives des parties au contrat de travail, Ch. RADE, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 75 et s., spéc. 17, p. 88.

¹¹⁵⁶ Rappr. G. DURRY, « Solidarisme contractuel en droit des assurances », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 125 et s., spéc. n° 2, p. 126.

¹¹⁵⁷ V. Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 et s., spéc. n° 7, p. 198 : « Ainsi un contrôle des motifs de résiliation est-il opéré en toutes hypothèses de rupture de ces contrats par le partenaire dominant, aux fins de *rationaliser sa décision pour tendre à une certaine stabilité de la relation contractuelle* » (nous soulignons).

¹¹⁵⁸ Sur de telles théories, v. par ex. M. WALINE, *L’individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 236, p. 410-411. L’auteur relève notamment que « [...] la théorie s’insurge contre la liberté d’action de l’individu, le contrecarre dans ses projets ou l’oblige à réparer les conséquences d’une action qu’il prétendait licite » (*ibid.*, n° 237, p. 412) ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L’évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216 et s., spéc. p. 233 : « [...] la construction finaliste du droit subjectif cadre bien avec la conception finaliste de l’ordre juridique et social et avec la méthode téléologique d’interprétation, qui a prévalu dans la jurisprudence et la doctrine récentes ».

juridiques¹¹⁵⁹. Pour autant, tout en prenant ses distances avec une conception solidariste du contrat, la question de l'opportunité d'étendre l'encadrement des motifs d'exercice des droits continue de diviser¹¹⁶⁰.

236. Conclusion de la section. – Dès lors qu'il est tenu de justifier ses décisions par des motifs objectifs, le contractant voit son action orientée par des éléments qui lui sont extérieurs. Ainsi, en présence d'un droit finalisé, la seule volonté de l'auteur de la décision ne suffit plus à faire produire des effets à celle-ci. L'action du contractant se trouve bornée par une volonté extérieure le contraignant à exercer son droit uniquement pour certains motifs concrets. Dès lors, finaliser l'exercice d'un droit revient en définitive à s'assurer que les motifs de la décision du contractant ne soient pas totalement dépendants de sa propre subjectivité¹¹⁶¹, provoquant de la sorte son objectivation. Les raisons d'agir du contractant se trouvent ainsi dévoilées et soumises à l'appréciation d'une instance critique.

237. Conclusion du chapitre. – L'instauration d'une exigence de justification provoque une rationalisation des décisions qu'un contractant est susceptible de prendre dans l'exercice de son droit. En effet, dès lors que les raisons pour lesquelles un tel contractant est fondé à se décider ne sont plus totalement libres, sa volonté se trouve nécessairement enserrée dans des limites plus étroites. Ainsi, marquant un recul certain de

¹¹⁵⁹ Sur la formulation de telles critiques, L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 173 et s., spéc. n° 17 et s., p. 186 et s. Comp. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. n° 20, p. 624. Plus récemment, relevant la compatibilité du solidarisme contractuel avec les nouvelles dispositions du droit des contrats, A.-S. COURDIER-CUISINIER, « La réforme du droit des contrats a-t-elle sonné le glas du solidarisme contractuel ? », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 617 et s.

¹¹⁶⁰ Par ex. L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 et s., spéc. p. 555-556 : « Que serait un monde où chacun devrait à tout moment agir, et publier les raisons de son action ? Un monde de bavards et de voyeurs, vite paralysé. Ajoutons que certains motifs sont indicibles, ceux qui affectent le plus profondément à la relation à autrui : confiance et défiance, amour et haine... Et que la vie économique, le fonctionnement des marchés exigent que les agents puissent doser ce qu'ils entendent révéler ou cacher, dans une démarche stratégique dont ils ont la maîtrise ». V. déjà, G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le Droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 1 et s., spéc. p. 9 : « Comme aux coups de soleil, la transparence expose aux insulations de vérité ». Cependant, de manière plus nuancée, E. JEULAND, « Motivation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 911 et s., spéc. p. 912 : « Il existe en réalité autant de raisons pour imposer la motivation que pour exiger son absence. [...] Pourtant les raisons pour imposer la motivation l'emportent ».

¹¹⁶¹ Rapp. R. MASPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. IX, p. 71 et s., spéc. p. 80 : « Si le droit est, dans l'esprit commun des hommes, intimement associé à l'idée de justice, s'il exprime le besoin qu'ont tous les êtres humains de mettre hors d'atteinte leurs valeurs essentielles, cette justice, ces valeurs, ne peuvent être placées dans l'absolue dépendance d'une volonté subjective nécessairement arbitraire ; elles doivent avoir leur source dans un rapport objectif entre les hommes ou entre les hommes et les choses ».

l'autonomie de la rationalité du contractant, le développement de l'obligation de justification participe à la rationalisation des décisions contractuelles. Une telle obligation favorise à la fois l'émergence de procédures préalables à la prise de décision ainsi qu'un contrôle du bien-fondé des raisons d'agir du contractant. Une certaine procéduralisation des décisions ainsi que leur objectivation constituent ainsi les divers moyens utilisés en droit des contrats afin de rationaliser l'action du contractant.

CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS DE LA RATIONALISATION DES DECISIONS

238. Limiter un pouvoir décisionnel par l'instauration d'une exigence de justes motifs lui confère en retour, dès lors que le contractant qui en est titulaire réussit l'épreuve de justification, une certaine légitimité. En imposant au contractant de faire la démonstration du bien-fondé de son action, l'obligation de justification exerce une influence sur le régime probatoire de l'exercice des droits. L'encadrement positif des motifs du contractant des droits remplit ainsi une première fonction qui s'analyse sur le terrain de la preuve (section 1). Par ailleurs, l'impératif de justification témoigne de la recherche d'une certaine adhésion de celui qui en constitue le destinataire, de sorte que se dévoile une fonction pédagogique (section 2).

SECTION 1 : UNE FONCTION PROBATOIRE

239. Présomption de légitimité de l'action du contractant et relativité des droits. – De prime abord, le principe de la liberté individuelle tend à admettre un exercice aussi étendu que possible des prérogatives juridiques ainsi qu'une indifférence à l'égard des motifs de leur titulaire dès lors qu'aucune limite légale ne se trouve transgressée¹¹⁶². Reconnaître le caractère absolu d'un droit revient à l'assortir d'une présomption irréfragable de légitimité dans la mesure où son exercice ne pourrait être judiciairement critiqué¹¹⁶³. Une telle affirmation se trouve contenue dans l'adage *neminem laedit qui suo jure utitur*¹¹⁶⁴. L'absolutisme du droit coïnciderait ainsi avec l'établissement d'une présomption absolue de légitimité de l'action du contractant qui en bénéficie. À l'inverse,

¹¹⁶² V. en ce sens, G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, La mémoire du droit, 2010 (réimpr. de l'éd. de 1951), préf. de A. AMIAUD, p. 157.

¹¹⁶³ De manière générale, l'octroi d'une « prérogative » à un sujet renvoie à l'idée d'instaurer une présomption en faveur de son titulaire. En ce sens, Ch. COMBE, « Prérogative », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1187 et s., spéc. p. 1187 : « Du latin, *praerogativa*, qui désignait la centurie appelée à voter la première, le terme a ensuite pris dans la langue classique le sens de "premier choix", de "choix préférable", mais également de "présomption favorable" ».

¹¹⁶⁴ Sur celui-ci, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 242, p. 475, V° « *Neminem laedit qui suo jure utitur* » : « Peu importe que l'action ou l'omission ait provoqué quelque dommage à autrui. Le droit confère l'irresponsabilité, puisque son exercice réalise un comportement licite ». V. égal. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1 et s., spéc. n° 14, p. 8-9.

l'exercice des droits relatifs, judiciairement contrôlés et sanctionnés, serait assorti d'une présomption simple de légitimité pouvant être renversée notamment par la preuve d'un abus¹¹⁶⁵. Le détenteur d'un droit contrôlé bénéficie donc en principe d'une présomption *juris tantum* susceptible de preuve contraire¹¹⁶⁶. La titularité du droit postule *a priori* la légitimité de son exercice. En toute hypothèse, la prérogative juridique produit un certain effet justificatif au profit de son titulaire.

240. Il existe cependant plusieurs degrés de relativité des prérogatives juridiques. Par exemple, bien qu'un droit pouvant être exercé *ad nutum* ne constitue pas une prérogative incontrôlée, elle n'en demeure pas moins faiblement relative¹¹⁶⁷. La légitimité de principe attachée à l'exercice d'un tel droit est donc forte¹¹⁶⁸. En revanche, une prérogative, dont les conditions d'exercice sont strictement encadrées, particulièrement lorsque son exercice est subordonné à la démonstration de son bien-fondé, accuse un important degré de relativité. Ainsi, parce qu'ils sont assortis d'une exigence de justification, les droits finalisés constituent des prérogatives fortement relatives. Dans cette perspective, la finalisation des droits relativise l'action des contractants au sein du contrat. Il s'agit en effet de soumettre les décisions contractuelles au droit par le biais d'une limitation positive des raisons d'agir du contractant. Porteuse d'un contrôle de la légitimité des motifs du contractant, la finalisation d'un droit modère le pouvoir de son titulaire. Dès lors, la limitation des raisons pour lesquelles un contractant est fondé à user d'un droit pourrait avoir des répercussions sur la présomption de légitimité dont il bénéficie habituellement¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁵ Sur la preuve de l'abus de droit, A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s., spéc. n° 46 et 48, p. 610-611.

¹¹⁶⁶ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. IX, p. 83 et s., spéc. p. 91 : « L'action qui s'appuie sur un titre régulier bénéficie d'une présomption de légitimité ».

¹¹⁶⁷ Rappr. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 17, p. 321 : « Plus le critère de l'abus de droit est large et plus le droit en question est relatif. À l'inverse, l'utilisation d'un critère très strict et rarement présent comme l'intention de nuire renforce le caractère absolu du droit en question [...] ».

¹¹⁶⁸ Sur le caractère variable de l'intensité de la présomption de licéité attachée à l'exercice d'un droit, A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, *Droit civil français*, Librairies techniques, 7^e éd., t. VI, 1975, n° 366. V. égal. Ch. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur, Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3 et s., spéc. p. 31 : « Il existe [...] une *plasticité* de l'effet justificatif attaché aux droits » (souligné par l'auteur).

¹¹⁶⁹ Sur la relation entre la nécessité d'une justification et la force de la présomption de légitimité dont bénéficie le sujet, J.-B. DONNIER, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992, n° 245, p. 217.

241. Présomption de légitimité de l'action du contractant et charge de la preuve. – S'intéresser à la charge de la preuve revient à se poser la question de savoir laquelle des parties devra, en cas de litige, rapporter la preuve des éléments invoqués à l'appui de ses prétentions¹¹⁷⁰. Relatif à la preuve des obligations¹¹⁷¹, l'article 1353, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »¹¹⁷². Par ailleurs, l'article 9 du Code de procédure civile dispose quant à lui qu'« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». C'est au demandeur à l'instance qu'incombe la charge de la preuve. Le texte constitue la traduction de l'adage *actori incumbit probatio*¹¹⁷³. Plus particulièrement, dès lors que s'élève une contestation quant à la régularité de l'exercice d'un droit par un contractant, sur qui pèse le fardeau probatoire ? C'est à celui qui entend faire sanctionner judiciairement l'usage d'un droit que revient en principe la charge d'en établir le caractère illicite. Il en résulte pour le titulaire d'un droit le bénéfice d'une présomption de légalité des actes qu'il prend dans sa mise en œuvre. Celle-ci se comprend d'autant plus que la bonne foi est en principe présumée¹¹⁷⁴ et la fraude ne se présume pas. Il incombe ainsi à celui qui allègue la mauvaise foi du titulaire d'un droit d'en rapporter la preuve. Par ailleurs, la présomption de légitimité dont il s'agit ici se manifeste, d'une part, par l'absence de nécessité, pour un contractant, d'établir qu'il possède effectivement un tel droit avant de l'exercer et, d'autre part, par le fait que la charge de la preuve d'un usage abusif repose sur celui qui entend en obtenir la sanction. Cette présomption de légitimité encourage la prise de décision par les contractants.

242. La soumission d'un droit au contrôle de l'abus de droit, contrairement au contrôle de la justification de son exercice, ne bouleverse pas l'attribution normale de la

¹¹⁷⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « Charge de la preuve », p. 167 : « Nécessité pour le plaideur d'établir, s'ils sont contestés, les faits dont dépend le succès de sa prétention (C. civ., art. 1353) ».

¹¹⁷¹ V. J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n^o 536, p. 407 : « Si l'on retient une interprétation stricte et littérale de l'article 1353 du Code civil, celui-ci n'a vocation à ne s'appliquer qu'à des cas de demandes d'exécution du contrat (lequel débute en énonçant que "celui qui réclame l'exécution d'une obligation...") ».

¹¹⁷² Le nouveau texte constitue une reprise fidèle de l'ancien article 1315 du Code civil.

¹¹⁷³ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français*, 4^e éd., Litec, 1999, n^o 10, p. 16 et s.

¹¹⁷⁴ Article 2274 du Code civil : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». V. égal. H. LECUYER, « L'optimisme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 et s., spéc. p. 619-620.

charge de la preuve¹¹⁷⁵. La preuve de l'usage abusif du droit repose sur celui qui agit et permettra, lorsqu'elle sera rapportée, de renverser la présomption de légitimité normalement attachée à son exercice. Le critère qui sera retenu de l'abus pourra, quant à lui, influencer sur le contenu de la preuve. En tout état de cause, c'est bien sûr le contractant qui entend renverser la présomption de légitimité attachée à l'exercice d'un droit que repose ordinairement la charge de la preuve. En effet, « la charge de la preuve, même si elle se déplace au cours du procès, pèse toujours sur celui qui, par son allégation, entend modifier la situation acquise que l'on présume régulière »¹¹⁷⁶. La détermination de la charge paraît ici se fonder sur la notion d'apparence¹¹⁷⁷. L'apparente légitimité de l'exercice d'un droit résulte de la présomption dont bénéficie normalement son détenteur. Vouloir écarter une telle présomption de légitimité c'est vouloir ôter le voile de l'apparence. Du point de vue de la détermination de la charge de la preuve, l'utilisation qui est faite de l'apparence doit être distinguée de la théorie de l'apparence¹¹⁷⁸.

La détermination de la charge de la preuve, s'agissant de la contestation de l'exercice d'un droit, ne s'explique pas uniquement par le recours à la notion d'apparence. En effet, d'autres fondements, tels que l'aptitude à la preuve, l'idée de situation acquise, ou encore celle de normalité¹¹⁷⁹, peuvent être mobilisés pour justifier le choix de l'attribution de la charge de la preuve¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ V. par ex., Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 et s., spéc. n° 7, p. 199 : « Le contrôle de la motivation de la rupture décidée par le partenaire dominant est loin d'être aussi serré lorsqu'il s'opère sur le fondement de l'abus de droit : il n'y a pas l'obligation d'énoncer un motif, ce dont il résulte la nécessité pour le prestataire dépendant d'en établir la teneur s'il veut la critiquer – *actori probatio incumbit* ».

¹¹⁷⁶ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. de J.-Ch. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, n° 22, p. 24-25. V. égal. A. PONSARD, « Vérité et justice (La vérité et le procès », Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 673 et s., spéc. p. 682.

¹¹⁷⁷ Sur le « le jeu de l'apparence » dans le régime probatoire, F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736 et s., spéc. n° 13, p. 749.

¹¹⁷⁸ Sur une telle distinction, C. PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et s., spéc. n° 27, p. 227. De manière générale, sur les différents sens que l'apparence peut revêtir en droit, L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 1990, n° 81, p. 99.

¹¹⁷⁹ W. DROSS, « Rapport de synthèse », in *La motivation, RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 97 et s., spéc. n° 2, p. 98 : « Sans mouvement, sans changement, pas de motivation qui soit nécessaire. Allons plus loin : si l'inertie n'a pas besoin d'être expliquée, c'est parce que l'on tient que ce qui est participative de la normalité. D'où cette idée clé que seul ce qui s'écarter (ou peut s'écarter) de la normalité devra être motivé ».

¹¹⁸⁰ M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 36 et s., spéc. p. 39-40. Rapp. F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736 et s., spéc. n° 2, p. 737 : « La jurisprudence se prononce rarement de façon explicite sur l'attribution de la charge de la preuve ; la lecture des arrêts incite à y voir un appel au sentiment intuitif ». *Adde* à propos de l'application par les juges de l'article 1353 du Code civil, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1094, p. 983.

243. À côté de la détermination de la partie ayant la charge de rapporter les éléments de preuve, la question de la charge de la preuve englobe également celle de son objet. Pour reprendre les mots de Mme Bergeaud : « La définition de la “charge” de la preuve repose en définitive sur deux critères, l’un subjectif, permettant de désigner celui des plaideurs qui va la supporter, l’autre objectif, visant à circonscrire l’étendue de celle-ci par la détermination du *fait à prouver* »¹¹⁸¹. L’attribution de la charge de la preuve, en cas de contestation de l’exercice d’un droit par un contractant, conduit par conséquent à une double affirmation. Tout d’abord, le contractant titulaire d’un droit bénéficiant en principe d’une présomption de légitimité, il revient habituellement à celui qui entend détruire cette présomption de rapporter les éléments de nature à emporter la conviction du juge¹¹⁸². Ensuite, le contractant qui souhaite contester efficacement la licéité de l’exercice d’un droit par son cocontractant doit en établir le caractère abusif.

244. Par ailleurs, bien que la charge de la preuve ne se confonde pas avec le risque de la preuve, celle-ci entretient néanmoins des liens étroits avec celle-là. Sauf si une règle en dispose autrement, le risque de la preuve pèse normalement sur celui qui en supporte la charge. En ce sens, la Cour de cassation estime que « l’incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d’une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »¹¹⁸³. Le risque de la preuve suit donc, en principe, la charge de la preuve¹¹⁸⁴. Dès lors qu’un doute persiste quant à la régularité de l’exercice d’un droit, la présomption de légitimité dont bénéficie son détenteur devrait être maintenue.

¹¹⁸¹ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. de J.-Ch. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, n° 345, p. 300 (souligné par auteur). Rapp. F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736 et s., spéc. n° 6, p. 741.

¹¹⁸² Comp. J.-F. HAMELIN, « L’exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514 et s., spéc. p. 515 : « Dans la réalité des faits, sur laquelle seule une étude sociologique pourrait nous renseigner, il n’est [...] pas certain que les nouveaux pouvoirs unilatéraux renversent systématiquement sur l’autre la charge de saisir le juge. En droit, ces pouvoirs n’en demeurent pas moins exorbitants au regard de la force obligatoire du contrat, ce qui invite à scruter les raisons qui conduisent à les exercer voire à exiger que celui qui les exerce s’en justifie ».

¹¹⁸³ Cass. soc., 31 janv. 1962, n° 61-20.094 : *Bull. civ.* IV, n° 105.

¹¹⁸⁴ Sur les rapports entre charge et risque de la preuve, V. par ex. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1091, p. 980 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. de J.-Ch. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, n° 24, p. 28 : « Si malgré l’effort probatoire (individuel ou collectif), la lumière n’est pas faite, il faut toujours identifier celui qui doit perdre le procès. Tel est le sens de la règle *actori incumbit probatio* ».

245. En présence d'un droit finalisé, la question de la charge de la preuve des justes motifs d'exercice d'un droit relève normalement de l'article 1353, alinéa second, du Code civil puisque celui-ci dispose que « celui qui se prétend libéré, doit justifier [...] le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Le « fait » qui se trouve visé par le texte semble suffisamment large pour pouvoir englober le motif d'exercice d'un droit dont le contractant doit établir le bien-fondé. En application de ce texte, le titulaire d'un droit finalisé devrait, en cas de contestation par le cocontractant, rapporter la preuve de la légitimité des raisons qui l'ont conduit à faire usage de son droit.

246. Exigence de justification et charge de la preuve en droit du travail. – Les décisions prises par l'employeur bénéficient en principe d'une présomption de légitimité¹¹⁸⁵. En vertu des règles classiquement applicables en matière probatoire, la charge de la preuve pèserait sur le cocontractant qui entend remettre en cause l'apparence de légitimité de telles décisions. C'est au salarié qu'incomberait par conséquent la charge de rapporter les éléments de preuve de nature à établir le caractère abusif des mesures prises par l'employeur. Toutefois, il est fréquent que les décisions de l'employeur se trouvent subordonnées au respect d'une exigence substantielle de justification. En présence d'une telle obligation pour l'employeur de justifier ses décisions, le régime probatoire classiquement applicable s'en trouve-t-il altéré ou même écarté ? Plus précisément, l'exigence de justification conduit-elle, en pratique, à un renversement de la présomption de légitimité des décisions de l'employeur ? Afin de répondre à ces interrogations, seront examinés le régime probatoire applicable en cas de contestation par un salarié de son licenciement ainsi que celui de la contestation du motif de recours à un contrat de travail à durée déterminée.

247. S'agissant tout d'abord de la contestation du licenciement, les évolutions législatives intervenues au cours du XX^e siècle ont progressivement conduit à un renversement partiel de la charge de la preuve qui, à l'origine, reposait exclusivement sur le salarié. En effet, en vertu des règles classiquement applicables en la matière, il revenait au salarié de rapporter la preuve d'une faute de l'employeur dans l'exercice de sa faculté

¹¹⁸⁵ V. par ex., J.-B. DONNIER, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992, n° 240, p. 212 : « Ainsi, le contrôle des motifs de licenciement [...] consiste à vérifier la conformité d'un acte relevant de la fonction du chef d'entreprise avec la finalité de cette fonction, que son titulaire est présumée apte à discerner par la "sagesse" qui lui est, *a priori*, reconnue ».

de congédiement¹¹⁸⁶. En l'absence d'une telle preuve, le salarié ne pouvait espérer obtenir de dommages-intérêts. Bien qu'elle ait instauré une obligation à la charge des tribunaux de mentionner dans leur jugement le motif allégué par l'employeur, la loi du 19 juillet 1928 n'a pas véritablement conduit à une modification du régime antérieur en ce qui concerne la charge de la preuve¹¹⁸⁷. En effet, postérieurement à l'adoption de la loi, les juridictions ont continué à faire peser la charge probatoire sur le salarié qui contestait la régularité du licenciement¹¹⁸⁸. Une illustration en est donnée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 22 avril 1964. Après avoir affirmé, au visa de l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du travail, « qu'en vertu de ce texte, le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes », la Cour régulatrice a jugé « qu'il en résulte que l'auteur de la résiliation ne peut être condamné à des dommages-intérêts envers l'autre partie que si celle-ci prouve contre lui, outre le préjudice subi, l'existence d'une faute qui lui soit légalement imputable »¹¹⁸⁹. En venant subordonner l'acte de congédiement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, la loi 13 juillet 1973 a eu des répercussions importantes sur le régime probatoire. En effet, l'exigence d'une cause réelle exerce une influence directe sur l'attribution de la charge de la preuve¹¹⁹⁰. Si le salarié, avant 1973, supportait seul la charge de la preuve de l'exercice abusif par l'employeur de son droit de licencier, celle-ci se trouve désormais répartie entre les parties et le juge, ce dernier pouvant, le cas échéant, ordonner des mesures d'instruction¹¹⁹¹. Pour le dire autrement, « le législateur a choisi de ne faire supporter la charge de la preuve par personne »¹¹⁹². Ce faisant, la réforme de 1973 marque un

¹¹⁸⁶ L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », in M. MEKKI, L. CADIET et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 29 et s., spéc. p. 29.

¹¹⁸⁷ En ce sens, *JCP G* 1964, I, 13732, obs. sur Cass. soc., 22 avr. 1964 : « Contrairement à la doctrine dans son ensemble, la Cour de cassation considère que la réforme de 1928 n'a nullement déplacé le fardeau de la preuve. Il incombe au salarié qui soutient que le licenciement est abusif, d'apporter la preuve de la faute commise par l'employeur dans l'exercice de son droit de résiliation unilatéral ».

¹¹⁸⁸ En ce sens, L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », in M. MEKKI, L. CADIET et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 29 et s.

¹¹⁸⁹ Cass. soc., 22 avr. 1964, *JCP G* 1964, I, 13732.

¹¹⁹⁰ Rappr. F. FAVENNEC-HERY et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 2018, n° 704, p. 536 : « [Les règles de fond] sont de deux ordres : subordonner tout licenciement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse et en aménager la preuve ; interdire certains types de licenciement ».

¹¹⁹¹ Article L. 1235-1, al. 3, du Code du travail. Rappr. en matière administrative, G. DARCY, « La preuve et le juge administratif », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 99 et s., spéc. p. 113.

¹¹⁹² M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 36 et s., spéc. p. 39. V. égal. F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglie probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178 et s. : « Le législateur de 1973 a opté pour le principe de la neutralisation de la charge de la preuve dans l'article L. 122-14-3 du Code du travail ».

accroissement du rôle du juge ainsi que le passage d'une conception accusatoire du procès en matière civile à une conception davantage inquisitoire¹¹⁹³. Si la charge de la preuve ne pèse pas spécifiquement sur l'employeur, la jurisprudence prend toutefois le soin de préciser qu'il incombe à celui-ci d'alléguer les faits précis sur lesquels le licenciement est fondé¹¹⁹⁴. Il convient encore de préciser que l'instauration d'une cause réelle et sérieuse n'a pas exclu toute possibilité pour le juge de sanctionner le droit de licencier sur le fondement de l'abus de droit. Ainsi, dès lors que le salarié conteste les circonstances dans lesquelles la rupture est intervenue plutôt que la cause du licenciement, la charge de la preuve continuera à peser sur lui. À défaut d'établir que les circonstances dans lesquelles le droit de licencier a été exercé sont constitutives d'un abus de droit, le salarié ne pourra prétendre obtenir des dommages et intérêts.

Il est remarquable que le renversement de la charge de la preuve opéré par le législateur de 1973 soit seulement partiel. Il a en effet choisi de ne pas faire peser entièrement la charge de la preuve sur l'employeur¹¹⁹⁵. Ce faisant, a été réalisé un « déplacement subreptice de la charge de la preuve [...] dans des circonstances où, sous couvert d'équilibre, le législateur se borne, en un premier temps, à inviter le juge à rechercher le bien-fondé d'une décision prise par l'employeur »¹¹⁹⁶. Mais il y a plus, « vraisemblablement et bien que le texte ne donne aucune indication sur ce point, la portée de la réforme proposée par le législateur en 1973 atteint le contenu et la structure des règles gouvernant le fond du litige »¹¹⁹⁷. Il est même des hypothèses dans lesquelles, la charge de la preuve ne pèsera aucunement sur le salarié victime d'un licenciement qu'il estime injustifié. Tel est le cas lorsque l'employeur invoque une faute grave à l'appui d'un licenciement pour motif personnel. En pareille situation, la jurisprudence estime, sans

¹¹⁹³ En ce sens, R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337 et s., spéc. n° 2, p. 337.

¹¹⁹⁴ Cass. soc., 24 sept. 1987, n° 85-41.581.

¹¹⁹⁵ Il est à noter que l'article 9.2 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement dispose : « Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes : a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur ; b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales ».

¹¹⁹⁶ B. TEYSSIE, « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. n° 11, p. 78.

¹¹⁹⁷ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1994, n° 146, p. 240.

équivoque et de manière constante, que le salarié n'a rien à démontrer¹¹⁹⁸. Dès lors que l'employeur se prévaut d'une faute grave au soutien d'un licenciement, un allègement total de la charge de la preuve s'opère au profit du salarié. Il est difficile d'expliquer ce qui justifie concrètement une telle différence de régime probatoire en fonction de la gravité de la cause de licenciement alléguée¹¹⁹⁹. En tout état de cause, la réforme opérée en 1973 n'avait pas réglé toutes les questions probatoires en matière de licenciement. À ce titre, celle du risque de la preuve restée en suspens. Les réformes législatives intervenues postérieurement sont venues combler cette lacune.

La charge de la preuve ne peut être envisagée de manière complète sans traiter du risque de la preuve. S'intéresser au risque de la preuve revient à déterminer quelle partie au procès prud'homal doit succomber dès lors que le juge ne parvient pas à se former une intime conviction à partir des éléments de preuves rapportés. En matière de preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement, il résulte de l'article L. 1235-1 du Code du travail que le risque de la preuve pèse sur l'employeur¹²⁰⁰. Si, en dépit des preuves rapportées, un doute subsiste quant à la légitimité du licenciement, celui-ci sera considéré comme étant injustifié. Faire ainsi bénéficier au salarié du doute affaiblit significativement la présomption de légitimité normalement attachée aux décisions de l'employeur. Ce faisant, le régime de la preuve du motif de licenciement se distingue nettement du régime probatoire de droit commun. Un auteur a justement soutenu en ce sens que « c'est l'article 28 de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 qui a introduit dans le texte de l'article L. 122-14-3 [devenu L. 1235-1] la plus notable dérogation au droit commun de la preuve en matière de licenciement »¹²⁰¹. Les règles de preuve prévues par le législateur en matière d'établissement de l'existence d'une discrimination sont assez proches de celles qui régissent la cause réelle et sérieuse de licenciement. En effet, lorsque qu'une personne se

¹¹⁹⁸ Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-42.204 : *Bull. civ. V*, n° 306. V. déjà, Cass. soc., 10 mai 1979, n° 77-41.759 : *Bull. civ. V*, n° 401. Comp. en matière de prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail, Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754, *Bull. civ. V*, n° 219.

¹¹⁹⁹ V. de manière critique, R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337 et s., spéc. n° 20, p. 340 : « [...] la motivation [...] selon laquelle la preuve de la gravité de la faute incombe à l'employeur procède d'une perception erronée, parce que globale, de la notion de cause réelle et sérieuse. On doit dissocier la réalité des faits et leur gravité ». V. néanmoins, F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178 et s. : « L'idée est que pour les salariés, les indemnités de préavis et de licenciement sont des droits ; l'employeur doit apporter la preuve de la faute privative de ces droits. L'objet de la preuve n'est pas identique ».

¹²⁰⁰ Article L. 1235-1, al. 5, du Code du travail : « Si un doute persiste, il profite au salarié ». Rapp. en matière disciplinaire, l'article L. 1333-1, al. 3, du Code du travail.

¹²⁰¹ R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337 et s., spéc. n° 9, p. 338.

prétend victime de l'une des mesures discriminatoires prohibées par les articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail, celle-ci doit, en cas de litige, présenter des éléments de fait permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination directe ou indirecte¹²⁰². Dès lors, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹²⁰³. Les règles probatoires applicables en matière de discrimination se distinguent ainsi du droit commun de la preuve¹²⁰⁴. En cette matière, le législateur opère « un quasi renversement de la charge de la preuve »¹²⁰⁵. Par une décision du 29 juin 2011, la Cour régulatrice a, aux termes d'un attendu de principe, retranscrit le va-et-vient de la charge de la preuve organisé par le législateur ainsi que la place du juge en la matière : « Lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »¹²⁰⁶. En tout état de cause, comme en matière de licenciement, l'altération de la charge de la preuve se manifeste ici par la nécessité, pour la partie défenderesse, de faire la démonstration du bien-fondé de la décision prise et qui se trouve contestée en justice. Le régime de la preuve des discriminations visées par le Code du travail apporte ainsi un nouveau témoignage du *lien étroit entre l'exigence de justification et l'attribution de la charge de la preuve*. En effet, le glissement de la charge probatoire constitue une conséquence logique de la subordination de l'exercice d'un droit à l'exigence de fond que constitue la nécessité de justes motifs¹²⁰⁷. L'analyse des règles de preuve permet ainsi de mettre en perspective l'une des principales

¹²⁰² Pour un rappel jurisprudentiel de cette exigence, v. Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 13-27.442.

¹²⁰³ V. spéc. l'article L. 1134-1 du Code du travail. Il en va également de la sorte de la preuve du refus de location d'un logement pour un motif discriminatoire. L'article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tel que modifié par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite « loi ALUR », dispose notamment que : « [...] la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

¹²⁰⁴ V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1095 : « En droit social, le législateur a choisi de contourner l'alternative réductrice posée par l'article 1353 du Code civil ».

¹²⁰⁵ L'expression est empruntée à B. TEYSSIE, « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. n° 13, p. 80.

¹²⁰⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792 : *Bull. civ. V*, n° 166 ; *D.* 2012, p. 901, obs. J. PORTA. V. égal., à propos d'une mesure discriminatoire fondée sur le sexe, Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940 : *Bull. civ. V*, n° 447 ; *Dr. soc.* 2000, p. 589, obs. M.-Th. LANQUETIN.

¹²⁰⁷ Rapp. F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglia probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178 et s. : « L'attribution du risque de la preuve suppose un choix préalable entre des prétentions contraires. Elle suppose une prise de position au fond du droit et ne correspond pas à une simple règle de procédure ».

incidences de la rationalisation de l'exercice des droits : le resserrement des conditions de l'action individuelle d'un contractant en exigeant la démonstration de son bien-fondé.

248. S'agissant à présent de la preuve des motifs de recours au contrat de travail à durée déterminée, il convient de rappeler tout d'abord que les raisons pour lesquelles un employeur est fondé à y recourir ne sont pas libres et font l'objet d'un encadrement de la part du législateur¹²⁰⁸. L'employeur doit en pareille situation motiver sa décision par des motifs devant expressément figurer dans le contrat de travail. Dès lors que le salarié conteste le motif exprimé dans le contrat, c'est à l'employeur qu'il revient d'en établir la réalité. Selon les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2015, « en cas de litige sur le motif de recours, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat de travail à durée déterminée »¹²⁰⁹. La Haute juridiction censure ainsi la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a inversé la charge de la preuve en estimant que la salariée ne fournissait, en l'espèce, aucun élément sur le caractère mensonger allégué par elle des mentions relatives aux absences de salariés telles qu'elles figurent dans les contrats de travail à durée déterminée conclus successivement. D'une part, il en résulte que l'exigence de motiver le recours au contrat de travail provoque un renversement de la charge de la preuve dans la mesure où il incombe à l'employeur, en cas de contestation du motif de recours par le salarié, de prouver la réalité du motif que comporte le contrat de travail à durée déterminée. D'autre part, la chambre sociale veille scrupuleusement à ce que les juridictions du fond n'inversent pas la charge de la preuve en exigeant du salarié qu'il prouve l'inexactitude du motif énoncé dans le contrat. Elle s'est également prononcée en ce sens en matière de contrat de travail temporaire¹²¹⁰.

249. Finalement, le régime de la preuve en droit du travail déroge, en de nombreux points, aux règles de preuve de droit commun. En pratique, cela se traduit par un renversement de la charge de la preuve qui, s'il n'est la plupart du temps que partiel,

¹²⁰⁸ Les cas limitatifs dans lesquels il est possible de recourir au contrat de travail à durée déterminée sont régis par les articles L. 1242-1 et suivants du Code du travail. V. sur le motif de recours au contrat à durée déterminée comme condition de fond, E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, Dalloz, 2021, n° 154, p. 122.

¹²⁰⁹ Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 09-40.473 : *Bull. civ. V*, n° 179. Dans le même sens à propos du recours au travail temporaire, Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-44.843 : *Bull. civ. V*, n° 202 ; *D.* 2008. p. 1460, note P. FADEUILHE.

¹²¹⁰ Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-44.843 : *Bull. civ. V*, n° 202.

évince toutefois les règles classiquement applicables en matière probatoire¹²¹¹. À côté de cette hypothèse de « renversement » de la charge de la preuve, la prise de distance par le droit du travail avec les règles classiques du droit de la preuve peut également prendre la forme d'un « durcissement » ou encore celle d'un « bannissement »¹²¹². En tout état de cause, les dispositions applicables à la relation de travail accréditent l'idée d'une forte corrélation entre la nécessité de justifier une décision et l'existence d'un renversement au moins partiel de la charge de la preuve. Pour autant, l'existence d'un renversement de la charge de la preuve au profit du salarié n'est pas systématique en droit social. En effet, en principe, « à défaut de disposition prévoyant le transfert on retombe dans le droit commun »¹²¹³. En outre, la jurisprudence a elle aussi contribué à dégager des règles probatoires exorbitantes du droit commun de la preuve¹²¹⁴.

En définitive, l'obligation de justification pesant sur l'employeur conduit à une attribution de la charge de la preuve favorable au salarié demandeur au procès civil. L'incidence de la finalisation des droits sur le terrain probatoire s'observe également en dehors du droit du travail.

250. Congédiement du preneur d'un bail d'habitation et charge de la preuve.

– Le congédiement intervenant à l'initiative du bailleur d'un bail d'habitation constitue l'exercice d'un droit de rupture finalisé. En effet, le congé délivré par le bailleur se trouve subordonné à l'existence de certains motifs limitativement prévus par l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989. L'instauration par le législateur d'une obligation de justification a-t-elle conduit, dans le droit des baux d'habitation, à un renversement de la charge de la preuve ? Par ailleurs, qu'en est-il du risque de la preuve du motif de congédiement ? Afin

¹²¹¹ A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587 et s., spéc. n° 48, p. 611-612 : « [...] si la situation faible exige une protection spéciale, il est raisonnable d'inverser la charge de la preuve et de présumer l'abus dans certains cas par des lois spéciales ». Comp. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, préf. de F. BUSSY, 2003, n° 553, p. 248 : « Nous concluons [...] à une nécessaire reconnaissance d'une obligation générale de motivation de l'avis. Toute violation pourrait être soumise à un contrôle et sanctionnée. Bien entendu, il appartiendra toujours au destinataire de démontrer que les motifs invoqués ne pouvaient justifier la mesure, ou qu'ils sont inexacts ».

¹²¹² Évoquant ces trois hypothèses en droit du travail, B. TEYSSIE, « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. n° 3, p. 74.

¹²¹³ R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337 et s., spéc. n° 11, p. 338.

¹²¹⁴ Par ex. Cass. soc., 28 juin 1995, n° 93-43.893 : *Bull. civ.* V, n° 222 . V. égal. R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337 et s., spéc. n° 13, p. 339 : « Si la lettre de notification n'énonce aucun motif de licenciement, celui-ci est sans cause réelle et sérieuse. Un vrai postulat puisque, sans que le texte ne le dise expressément, la Cour de cassation y voit une *présomption irréfragable* » (souligné par l'auteur).

de tenter de répondre à ces interrogations, il est nécessaire d'opposer les règles applicables antérieurement à la loi ALUR du 24 mars 2014 et celles résultant de son adoption. En effet, entre autres innovations, ladite loi a reconnu au juge la possibilité d'opérer un contrôle *a priori* de la réalité des motifs avancés par le bailleur, dépassant ainsi la réalisation d'un contrôle formel du congé. Une telle innovation ne devrait pas être sans incidences sur les règles de preuve applicables au congé délivré par le bailleur. En ce qui concerne la situation antérieure à l'adoption de la loi ALUR, le régime de la preuve du motif de congédiement varie en fonction du type de motif allégué par le bailleur. La loi de 1989 ne réglant pas expressément la question de la preuve en cas de contestation par le preneur du congé qui lui a été notifié, il convient par conséquent de s'en remettre à la jurisprudence. Antérieurement à l'instauration d'un contrôle *a priori* du motif de congé par la loi ALUR, les motifs se subdivisaient en motifs péremptoires et motifs non péremptoires de congé. La différence entre ces deux types de motifs réside notamment dans leurs modalités de contestation. La vente ou la reprise du logement se présentent comme des motifs péremptoires de congé, contrairement au motif légitime et sérieux, motif non péremptoire de congé¹²¹⁵. La jurisprudence considère que c'est sur le locataire que pèse la charge de la preuve de l'intention frauduleuse du bailleur, peu important que la contestation soit intervenue postérieurement à la délivrance du congé ou à sa prise d'effet¹²¹⁶. Il en résultait un refus des juridictions d'opérer un contrôle *a priori* du congé¹²¹⁷. La volonté de vendre se présentait de la sorte comme un motif péremptoire de congé. Une telle position semble conforme à la présomption de bonne foi dont bénéficie le bailleur. En effet, la fraude ne se présument pas, la sincérité de la décision de reprise est présumée. La solution contraire toutefois l'esprit des dispositions de l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989. Qu'en est-il de la reprise du logement par le bailleur pour habiter ? Afin de répondre à cette interrogation, une décision rendue le 7 mai 2002 par la Cour de cassation mérite d'être évoquée¹²¹⁸. En l'espèce, le 26 septembre 1991, une bailleresse a donné congé aux locataires, pour le 15 juillet 1992, aux fins de reprise de l'immeuble pour habiter. Postérieurement au départ des

¹²¹⁵ Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 170-171.

¹²¹⁶ Cass. 3^e civ., 14 juin 2006, n° 05-12.559 : *Bull. civ.* III, n° 150 ; *Loyers et copr.* 2006, comm. 172, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; *AJDI* 2006, p. 740, note Y. ROUQUET. V. égal., Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s.

¹²¹⁷ V. par ex., CA Paris, 9 oct. 1991, *D.* 1993, p. 174, obs. Ph. BIHR. V. égal., Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s. : « [...] la plupart des cas de fraude évoqués en jurisprudence [sont] révélés à l'occasion d'un contrôle *a posteriori* exercé par des locataires qui font preuve d'une ténacité hors du commun ».

¹²¹⁸ Cass. 3^e civ., 7 mai 2002, n° 00-14.128 (NP).

preneurs le 28 février 1992, l'immeuble a été redonné en location à de nouveaux preneurs le 17 juin 1993, et ce pour un loyer supérieur à celui qui était payé par les précédents preneurs. Les juges d'appel ont estimé que la bailleuse a exercé frauduleusement son droit de reprise dès lors qu'elle ne rapportait pas la preuve de la réalité du projet d'installation dans l'immeuble loué. La Haute juridiction a relevé d'une part que « [la bailleuse] qui prétendait s'être installée dans les lieux, après l'exécution de travaux, n'en rapportait pas la preuve » et d'autre part que « les anciens locataires démontraient que la maison n'avait pas été habitée depuis leur départ, jusqu'à l'été 1993 et qu'une personne avait visité les locaux au printemps 1992, en vue d'une location »¹²¹⁹. Selon la Cour de cassation, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel en a déduit que la bailleuse n'avait jamais eu l'intention d'habiter la maison. La relocation du logement postérieurement au départ des locataires congédiés permet ainsi d'établir la fraude du bailleur¹²²⁰. L'affirmation selon laquelle le bailleur n'a pas prouvé son installation dans le logement litigieux pourrait laisser penser que la charge de la preuve pèse sur celui-ci. Il n'en est pourtant rien. En effet, la solution signifie qu'à partir du moment où le preneur prouve que le logement n'a pas été occupé, il revient au bailleur d'apporter des éléments de nature à établir l'absence de fraude, autrement dit la réalité de son intention. À défaut, le bailleur doit succomber. En tout état de cause, c'est sur le locataire que pèse initialement la charge de la preuve du caractère frauduleux du congé¹²²¹. D'un point de vue probatoire, la position du locataire reste donc moins enviable que celle du bailleur¹²²².

251. En offrant au juge le pouvoir de contrôler, même d'office, la réalité du motif du congé et ainsi de vérifier que celui-ci se trouve justifié par des éléments légitimes et sérieux¹²²³, le législateur de 2014 a ouvert la voie d'un contrôle *a priori* qui n'était jusque-

¹²¹⁹ Cass. 3^e civ., 7 mai 2002, n° 00-14.128 (NP).

¹²²⁰ Comp. Cass. 3^e civ., 18 nov. 1998, n° 96-21.706.

¹²²¹ Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 169-170 : « C'est [...] le plus souvent la non-réalisation des fins qui l'ont justifié qui fait suspecter la sincérité des motifs du congé allégués par le bailleur. [...] Encore le fardeau de la preuve qui [...] incombe [aux locataires] n'est-il guère allégé dans ce cas de figure, l'absence de réalisation des buts officiellement poursuivis par le bailleur, n'étant pas en soi constitutive de la fraude ».

¹²²² Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 171 : « [...] concernant la charge de la preuve, la situation du bailleur qui cherche à faire produire des effets à un acte dont il a soigneusement choisi les termes est toujours plus confortable que celle du locataire ».

¹²²³ Il résulte de l'article 15-I modifié par la loi ALUR du 24 mars 2014 : « En cas de contestation, le juge peut, même d'office, vérifier la réalité du motif du congé et le respect des obligations prévues au présent article. Il peut notamment déclarer non valide le congé si la non-reconduction du bail n'apparaît pas justifiée par des éléments sérieux et légitimes ».

là envisageable que de manière exceptionnelle¹²²⁴. Ce faisant, il conviendrait, pour les baux soumis à la loi ALUR, de ne plus opérer de clivage entre des motifs péremptoires – vente et reprise – et des motifs non péremptoires, les seconds ayant absorbé les premiers. De la sorte, l'ensemble des motifs de congédiement du preneur a désormais vocation à remplir une « fonction légitimante »¹²²⁵. La volonté du législateur de renforcer le contrôle judiciaire des congés délivrés par le bailleur pourrait conduire la jurisprudence à opérer à l'avenir un glissement de la charge de la preuve au profit du locataire¹²²⁶. Un tel renversement de la charge de la preuve, qui n'a été que rarement et indirectement admis¹²²⁷, serait en cohérence avec l'exigence faite au bailleur de justifier du caractère réel et sérieux de sa décision. Une telle exigence, dont la parenté avec la cause réelle et sérieuse de licenciement est incontestable, pourrait également conduire, *mutatis mutandis*, à une répartition de la charge de la preuve entre les différentes parties au procès.

252. Résiliation triennale du bail commercial et charge de la preuve. – S'agissant de l'exercice par le bailleur de sa faculté de résiliation triennale pour construire ou reconstruire l'immeuble donné en location, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'« il lui appartenait de justifier par un minimum de preuve du sérieux de ses projets de démolition et de la faisabilité de la reconstruction »¹²²⁸. La solution conduit-elle, en pratique, à écarter la présomption de bonne foi dont bénéficiait traditionnellement le bailleur¹²²⁹ ? Il est permis d'en douter dans la mesure où celle-ci semble essentiellement s'expliquer au regard de considérations d'espèce. En effet, la juridiction a pris le soin de relever dans sa décision que « si un tel congé ne fait en principe l'objet [...] que d'un contrôle *a posteriori* conduisant à une éventuelle indemnisation du preneur évincé abusivement, il en va différemment si, comme en l'espèce, il existe des indices pouvant laisser planer un doute

¹²²⁴ Peuvent être mentionnées à ce titre les décisions déduisant du caractère manifestement excessif ou exorbitant du prix fixé le caractère frauduleux du congé. V. par ex., CA Aix-en-Provence, 4 juin 2008 : *Loyers et copr.* 2008, comm. 240, obs. B. VIAL-PEDROLETTI.

¹²²⁵ Évoquant cette « fonction légitimante des motifs non péremptoires de congé », Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 170.

¹²²⁶ Ph. BIHR, « Le contrôle du juge sur le congé délivré par le bailleur au locataire pour vendre le logement », obs. sur CA Paris, 9 oct. 1991, *D.* 1993, p. 174 : « Le choix entre ces deux thèses repose sur des considérations de politique juridique : la crainte d'une fraude porte à donner au juge un large pouvoir d'investigation *a priori* ; une vision plus libérale conduit au contraire à refuser tout contrôle systématique et préventif du motif allégué ».

¹²²⁷ V. Cass. 3^e civ., 19 juin 1991, n^o 89-17.885 : *Bull. civ.* III, n^o 179, cité en ce sens par Ch. BEROUJON, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167 et s., spéc. p. 169-170.

¹²²⁸ CA Paris, 29 sept. 1994 : *Gaz. Pal.* 1995, 2, 628, obs. Ph.-H. BRAULT.

¹²²⁹ V. par ex. CA Paris, 3 mars 1992, *Loyers et copr.* 1992, comm. 433.

suffisamment sérieux sur les intentions du bailleur »¹²³⁰. En tout état de cause, il est indéniable que l'arrêt précité marque bel et bien une rupture avec la jurisprudence estimant que l'intention du bailleur de reconstruire, surélever ou restaurer l'immeuble loué suffit¹²³¹. Une telle solution mérite approbation en ce qu'elle est respectueuse de la lettre de l'article L. 145-4 du Code de commerce¹²³² et tire des conséquences de la nature particulière de la prérogative qu'elle reconnaît au bailleur¹²³³. Pourtant, à l'exception de cette décision qui paraît demeurer isolée, la jurisprudence fait peser la charge de la preuve du caractère frauduleux du motif invoqué par le bailleur sur le preneur. La difficulté qui est celle du preneur à bail commercial d'établir l'intention frauduleuse du bailleur aurait pourtant pu suffire à justifier un allègement de la charge probatoire au profit de celui-là. En effet, « la fraude peut difficilement se déduire du silence »¹²³⁴. Alors que les dispositions régissant le bail commercial restreignent considérablement les possibilités pour le bailleur d'y mettre fin, l'esprit du régime actuel de la preuve des motifs de congédiement du preneur n'est clairement pas en ce sens. La jurisprudence semble donc ici infléchir sur le terrain probatoire la protection accordée par le législateur au locataire sur le terrain substantiel.

253. Révocation du mandat et charge de la preuve. – Le mandataire qui entend contester la révocation d'un mandat ordinaire doit, conformément à la jurisprudence, établir que le mandant a abusé de son droit de révocation¹²³⁵. Pour un tel mandat, le droit de révocation *ad nutum* du mandant revêt une forte présomption de légitimité qu'il incombera au mandataire de renverser. En revanche, dès lors qu'un mandat ne peut être révoqué que

¹²³⁰ CA Paris, 29 sept. 1994, préc.

¹²³¹ V. par ex., Cass. 3^e civ., 27 oct. 1993, n° 91-16.964 : *Bull. civ.* III, n° 127 ; *RDI* 1994, p. 113, obs. G. BRIERE DE L'ISLE et J. DERRUPPE. Rapp. Cass. com., 09 févr. 1960 : *Bull. civ.* III, n° 55.

¹²³² V. L. RUET, *Les Baux commerciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2017, n° 157, p. 151 : « De manière logique compte tenu de l'objectif de stabilité du bail conçu à l'origine en faveur du locataire, le législateur a restreint les hypothèses de résiliation unilatérale à l'initiative du bailleur en imposant à la fois une condition de durée et un motif, limitativement énuméré, et qui n'est pas courant ».

¹²³³ Par ex. Cass. 3^e civ., 30 janv. 1970, n° 68-13.334. L'arrêt qualifie de « droit de résiliation conditionnelle » la faculté de résiliation triennale reconnue au bailleur en cas de reprise pour construire ou reconstruire, surélever ou restaurer.

¹²³⁴ J.-D. BARBIER, « Originalité et banalité du congé pour construire ou reconstruire en cours de bail », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. p. 250 et s., spéc. n° 16, p. 253. V. dans le même sens, Ph.-H. BRAULT, obs. sur CA Paris, 29 sept. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 628 : « En dépit de l'évolution de la jurisprudence antérieure, force était de relever que le preneur ne pouvait combattre efficacement la validité du congé qui lui avait été notifié que dans la mesure où il obtenait des informations requises sur les projets immobiliers du bailleur : dans ces conditions l'abstention totale de ce dernier était de nature à lui permettre de bénéficier de la présomption de bonne foi avec toutes les conséquences qui en découlent selon la jurisprudence ».

¹²³⁵ Cass. 1^{re}, 14 mars 1984, n° 83-10.897 : *Bull. civ.* I, n° 92 : « Le mandat donné à un agent immobilier n'est pas un mandat d'intérêt commun et le mandant tient de l'article 2004 le droit de le révoquer unilatéralement, *sauf au mandataire à prouver* que son mandant a abusé du droit de révocation et lui a causé un préjudice dont il lui doit réparation » (nous soulignons).

pour de justes motifs, c'est au mandant de rapporter la preuve de la légitimité des motifs de révocation. En pareille situation, le mandataire n'a pas à prouver la faute du mandat pour obtenir une indemnisation. C'est alors au mandant, auteur de la révocation, qu'il incombe de rapporter les éléments permettant d'établir le bien-fondé de sa décision sous peine d'avoir à indemniser son cocontractant. Le passage d'un droit de révocation *ad nutum* à un droit de révocation finalisé s'accompagne d'un renversement de la charge de la preuve. La qualification de mandat d'intérêt commun emporte ainsi, dans son sillage, un renversement de la charge de la preuve au profit du mandataire¹²³⁶. Un déplacement de l'objet de la preuve s'opère dans le même temps puisqu'il ne s'agira plus pour le demandeur de prouver l'existence d'un abus mais au défendeur d'établir la légitimité de la décision contestée. Le renversement de la charge de la preuve du juste motif affaiblit inmanquablement la présomption de légitimité normalement attachée au droit de révocation reconnu au mandant. Il ne la détruit cependant pas dans la mesure où « l'existence de ce juste motif n'est pas une condition préalable de la révocation, mais son absence est une condition de la condamnation de la société à des dommages et intérêts »¹²³⁷.

254. Il en va de même en matière de contrat d'agent commercial, variété de mandat, pour lequel c'est au mandant qu'il revient de démontrer que la rupture du contrat est imputable à son cocontractant. En ce sens, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond ayant estimé que la charge de la preuve de la rupture du contrat incombait à l'agent commercial en sa qualité de demandeur et que rien ne permettait, en l'espèce, de déterminer à quelle partie imputer la rupture¹²³⁸. Selon la Haute juridiction, la cour d'appel a, en déboutant l'agent commercial de sa demande en paiement, violé l'ancien article 1315 [devenu 1353] du Code civil, ainsi que les articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce, dès lors qu'elle n'a relevé aucune des circonstances susceptibles d'exclure l'indemnité compensatrice du préjudice résultant de la cessation de ses relations avec la société mandante. En outre, la jurisprudence a décidé, au visa des mêmes textes, qu'il incombe à l'agent commercial, souhaitant mettre fin à son activité, de démontrer que la cessation est intervenue à l'initiative du mandant ou, à défaut, qu'elle est justifiée par des

¹²³⁶ Sur ce point, A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016, n° 338, p. 146 : « *en présence d'un intérêt commun la révocation est présumée illégitime* alors qu'en présence d'un mandat d'intérêt exclusif, la rupture est présumée légitime » (nous soulignons).

¹²³⁷ M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 22^e éd., LGDJ, 2017, n° 1826, p. 245.

¹²³⁸ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-30.527. V. déjà en ce sens à propos de la charge de la preuve de la faute grave exclusive de l'indemnité compensatrice du préjudice résultant de la rupture, Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-18.122 : CCC 2003, n° 19, obs. L. LEVENEUR ; *Cah. dr. entr.* 2003, n° 3, p. 24, obs. Ph. GRIGNON.

actes imputables à celui-ci¹²³⁹. En tout état de cause, l'agent commercial a droit à des dommages-intérêts dès lors que le mandant ne parvient pas à établir l'existence d'une faute grave¹²⁴⁰.

255. En définitive, le régime de la preuve de la cause de révocation du mandat d'intérêt commun, qu'il s'agisse d'un contrat d'agence commerciale ou non, se distingue des règles probatoires régissant le mandat ordinaire. Par où s'observe, une nouvelle fois, l'influence de la limitation des causes de rupture d'un contrat sur les règles de preuve applicables. L'exigence d'une juste cause d'exercice d'un droit affaiblit systématiquement la présomption de légitimité qui y est normalement attachée. De cette manière, la finalisation des droits des contractants entraîne une modification des règles de preuve classiquement applicables. Au regard d'un tel constat, les parties peuvent-elles aménager le régime probatoire en présence d'une exigence de justification ?

256. Exigence de justification et clause de preuve. – Les contrats portant sur la preuve¹²⁴¹ sont en principe valides dès lors qu'ils portent sur des droits dont les parties peuvent librement disposer¹²⁴². De tels contrats peuvent avoir pour objet de déterminer la charge de la preuve, son objet ou les moyens de preuve¹²⁴³. L'intérêt d'y recourir est ainsi de « permettre aux parties d'aménager la manière dont elles vont démontrer les droits qu'elles peuvent être amenées à invoquer l'une contre l'autre, et éventuellement à faire

¹²³⁹ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-26.180 : CCC 2012, n° 61, obs. N. MATHEY.

¹²⁴⁰ Cass. com., 13 avr. 1967 : *Bull. civ.* IV, n° 145.

¹²⁴¹ Bien qu'il aurait été plus juste de parler ici de « conventions », la réforme de 2016-2018 a finalement retenu la formule de « contrats sur la preuve ». V. de manière critique, A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 45 et s., spéc. p. 45.

¹²⁴² Article 1356, alinéa 1^{er}, du Code civil. *Adde*, A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. de J.-Ch. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, n° 192, p. 163 ; V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 15 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, V° « clause de preuve », p. 667 et s., spéc. n° 1443, p. 673. V. égal. en jurisprudence, Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-19.390 : *Bull. civ.* I, n° 328 ; *RDC* 2008, p. 252, (à propos d'un contrat de dépôt salarié).

¹²⁴³ Adoptant une telle typologie, V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in Ch. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 17. *Adde* W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Preuve », p. 657 et s., spéc. p. 659-660. Certains auteurs ajoutent à cette liste les clauses relatives à la force probante d'un élément de preuve, F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, V° « Clause de preuve », p. 667 et s., spéc. n° 1433, p. 667. V. de manière plus nuancée, M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 36 et s., spéc. p. 38 : « Les frontières entre ces trois questions sont poreuses et il est opportun de ne pas en faire la colonne vertébrale du droit de la preuve ».

valoir en justice »¹²⁴⁴. Il s'agira essentiellement, au sein de ces développements, d'aborder les clauses portant sur la charge de la preuve. Plus particulièrement, il convient de s'intéresser à la validité de la clause ayant pour objet d'aménager la charge de la preuve des motifs d'exercice d'un droit. Comme cela a été mis en évidence auparavant, la nécessité de justifier une décision contractuelle a pour corollaire un glissement au moins partiel de la charge de la preuve du cocontractant qui en est le destinataire. Il est dès lors utile d'envisager la question de la validité et des effets d'une clause régissant la charge de la preuve en présence d'une exigence justification. De prime abord, rien ne semble s'opposer à ce que les parties stipulent une présomption de légitimité de l'exercice d'un droit au profit du débiteur de l'obligation de justification, faisant ainsi revenir, par une sorte d'effet « boomerang », la charge probatoire sur son cocontractant¹²⁴⁵. Une telle présomption conventionnelle conduirait *in fine* à un retour aux règles classiquement applicables en matière de détermination de la charge de la preuve.

257. La question de la stipulation de telles clauses aménageant la preuve s'est posée récemment à propos de certaines prérogatives unilatérales consacrées par la réforme de 2016-2018 et qui ont été assorties, par les rédacteurs de l'ordonnance, d'une obligation de motivation. Figurent à ce titre la résolution unilatérale par notification¹²⁴⁶ ainsi que la fixation unilatérale du prix¹²⁴⁷. Les règles instituées par la réforme étant en principe supplétives¹²⁴⁸, il devrait par conséquent être permis d'aménager contractuellement le régime de la preuve des droits ne relevant pas de dispositions impératives¹²⁴⁹. Il en va *a priori* de la sorte des prérogatives reconnues par le nouveau droit des contrats. Comme l'a affirmé M. Dross, « dans ces hypothèses, c'est au créancier de prouver qu'il a mis en œuvre

¹²⁴⁴ V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 13.

¹²⁴⁵ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd., Éditions Francis Lefebvre, 2017, n° 1331, p. 425 : « L'emprise des parties sur la charge de la preuve peut consister à rappeler les règles légales... ou s'en éloigner ». V. égal. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 957 : « le principe justifie la licéité d'une clause visant à inverser la charge de la preuve, qu'il s'agisse, par exemple, [...] du caractère abusif d'une rupture ».

¹²⁴⁶ Article 1226, alinéa 3, du Code civil. Sur les questions probatoires laissées en suspens par le texte, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 538, p. 410.

¹²⁴⁷ V. les articles 1164 et 1165 du Code civil.

¹²⁴⁸ Le rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats affirme en ce sens : « Il n'y a [...] pas lieu de préciser pour chaque partie son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ».

¹²⁴⁹ V. E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016, 486, p. 837 et s., spéc. p. 839 : « [...] derrière le libéralisme apparent du code, se dissimule une conception extensive et malléable de l'ordre public probatoire par la Cour de cassation ».

de manière appropriée la prérogative unilatérale dont il est investi. Les parties pourraient néanmoins, par une stipulation contractuelle, renverser la charge de la preuve en présumant qu'elle l'a été, à charge alors pour le débiteur d'établir que le créancier a indûment exercé son droit »¹²⁵⁰. À proprement parler, une telle clause ne constitue pas une exclusion de l'exigence de justes motifs¹²⁵¹. En effet, ceux-ci se trouvant présumés par la clause, elle emporterait par conséquent un renversement du fardeau probatoire ou du moins une modification du contenu de la preuve. Dès lors qu'il ne parvient pas à écarter la présomption de légitimité instituée par le contrat, le contractant destinataire de la décision contestée succombera. À ce titre, « les conventions relatives à la charge de la preuve ont pour effet essentiel de modifier l'imputation légale du risque de preuve [...]. Elles ne jouent qu'en ce qui concerne la détermination de la partie qui supportera le fardeau de la preuve et, pour le reste, les règles légales sont respectées »¹²⁵². Ainsi, la question de l'aménagement contractuel de l'exigence de justification ne se confond pas avec celle de la validité de la clause ayant pour objet un renversement de la charge de la preuve de la légitimité des motifs. En d'autres termes, le renversement de la preuve, auquel aboutit une présomption conventionnelle de légitimité des motifs, n'exclut pas la possibilité d'un contrôle du bien-fondé de l'exercice du droit. En pratique, une telle présomption contractuelle risque néanmoins d'être difficile à renverser dès lors que le contractant qui entend la combattre n'aura pas forcément accès aux motifs de la décision de son cocontractant. Il est fort à parier que le contractant bénéficiant de la présomption conventionnelle sera également celui ayant la plus grande aptitude à la preuve. La combinaison de ces éléments complique sérieusement le renversement de la présomption instituée par le contrat. Or, l'adage est bien connu : *idem est non esse et non probari*¹²⁵³. Ainsi que le souligne M. Aynès, « celui qui accepte d'assumer la charge de la preuve qui

¹²⁵⁰ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020 V° « Preuve », p. 657 et s., spéc. p. 660.

¹²⁵¹ En ce sens, à propos de la clause prévoyant que la révocation d'un mandat stipulé irrévocable est présumée faite pour justes motifs, W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Preuve », p. 657 et s., spéc. p. 659-660 : « [...] en stipulant que la révocation est présumée faite pour de justes motifs, les parties renversent la charge de la preuve : le mandant est présumé être libéré de son obligation d'indemnisation sans avoir à prouver le juste motif qui a produit cette libération (ce que lui impose en principe l'article 1353, alinéa 2, du Code civil), la preuve en retombant alors sur le mandataire ». V. égal. sur la possibilité d'insérer une telle clause dans un mandat d'intérêt commun, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd., Éditions Francis Lefebvre, 2017, n° 1332, p. 425.

¹²⁵² V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 19.

¹²⁵³ V. H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 6^e éd., LexisNexis, 2014, V° « *Idem est non esse et non probari* », p. 136.

devrait normalement peser sur son cocontractant, en assumant le risque corrélatif, renonce potentiellement au droit que la preuve en question tend à établir. Il se retrouve en position de ne pouvoir exercer son droit (faute de pouvoir le prouver) et, en tout état de cause, renonce à la position de faveur que constitue pour lui la situation de “défendeur” à la preuve »¹²⁵⁴. Un tel constat témoigne, une nouvelle fois, de liens étroits existants entre les règles substantielles et les règles probatoires ainsi que de la manière dont elles s’influencent réciproquement¹²⁵⁵. Bien que distincte d’une clause de définition du juste motif ou encore de celle écartant la nécessité d’un juste motif, la clause de preuve influence néanmoins directement l’intensité de l’exigence de juste motif d’exercice d’un droit. Pour cette raison, la validité d’une telle clause paraît ne pas pouvoir être admise de manière absolue¹²⁵⁶.

258. Si la validité des clauses sur la preuve est reconnue en son principe, la liberté contractuelle des parties demeure en la matière étroitement surveillée¹²⁵⁷.

Tout d’abord, l’instauration par les parties de présomptions contractuelles se trouve subordonnée au respect des dispositions du Code civil régissant les présomptions. De ces dispositions il résulte que la stipulation instaurant une présomption de légitimité d’exercice d’un droit ne pourra, en toute hypothèse, prétendre à la validité que dans la mesure où une telle présomption est soit simple, soit mixte¹²⁵⁸. En effet, l’article 1356 du Code civil prohibe, en son alinéa second, les contrats sur la preuve instituant des présomptions

¹²⁵⁴ A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 45 et s., spéc. p. 46. V. égal., F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA, *Les principales clauses des contrats d’affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, V° « Clause de preuve », p. 667 et s., spéc. n° 1439, p. 670 : « Les parties ne sauraient donc, par la voie détournée d’une clause de preuve, porter atteinte à un droit d’ordre public dont elles ne pourraient pas disposer directement ».

¹²⁵⁵ Sur de tels liens, F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d’affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, V° « Clause de preuve », p. 667 et s., spéc. n° 1433, p. 668 : « [...] la frontière est parfois tenue entre le fond et la preuve, de sorte que de nombreuses clauses relatives aux droits substantiels des parties camouflent des clauses de preuve, l’inverse étant tout aussi vrai » ; M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales. L’art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 36 et s., spéc. p. 38 : « La charge de la preuve est à la charnière du droit subjectif et du droit processuel [...] ».

¹²⁵⁶ La Cour de cassation a ainsi privé d’effet la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail opérant un renversement de la charge de la preuve de sa violation, Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.894 : *Bull. civ.* V, n° 85 ; *Dr. soc.* 2009, p. 740, note J. MOULY ; *D.* 2009, p. 1441, obs. Y. SERRA. En l’espèce, il résultait des termes de la stipulation litigieuse que la salariée recevrait une indemnité financière à charge pour elle de justifier par tout moyen de l’absence de violation de son obligation de non-concurrence. V. déjà, Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546 : *Bull. civ.* V, n° 120.

¹²⁵⁷ A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* 2015, n° 250, p. 45 et s. V. égal. V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 26.

¹²⁵⁸ Le nouvel article 1354, alinéa 2, du Code civil reconnaît, à côté des présomptions simple et irréfragable, la possibilité d’une présomption « mixte ».

irréfragables au bénéfice de l'une des parties¹²⁵⁹. Pour reprendre les mots de Mme Lardeux, « cette prohibition de stipuler des présomptions irréfragables est d'autant plus notable qu'elle insère une disposition impérative dans un droit commun de la preuve dont toutes les règles étaient jusqu'ici supplétives »¹²⁶⁰.

Ensuite, les clauses relatives à la preuve, et au titre desquelles figurent celles stipulant que l'existence d'une cause légitime se trouve présumée, demeurent exclues dès lors que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits¹²⁶¹. Or, il est fréquent en pratique que les exigences légales de justification relèvent de règles de fond impératives¹²⁶².

Enfin, certaines législations encadrent expressément le recours aux clauses de preuve. De la sorte, la possibilité pour les contractants d'insérer dans leur contrat des clauses relatives à la preuve se trouve limitée et contrôlée en droit de la consommation. Il résulte ainsi de la liste noire figurant dans le Code de la consommation que sont présumées abusives de manière irréfragable les clauses imposant « au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat »¹²⁶³. Dans un arrêt rendu en 2016, la Cour de cassation a d'ailleurs jugé, à propos d'un contrat d'assurance, qu'il incombait au juge de rechercher d'office le caractère abusif d'une clause faisant peser sur l'assuré la charge de la preuve¹²⁶⁴. Par ailleurs, sont simplement présumées abusives les clauses limitant indûment les moyens de

¹²⁵⁹ V. en jurisprudence, Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19.615 : *RTD civ.* 2018, p. 123, H. BARBIER ; *D.* 2018, p. 327, note G. LARDEUX ; *ibid.* p. 371, obs. M. MEKKI ; *RDC* 2018, p. 205, note J. KLEIN. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'approprie les dispositions du nouvel article 1356 du Code civil dans une espèce où le texte n'était pourtant pas applicable.

¹²⁶⁰ G. LARDEUX, « La liberté contractuelle en matière probatoire entre sécurité juridique et vérité judiciaire », note sous Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19.615, *D.* 2018, p. 327 et s., spéc. p. 330.

¹²⁶¹ Sur la reconnaissance en jurisprudence d'une telle limite à la validité des contrats sur la preuve, même antérieurement à l'insertion dans le Code civil du nouvel article 1356, Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.196 et 86-16.197 : *Bull. civ.* I, n° 342 ; *JCP G* 1990, II, 21576, note G. VIRASSAMY ; *D.* 1990, p. 327, obs. J. HUET ; *ibid.* 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; *ibid.* 1991, p. 38, obs. M. VASSEUR ; *RTD com.* 1990, p. 78, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; *RTD civ.* 1990, p. 79, obs. J. MESTRE.

¹²⁶² A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 45 et s., spéc. p. 46 : « L'impérativité en cause ici est celle des droits objet de preuve et non celle des règles de preuve auxquelles il serait dérogé. Ainsi, par exemple, ne pourra-t-on pas stipuler sur la preuve en matière de licenciement ou de rupture de relations commerciales établies ». V. par ailleurs sur la relation entre libre disposition d'un droit et caractère supplétif de la règle, C. PERES, *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.

¹²⁶³ Article R. 212-1, 12° du Code de la consommation. V. sur ce texte, D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation, Droit interne et européen*, Dalloz, 2020, n° 224.201, p. 634 : « [L'interdiction] est bienvenue, car la charge de la preuve emporte des conséquences importantes : celui qui échoue à prouver, alors qu'il assume cette charge, perd le procès. Elle est générale, en ce qu'elle vise aussi bien les clauses mettant directement à la charge du consommateur la preuve d'un fait quand le droit commun impose au professionnel d'en établir un autre [...] » ; S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009, p. 1617 et s., spéc. n° 14 et s.

¹²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698 : *D.* 2017, p. 375, obs. M. MEKKI.

preuve à la disposition du consommateur¹²⁶⁵. Ainsi que l'a relevé un auteur à propos des clauses abusives relatives au recours en justice, parmi lesquelles figurent les clauses probatoires stigmatisées par les dispositions du Code de la consommation : « Contractuelles par nature mais processuelles par leur objet, ces clauses heurtent tant les intérêts du justiciable que ceux du consommateur »¹²⁶⁶. S'agissant des clauses relatives à la preuve dans les contrats de consommation, la clé de répartition entre les clauses noires et les clauses grises serait ainsi à trouver du côté de la distinction entre charge de la preuve et modes de preuve. Néanmoins, celle-ci s'avérera, en pratique, bien délicate à mettre en œuvre¹²⁶⁷. Quoi qu'il en soit, l'établissement de listes noire et grise de clauses abusives a grandement allégé le fardeau probatoire du consommateur par rapport au régime antérieurement applicable¹²⁶⁸. Ces dispositions du droit de la consommation témoigneraient d'une « résurgence de la qualification d'ordre public donnée aux règles de preuve »¹²⁶⁹. En outre, si les clauses opérant un renversement de la charge de la preuve en faveur du professionnel sont illicites dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, leur validité est également susceptible d'être contestée en dehors du droit de la consommation. En effet, les clauses opérant un renversement de la charge de la preuve pourront être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, ou encore, dans les contrats d'adhésion, sur celui de l'article 1171 du Code civil dès lors que de telles clauses génèrent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹²⁷⁰. Certaines clauses probatoires pourraient par ailleurs être

¹²⁶⁵ Article R. 212-2, 9° du Code de la consommation. V. S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009, p. 1617, spéc. n° 18 et s.

¹²⁶⁶ S. PIERRE-MAURICE, « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in X. HENRY (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 241 et s., spéc. n° 1, p. 241.

¹²⁶⁷ En ce sens, W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Preuve », p. 657 et s., spéc. p. 667 : « Cette distinction entre les clauses relatives à la charge de la preuve, nécessairement non écrites, et celles relatives aux procédés de preuve, présumées abusives sauf preuve contraire, risque de conduire à l'instrumentalisation d'une distinction délicate [...] qui n'est pas toujours clairement perçue en jurisprudence (par ex., Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-16.733) ». Adde, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation, Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018, n° 942 et n° 948.

¹²⁶⁸ S. PIERRE-MAURICE, « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in X. HENRY (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 241 et s., spéc. n° 10, p. 246.

¹²⁶⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1121, p. 1007. V. égal., E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016, 486, p. 837 et s., spéc. p. 839.

¹²⁷⁰ En ce sens, W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Preuve », p. 657 et s., spéc. p. 667-668 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des*

réputées non écrites au titre de l'article 1170 du Code civil dès lors qu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur¹²⁷¹. La soumission des clauses de preuve au contrôle du déséquilibre significatif est fort heureuse. En effet, en l'absence de contrôle, il est fort à parier que de telles clauses soient, à défaut d'être négociées, stipulées dans l'intérêt exclusif du contractant dominant, lui permettant ainsi d'accentuer la contrainte qui pèse déjà sur son cocontractant¹²⁷². À côté de ces limites d'ordre légal, il en est une autre d'ordre jurisprudentiel. En effet, l'argument tiré de la méconnaissance du droit à la preuve¹²⁷³ pourrait fonder une contestation de la validité des clauses probatoires¹²⁷⁴. Toutefois, à suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, l'invocation d'un tel moyen n'est pas imparable¹²⁷⁵.

259. En définitive, il est pour l'heure permis de continuer à affirmer, avec Mme Depadt-Sebag, qu'« en dépit du développement de la législation impérative du droit des contrats, la Cour de cassation est demeurée favorable à la licéité des conventions sur la preuve »¹²⁷⁶.

obligations, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 960 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1121, p. 1007 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, V° « Clause de preuve », p. 667 et s., spéc. n° 1441, p. 671.

¹²⁷¹ En ce sens, G. LARDEUX, « La liberté contractuelle en matière probatoire entre sécurité juridique et vérité judiciaire », note sous Cass. com., 6 déc. 2017, *D.* 2018, p. 327 et s., spéc. p. 332.

¹²⁷² En ce sens, J. FOYER, « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, *Economica*, 2004, p. 235 et s., spéc. p. 244 ; V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, *Economica*, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 20. Rapp. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 958 : « [...] on peut sans doute affirmer qu'en présence de règles d'ordre public, le moment auquel le droit devient disponible est celui où cesse la situation d'infériorité ou de dépendance » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1121, p. 1007 : « L'exigence de la libre disponibilité des droits ne suffit pas à protéger les contractants contre les risques encourus par la conclusion d'un contrat portant sur la preuve ».

¹²⁷³ Sur l'affirmation d'un tel droit en jurisprudence, Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : *Bull. civ. I*, n° 85. V. égal. G. LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1 et s.

¹²⁷⁴ En ce sens, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 960 : « [...] le juge, effectuant un contrôle de légitimité et de proportionnalité, pourrait écarter une clause qui désarme une partie en l'empêchant de rapporter les preuves nécessaires au succès de sa prétention ».

¹²⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2014, n° 12-21.244 : *Bull. civ. I*, n° 101 : « [...] le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret ».

¹²⁷⁶ V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, *Economica*, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 16-17. Comp. E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016, 486, p. 837 et s., spéc. p. 839 : « On le voit, l'ordre public probatoire n'est pas nécessairement là où on l'attend et il se peut qu'à l'avenir, l'enthousiasme de certaines parties à l'égard des contrats sur la preuve soit refroidi par une jurisprudence moins libérale que le Code civil ».

260. La preuve de la légitimité des motifs : entre recherche de vérité et de vraisemblance. – La vérité occupe, de manière générale, une place centrale dans le droit et, plus particulièrement, dans le droit de la preuve¹²⁷⁷. Les lexiques du langage commun¹²⁷⁸, philosophiques¹²⁷⁹, mais également juridiques¹²⁸⁰, assimilent d'ailleurs largement la preuve à la recherche de la vérité. Pour autant, et contrairement à ce que suggèrent les définitions de la preuve qui en résultent, la vérité ne saurait être identifiée comme étant la finalité exclusive du droit de la preuve¹²⁸¹. En effet, d'autres valeurs, comme celles de légitimité et de justice, semblent également le parcourir. Si, de manière générale, les règles probatoires peuvent se donner pour objectif la recherche de la vérité, elles aspirent plus certainement à emporter la conviction des destinataires de la preuve¹²⁸². Il en va particulièrement de la sorte s'agissant de la preuve du bien-fondé de l'exercice des droits finalisés qui relève d'une logique de la conviction, autrement dit d'une rationalité non formelle¹²⁸³. En ce sens et pour reprendre les mots de Foyer, « la preuve n'est pas seulement un moyen de connaître le vrai et de convaincre l'autre, la preuve a une fin plus large. Elle est utilisée comme un moyen de mise en œuvre de la règle de droit, un moyen d'assurer la paix sociale, la sécurité, l'ordre »¹²⁸⁴. Le recours fréquent par le système juridique aux présomptions et aux fictions juridiques témoigne d'ailleurs de la distance

¹²⁷⁷ V. not. sur leurs rapports, C. PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et s.

¹²⁷⁸ Il en va ainsi du sens premier donné au terme preuve par le CNRTL : « Fait, témoignage, raisonnement susceptible d'établir de manière irréfutable la vérité ou la réalité de (quelque chose) » (cf. site www.cnrtl.fr/definition/preuve). De la même manière, le dictionnaire *Le Robert* définit la preuve comme « *ce qui sert à établir qu'une chose est vraie* ». Sur cette dernière définition, V. les propos de J. FOYER, « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 99 et s., spéc. p. 100 : « C'est une magnifique définition, mais nous avons bien pu voir [...] qu'elle est finalement approximative ».

¹²⁷⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Preuve », p. 822.

¹²⁸⁰ V. par ex., S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016, V^o « Preuve », p. 845 : « Dans un sens large, établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique ».

¹²⁸¹ En ce sens, D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 501 ; J. FOYER, « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 235 et s., spéc. p. 240 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, n^o 261, p. 409.

¹²⁸² A. PONSARD, « Vérité et justice (La vérité et le procès), Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 673 et s., spéc. p. 675 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglie probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178 et s.

¹²⁸³ G. KALINOWSKI, « Logique et méthodologie juridique, Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit », in *Formes de rationalité en droit, APD* 1978, t. 23, p. 59 et s., spéc. p. 64 : « La logique non formelle est la logique de conviction (argumentation visant l'auditoire universel) ou de la persuasion (argument s'adressant à un auditoire particulier) ».

¹²⁸⁴ J. FOYER, « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 235 et s., spéc. p. 241.

pouvant exister entre le droit et la vérité¹²⁸⁵. Plus encore, les règles de preuve peuvent même avoir pour effet d'écarter la recherche de la vérité¹²⁸⁶, voire de la rendre impossible¹²⁸⁷. Cette assertion se vérifie particulièrement lorsque les parties elles-mêmes, par le biais de stipulations contractuelles, choisissent délibérément d'instaurer des règles probatoires paralysant toute quête judiciaire de vérité¹²⁸⁸. « La loi joue avec la vérité. Dans sa souveraineté, elle attribue à l'un le bénéfice du doute, à l'autre le risque de la non-preuve. Dans tous les cas, elle risque de distribuer une vérité décalée par rapport à la réalité »¹²⁸⁹. Qu'en est-il s'agissant de la preuve des motifs d'exercice des droits finalisés ?

261. Lorsqu'il est fait obligation à un contractant de faire reposer l'exercice d'un droit sur de justes motifs, celui-ci doit-il rapporter la preuve de la véracité des raisons qu'il fournit à son cocontractant ? Concrètement, l'exigence de justification du bien-fondé de l'exercice d'un droit contraint-elle à avancer des motifs nécessairement vrais ? La question revient donc à se demander si le titulaire d'un droit finalisé peut dissimuler ses raisons véritables dès lors que celles qu'il allègue paraissent vraisemblables et suffisent à emporter la conviction de ceux qui en constituent les destinataires.

Il peut tout d'abord être soutenu que l'exigence de justes motifs ne saurait se satisfaire de motifs invraisemblables¹²⁹⁰. En effet, il est impensable que des motifs ne revêtant pas l'apparence de la réalité puissent satisfaire à l'exigence de justification. Dans cette perspective, l'idée de vérité n'est pas étrangère à la preuve des motifs d'exercice du droit dans la mesure où des motifs résolument faux ne sauraient être retenus.

Ensuite, la démonstration du bien-fondé de l'exercice d'un droit n'est pas celle de l'exactitude des motifs avancés mais de leur légitimité, ce qui ne saurait, en tout état de

¹²⁸⁵ D'ailleurs, contrairement à la présomption, qui suppose le caractère réel d'un fait, la fiction conduit à admettre ouvertement un fait contredisant la réalité. L'étymologie du terme est d'ailleurs en ce sens puisque fiction vient du latin *factio*, qui dérive du verbe *ingere*, signifiant feindre. Sur une telle étymologie, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, V^o « fiction », p. 456.

¹²⁸⁶ V. J. FOYER, « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 235 et s., spéc. p. 241.

¹²⁸⁷ Sur une telle hypothèse en droit du travail, B. TEYSSIE, « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. n^o 21, p. 85. Plus généralement, les présomptions irréfragables s'érigent en obstacle à la manifestation de la vérité. En ce sens, A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* sept. 2015, n^o 250, p. 45 et s., spéc. p. 48.

¹²⁸⁸ En ce sens, G. LARDEUX, « La liberté contractuelle en matière probatoire entre sécurité juridique et vérité judiciaire », note sous Cass. com., 6 déc. 2007, *D.* 2018, p. 327 et s., spéc. p. 332 ; D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 533.

¹²⁸⁹ G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le Droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 1 et s., spéc. p. 7.

¹²⁹⁰ D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 527 : « Au minimum, prouver c'est démontrer la vraisemblance d'une allégation et en convaincre le juge ».

cause, être confondu. Selon les justes mots de M. Lagarde, « les idées de vérité et de légitimité n'appartiennent pas au même ordre de discours. La première procède d'un point de vue doctrinal : l'idée de vérité a en effet vocation à structurer de l'intérieur le discours juridique. La seconde, en revanche, procède d'un point de vue critique : l'idée de légitimité, en rupture avec ce discours et propre à le déstructurer, permet de l'appréhender de l'extérieur, dans ses rapports avec ses destinataires »¹²⁹¹. Plutôt que de constituer un moyen de découvrir les véritables motivations du contractant, l'exigence de justification constitue une technique de légitimation de l'exercice du droit qu'elle accompagne. De la sorte, si le caractère finalisé d'un droit tend à réduire les limites à l'intérieur desquelles son titulaire peut agir, il contribue également, dans un mouvement opposé, à en asseoir la légitimité. En effet, la finalisation des droits marque moins la nécessité de découvrir la vérité, toujours relative, que celle de convaincre ceux à qui la justification se destine¹²⁹². Il s'agira ainsi pour un contractant de tenter de convaincre son cocontractant, celui-ci étant alors moins enclin à exercer une action en justice, et éventuellement le juge, afin que la décision contractuelle contestée soit judiciairement validée. La connaissance des véritables raisons du contractant agissant importe finalement moins que de s'assurer que la décision prise par lui repose sur des éléments vraisemblables et par conséquent acceptables. La recherche de l'adhésion du destinataire de la décision l'emporterait sur celle d'une prétendue vérité. En ce sens, le discours sur les finalités d'exercice des droits attribués aux contractants s'apparente à un « discours sur les valeurs »¹²⁹³. En effet, « la combinaison des valeurs et intérêts permet de former un système d'intelligibilité de certaines pratiques sociales :

-il s'agit ici, non de rechercher un système d'explication causale qui dirait le pourquoi des causes,

¹²⁹¹ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Rev. Droits* 1996, p. 31 et s., spéc. p. 31.

¹²⁹² Rapp. D. FERRIER, « La preuve et le contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 105 et s., spéc. note de bas de page 5, p. 105 : « Entendue comme la persuasion de la réalité et de la qualité d'un fait ou d'un acte, la preuve juridique est à cet égard fondée non seulement sur une démonstration mais aussi sur une conviction [...] » ; D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 500-501 : « [...] dans tous les cas, la fonction de la preuve juridique est de faire approuver socialement une vérité laquelle, à cet effet, doit être composée d'une démonstration et d'une conviction ; d'un élément objectif et d'un élément subjectif, le second devant avoir le premier pour source ».

¹²⁹³ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, rééd., n° 75, p. 146 : « [...] notre droit admet l'existence de situations où d'autres valeurs que la vérité sont considérées comme les plus importantes que cette dernière, et ceci même dans le cas où la décision juste dépend de la connaissance objective des faits ».

-mais un système rhétorique s'efforçant *a posteriori* de donner une cohérence, une légitimité et souvent une quasi-objectivité à des choix plus ou moins conscients et de créer par là même un *effet de vérité* »¹²⁹⁴.

262. La terminologie entourant l'obligation de justifier l'exercice d'un droit oscille entre recherche de vérité et recherche du juste¹²⁹⁵. Ainsi, lorsque se trouvent requises une cause « réelle » ou encore des raisons « objectives et transparence », c'est à la vérité qu'il semble être fait appel. Toutefois, lorsqu'il est fait référence à des motifs « légitimes », des « justes » causes, ou encore de « justes » motifs, l'exigence de justification paraît prendre une certaine distance avec la recherche de vérité. Au regard de la généralité et du flou qui les entourent, les standards de justification offriraient l'illustration d'une vraisemblance en décalage avec le vrai. En effet, « des notions floues et vagues permettant de régir des situations à l'aide d'un modèle abstrait qui est une réalité essentiellement intellectuelle »¹²⁹⁶.

263. L'exigence d'objectivité des motifs permet de douter d'une mise à l'écart de la recherche de la vérité. En effet, le caractère objectif d'un motif laisse penser que l'épreuve de justification des décisions prises par un contractant ne saurait se satisfaire d'une simple apparence de vérité. Certaines expressions employées par le législateur afin de désigner les raisons pour lesquelles un contractant est fondé à utiliser une prérogative juridique le suggèrent d'ailleurs. De cette façon, imposer que la cause de licenciement soit « réelle » ne revient-il pas à exiger de l'employer l'invocation du motif ayant véritablement

¹²⁹⁴ P. LASCOUMES, « Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie, Pesanteurs et redéfinition de l'utilitarisme », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 103 et s., spéc. p. 118 (nous soulignons). V. égal., X. LAGARDE, « Qu'est-ce qui est juste ? Propos de juriste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/Litec, 2009, p. 299 et s., spéc. n° 11 : « Lorsqu'il s'agit de prendre part à une discussion, ce sont des éléments objectifs qu'il convient de verser au débat de telle sorte qu'est sollicité l'entendement et non la sensibilité. Or, ce qui se pense se justifie. Pour qu'il y ait débat, il importe de proposer un enchaînement de raisons successives qui sont autant d'occasions de l'ouvrir. S'il n'y a que des conclusions, il n'y a qu'affrontement, en aucun cas dialogue ».

¹²⁹⁵ V. de manière générale, G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le Droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 1 et s., spéc. p. 2 : « La cohorte des mots qui escortent la vérité est l'une des plus riches familles sémantiques du vocabulaire juridique. Mais les mots ne sont qu'un écho de la valeur fondamentale que le Droit reconnaît en la vérité. Et comment ne pas admettre de cœur que la vérité est, comme la justice, l'un des fondements du Droit et même plus radicalement encore, car si la vérité est d'abord la justesse de la justice, comment ne serait-elle pas, à un double titre, la droiture du Droit ? ».

¹²⁹⁶ C. PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et s., spéc. n° 27, p. 230. *Adde*, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 223, p. 278 : « Le standard est un étalon de la réalité [...] ».

dicté son choix ? Conformément à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, il incombe aux juges du fond de rechercher la véritable cause du licenciement prononcé à l'encontre du salarié¹²⁹⁷. De la sorte, le juge prud'homal aurait l'obligation de découvrir les vraies raisons ayant conduit l'employeur à licencier le salarié. Pourtant, à y regarder de plus, il semble ressortir des faits des décisions précitées que ce que la Cour de cassation reproche finalement aux juridictions d'appel c'est de ne pas avoir opéré un contrôle de la qualification du licenciement, étant précisé qu'un tel contrôle n'est pas celui du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement. Ainsi, dans une affaire où un salarié licencié pour faute grave estimait que le licenciement prononcé à son égard était exclusivement de nature économique, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs en s'abstenant de vérifier la cause exacte du licenciement¹²⁹⁸. Cette jurisprudence ne contredit donc pas en soi le fait qu'un motif seulement vraisemblable pourra effectivement constituer une cause réelle au sens des dispositions du Code du travail. Que faut-il alors penser des décisions de la chambre sociale exigeant que les motifs allégués par l'employeur soient matériellement vérifiables¹²⁹⁹ ? En tout état de cause, depuis que le législateur de 1989¹³⁰⁰ est venu ajouter à l'ancien article L. 122-14-3 [devenu L. 1235-1] du Code du travail un alinéa faisant peser le risque de la preuve de la cause du licenciement sur l'employeur, les juges ne peuvent plus se satisfaire d'allégations de motifs en apparence réels et sérieux¹³⁰¹. L'allégation de motifs en apparence réels et sérieux ne saurait donc suffire à démontrer, en toute hypothèse, le bien-fondé du licenciement. Admettre le contraire reviendrait à vider l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de sa substance. L'affirmation peut d'ailleurs être généralisée à l'ensemble des prérogatives juridiques assorties d'une exigence de justification de leur exercice.

¹²⁹⁷ Plusieurs décisions peuvent être mentionnés en ce sens, Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-44.099 : *Bull. civ.*, V, n° 427 ; Cass. soc., 10 avr. 1996, n° 93-41.755 : *Bull. civ.* V, n° 149 ; Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062 : *Bull. civ.* V, n° 276. V. égal. Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 980 et s.

¹²⁹⁸ Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062 : *Bull. civ.* V, n° 276.

¹²⁹⁹ Parmi de nombreuses décisions, Cass. soc., 14 mai 1996, n° 94-45.499 : *Bull. civ.* V, n° 189 ; Cass. soc., 14 mai 1996, n° 93-40.279 (NP) : « la lettre de licenciement qui énonce des griefs matériellement vérifiables, répond aux conditions exigées par l'article L. 122-14-2 du Code du travail » ; Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-40.128 : *Bull. civ.* V, n° 161 : « l'imputation d'un comportement déloyal, sans autre précision, ne constituait pas un motif matériellement vérifiable ».

¹³⁰⁰ La loi n° 89-549 du 2 août 1989 a modifié l'ancien article L. 122-14-3 du Code du travail en ajoutant un alinéa disposant que « Si un doute subsiste, il profite au salarié ».

¹³⁰¹ V. antérieurement en jurisprudence, Cass. soc., 19 janv. 1977 : *D.* 1978, p. 152, note Y. LETERTRE.

264. En l'absence de contestation quant au bien-fondé de l'exercice d'un droit, l'obligation de justification s'accommode du vraisemblable. Cela se comprend dans la mesure où l'exigence de justes motifs affaiblit la présomption de légitimité attachée à la titularité d'un droit, sans l'évincer complètement. L'élévation d'une contestation tend à dissiper la seule apparence de vérité en faveur d'un examen concret des motifs du contractant. « La controverse s'origine lorsque des personnes, ne partageant pas une vérité commune à l'égard de la même affaire, croient avoir raison d'après des vérités contradictoires et par là en appellent au juge afin qu'il les départage, établissant la vérité objective. Puisque c'est la vérité qui est en discussion, la question ne saurait être décidée par la force, mais par un discours aléthique »¹³⁰². En présence d'une contestation quant à l'usage d'un droit finalisé, il revient au détenteur d'un tel droit de prouver la vérité des motifs avancés par lui. En pareille situation, il lui appartient de faire la démonstration de la conformité des motifs allégués à la réalité des faits, autrement dit de prouver que ces motifs s'appuient sur éléments matériellement vérifiables. Ce faisant, la démonstration juridique qu'implique la preuve des motifs légitimes n'emporterait aucune spécificité par rapport à toute autre démonstration juridique¹³⁰³. Tel qu'en suggère l'étymologie¹³⁰⁴, la preuve conduit, dans cette optique, à la vérification de la matérialité des motifs invoqués pour justifier l'usage contesté d'un droit. Est-ce à dire qu'en cas de contestation du bien-fondé de l'exercice d'un droit seules les vraies raisons ayant conduit le contractant à prendre une décision peuvent emporter la conviction du juge ? Autrement posée la question revient à se demander si la contestation des motifs d'exercice d'un droit conduit à l'exclusion du vraisemblable au profit d'une certitude. Une réponse négative doit être donnée. En effet, l'examen judiciaire de la conformité des allégations de l'auteur d'une décision à la réalité ne se présente pas comme un rejet du vraisemblable mais, plutôt, comme une garantie contre l'arbitraire de l'auteur de la décision¹³⁰⁵. « Certes, cette vraisemblance est à elle

¹³⁰² S. COTTA, « La question de la vérité du jugement », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 37 et s., spéc. p. 39.

¹³⁰³ V. D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 500. Selon l'auteur, la démonstration juridique « a en effet pour objet d'établir au moyen de procédés admis par la loi une adéquation entre l'allégation du demandeur et la réalité qui s'est déroulée dans un passé plus ou moins lointain ». Plus généralement, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Démonstration », p. 215.

¹³⁰⁴ Selon le *Vocabulaire Juridique*, le verbe « prouver » viendrait du latin *probare* signifiant « vérifier, approuver, prouver » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^e éd., PUF, 2014, V^o « Preuve », p. 799).

¹³⁰⁵ En ce sens, D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 501 : « [...] l'injustice et l'arbitraire consistent précisément [...] à être convaincu d'une prétendue vérité sans être à même de fonder sa conviction sur un fait démontré ». Rapp. M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept.

seule insuffisante et doit être complétée. Mais le complément apporté n'a pas pour effet de rendre certaine la vérité établie. Son effet est de permettre l'accession au seuil de la vraisemblance probatoire minimum ; soit celui de la vraisemblance probable. Cette vraisemblance probable est le principe de la vraisemblance probatoire et le principe du droit de la preuve, par le minimum qu'elle constitue »¹³⁰⁶. Quoi qu'il en soit, les différents régimes de la preuve des raisons pour lesquelles un contractant a pris une décision ne contredit pas le fait que « le droit ne consiste pas dans les constatations dont il s'agirait de montrer la certitude par leur évidence, le droit implique une intervention de choix volontaire ; il existe *une dialectique de volontés et de raisons humaines* »¹³⁰⁷.

265. Conclusion de la section. – Selon le droit commun de la preuve, c'est sur le contractant qui entend écarter la présomption de légitimité de l'exercice d'un droit que pèse le fardeau probatoire. L'étude de quelques législations spéciales a permis de mettre en évidence une modification, en présence d'une obligation de justification, des règles probatoires classiquement applicables. L'instauration d'une exigence de justes motifs s'accompagne généralement d'un renversement au moins partiel de la charge de la preuve au profit du contractant qui elle incombait initialement. Si un tel glissement de la charge de la preuve résulte le plus souvent de la volonté du législateur¹³⁰⁸, il intervient également parfois à l'initiative du juge. La jurisprudence relative au mandat d'intérêt commun en fournit une illustration. Ainsi, s'agissant de la contestation par le mandataire de sa révocation, l'attribution de la charge de la preuve diffère selon que le mandat est ordinaire ou qualifié d'intérêt commun.

266. Lorsque la prérogative d'un contractant est finalisée par une exigence de justification, un glissement de la charge de la preuve s'opère donc au profit de son cocontractant. Cette convergence de règles substantielles et probatoires s'explique par leur

2015, n° 250, p. 36 et s., spéc. p. 39 : « [...] l'intime conviction du juge [...] se rapporte plus à une vraisemblance qu'à la certitude. Elle relève d'une forte probabilité ».

¹³⁰⁶ D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499 et s., spéc. p. 502.

¹³⁰⁷ H. BATIFFOL, « La justification en droit dans la pensée de Chaïm Perelman », in *Mélanges Perelman, Justice et Argumentation*, Bruxelles, 1986, p. 153, cité par G. DARCY, « La preuve et le juge administratif », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 99 et s., spéc. p. 100 (nous soulignons).

¹³⁰⁸ L'attribution de la charge de la preuve en droit privé relève essentiellement d'une politique menée par le législateur. Comp. en matière administrative, G. DARCY, « La preuve et le juge administratif », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 99 et s., spéc. p. 103 : « Loin d'avoir un système de preuve légale, la procédure administrative contentieuse se caractérise par l'intime conviction du juge ».

finalité commune : assurer la protection de l'une des parties au contrat¹³⁰⁹. En effet, s'en tenir strictement aux règles de preuve contenues dans l'article 1353 du Code civil conduirait, dans certaines situations, à des solutions parfaitement injustes. Pour cette raison, il est nécessaire « d'éviter l'impasse à laquelle conduit potentiellement la répartition prévue par le droit commun »¹³¹⁰. Ainsi, s'il paraît opportun, afin notamment d'écarter l'arbitraire de l'auteur de la décision, d'adapter les règles de preuve au profit du contractant placé dans une position de sujétion¹³¹¹, il demeure toutefois indispensable de ne pas perturber de manière inconsidérée les principes classiquement applicables¹³¹².

¹³⁰⁹ En ce sens, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 160, p. 198-199 : « La charge de la preuve obéit aussi à une *politique juridique* visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité : le fardeau de la preuve est allégé lorsqu'il pèse sur les épaules du locataire, de l'assuré, du salarié [...]. Mais la charge de la preuve peut être déplacée en sens inverse en faveur des intérêts du commerce ou de ceux de l'Administration » (souligné par les auteurs). Dans le même sens, à propos de la preuve d'un abus dans la cessation du contrat, G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. de J. Ghestin, LGDJ, 1986, n° 288, p. 230. Adde de manière critique, J.-F. BURGELIN, « Introduction », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 1 et s., spéc. p. 3. L'auteur voit notamment dans ce mouvement l'« émergence d'un droit compassionnel qui met à mal le système traditionnel de la charge de la preuve ».

¹³¹⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 1095.

¹³¹¹ A. Supiot évoque à ce titre « une adaptation des règles de preuve au degré d'inégalité des parties ». V. A. SUPIOT, « L'équitable dans la preuve », in Colloque « Les droits de la défense et le droit du travail », *La semaine sociale Lamy* 1988, supplément au n° 410, cité par F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178 et s.

¹³¹² En ce sens, B. TEYSSIE, « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. n° 26, p. 88. L'auteur critique notamment les situations dans lesquelles la protection du salarié va jusqu'à interdire à l'employeur de rapporter la preuve du bien-fondé de ses décisions.

SECTION 2 : UNE FONCTION PEDAGOGIQUE

267. Information, motivation et conviction du cocontractant. – La motivation de l'exercice d'un droit par une partie au contrat ne saurait se réduire à une simple information¹³¹³. La fonction de conviction assignée à l'obligation de motivation atteste, en effet, que celle-ci ne consiste pas uniquement à renseigner celui qui en est le destinataire. De la sorte, à la différence de l'obligation d'information, la motivation a pour objectif de rendre la décision acceptable aux yeux de ceux qui en subissent les effets juridiques. L'exigence d'informer le cocontractant et celle de motiver une décision contractuelle ont cependant pour point commun de traduire le passage « du silence à la parole »¹³¹⁴. En principe, tant les prérogatives discrétionnaires que le contrat paraissent, une fois celui-ci conclu, imperméables à l'émergence de la parole¹³¹⁵. Dès lors que le contractant doit exposer des raisons valables d'agir, le pouvoir dont il dispose à l'égard de son cocontractant s'en trouve relativisé, il se finalise¹³¹⁶. Lorsque la légitimité des motifs d'exercice d'une prérogative se trouve questionnée, le titulaire de celle-ci ne peut se contenter de se taire ou encore de répondre que tel a été son bon plaisir¹³¹⁷. Pour reprendre les termes d'un auteur, « les exigences d'explication, de justification, de motivation se sont multipliées et pèsent de plus en plus sur le fond de la décision. Ce *devoir de parole* participe de la construction d'un espace plus imprégné par le droit tant il est vrai que la levée des silences conditionne

¹³¹³ V. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, n° 372. Rapp. P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 407, p. 356.

¹³¹⁴ J. Le GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, préf. de Ph. WAQUET, postface de Cl. CHETCUTI, Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 442. Rapp. R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation*, RLDC janv. 2012, n° 89, p. 91 et s., spéc. p. 91 ; F. GREAU, « Silence », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 1012 et s., spéc. p. 1017. Comp. C. TETARD, « Du droit de ne pas tout dire », *Dr. et patr. nov.* 2005, n° 142, p. 46.

¹³¹⁵ En ce sens, J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 55 et s., spéc. p. 66 : « Dans sa dimension absolue, le pouvoir est précisément caractérisé par le fait que, face à son exercice, la question du pourquoi est proprement irrecevable. Quant au contrat, les paroles ont été échangées et confrontées lors de sa conclusion de sorte que, par suite, il exerce lui aussi son emprise dans le silence. *L'hégémonisme contractuel interdit donc d'entreprendre l'interrogation du pouvoir* » (nous soulignons).

¹³¹⁶ Rapp. W. DROSS, « Rapport de synthèse », in *La motivation*, RLDC janv. 2012, n° 89, p. 97 et s., spéc. n° 6, p. 98 : « Puisque dans mon rapport à moi-même, l'arbitraire n'existe pas et que seul le libre arbitre à sa place, la motivation n'a pas de sens. [...] En revanche, la motivation sera appelée à contenir l'arbitraire toutes les fois qu'un tiers décidera à mon sujet ».

¹³¹⁷ M. GRIMALDI, « Ouverture des travaux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 1-2 : « Exposer ses motifs, c'est s'expliquer. Or, ne peut-on parfois répliquer à celui qui vous interroge : j'ai ainsi décidé ou j'agis ainsi parce que je le veux, parce que "c'est comme ça". [...] là où l'exercice du pouvoir a quelque chose de sacré [...], l'obligation de motiver, d'une certaine manière, mine l'autorité ».

la levée des arbitraires »¹³¹⁸. L'éviction de l'arbitraire par la parole facilite l'acceptation de la décision contractuelle par son destinataire¹³¹⁹. Parce qu'il n'y a, suivant l'expression de Ripert, « rien de pire que l'arbitraire »¹³²⁰, cette fonction de la motivation, consistant à contraindre l'auteur de la décision contractuelle à exposer les raisons de son action – et partant à en dévoiler la rationalité –, est déterminante. En effet, la nécessité faite à l'auteur d'une décision contractuelle de convaincre son cocontractant constitue assurément une avancée¹³²¹. Toutefois, si l'exigence de motivation contribue à lutter contre l'arbitraire du titulaire d'un pouvoir de décision, elle ne permet pas de l'écarter définitivement¹³²². D'où la possibilité, pour le destinataire de la décision contractuelle, de contester judiciairement la justification avancée par le cocontractant. Dès lors qu'il s'estime convaincu par les motifs avancés par l'auteur de la décision, le cocontractant hésitera sans doute davantage à agir en justice pour en contester le bien-fondé. La justification de la décision remplit à cet égard une fonction explicative.

268. L'étude des règles applicables au congé délivré par le bailleur permet de relever que, la motivation de la décision et l'information du contractant partagent des fonctions communes. Il résulte en ce sens d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 30 juin 2005 que la motivation du congé, acte unilatéral de rupture de la relation locative,

¹³¹⁸ J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 55 et s., spéc. p. 67 (nous soulignons). V. égal. X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé), in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 156. L'auteur lie l'exigence de motivation de la décision à un « principe de dialogue entre décideur et destinataire de la décision » (nous soulignons). Rappr. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 1262, p. 804 : « [La procéduralisation du contrat] permet surtout suivant une logique fondée sur le dialogue et l'échange d'informations, d'instaurer ou de restaurer un lieu de confiance et d'écoute garantissant, sur le fondement des principes moraux, une certaine sécurité juridique ».

¹³¹⁹ V. en ce sens s'agissant des décisions de l'employeur, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956, n° 200, p. 220 : « Dépouillé de tout arbitraire, l'exercice de l'autorité du chef d'entreprise devient plus aisément supportable au personnel » ; E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 152, p. 99 : « L'employeur doit rendre compte au salarié, indépendamment de sa qualité de justiciable, d'une décision claire, intelligible et potentiellement acceptable ». Plus généralement, W. DROSS, « Rapport de synthèse », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 97 et s., spéc. n° 4, p. 98 : « En droit, la motivation assure [...] ce rapport non arbitraire entre deux formes, l'avant et l'après de la décision ».

¹³²⁰ G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 51, p. 155.

¹³²¹ Rappr. Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, rééd., n° 53, p. 108 : « [...] c'est déjà appréciable si l'on cherche à gagner votre adhésion, si l'on cherche à vous persuader, au lieu de vous ignorer ou de vous donner des ordres, sans se préoccuper de votre avis ».

¹³²² En ce sens, s'agissant de la motivation des décisions juridictionnelles, C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 54 : « Que la motivation recourt à cette rhétorique argumentative semble donc particulièrement opportun, néanmoins la certitude d'une argumentation rationnelle n'évince pas tout risque d'arbitraire ».

permet au preneur d'avoir « une connaissance suffisamment précise et circonstanciée des griefs invoqués à son encontre »¹³²³. Il ressort de tels motifs que la motivation vise tout d'abord à communiquer à son destinataire des informations pertinentes¹³²⁴. La motivation « permet, à l'instar de l'information et de la consultation, d'atténuer l'unilatéralisme de la décision et de donner à son destinataire accès aux motifs d'une décision qui s'impose à lui. Parce que la contradiction n'est pas pleinement effective si le destinataire de la décision n'en connaît pas les motifs, la motivation en constitue le prolongement nécessaire »¹³²⁵. La conviction du destinataire du congé sera ainsi fonction de la qualité de l'information transmise¹³²⁶. Il en résulte une exigence de précision des motifs devant figurer dans l'acte de congédiement.

269. Fonction de conviction et motivation stéréotypée. – La motivation stéréotypée peut être perçue comme le recours, par son émetteur, à des motifs généraux sans réelle considération des circonstances particulières relatives aux parties¹³²⁷. En ce sens, elle s'oppose à une motivation circonstanciée. La conviction du destinataire des motifs fournis doit-elle passer par le rejet de toute motivation stéréotypée ? De prime abord, son admission paraît incompatible avec l'idée d'une motivation ayant pour fonction de convaincre son destinataire. Ainsi que le souligne M. Lagarde, « l'existence d'une motivation circonstanciée est un gage du sérieux de cette réflexion. La motivation de l'acte prend tout son sens en dehors même de la perspective d'un contentieux puisqu'elle n'a plus pour seule fonction de faciliter le contrôle *a posteriori* des motifs »¹³²⁸. Toutefois, force est

¹³²³ CA Paris, 6^e ch. B., 30 juin 2005 : *JurisData* n° 2005-275306.

¹³²⁴ Rappr. F. DOURNAUX, note sous Cass. com., 17 févr. 2021 et 3 mars 2021, *RDC* 2021, p. 8 et s. : « [...] il est de l'essence d'un acte réceptice de délivrer une information [...] ».

¹³²⁵ P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s., spéc. p. 189-190.

¹³²⁶ Sur l'exigence de motivation et de justification du congé délivré par le bailleur d'un bail d'habitation, J. LAFOND et B. VIAL-PEDROLETTI, *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 1381, p. 588.

¹³²⁷ S'agissant de l'utilisation en droit administratif de la motivation stéréotypée, S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 353. V. égal. à propos des décisions de justice, N. CAYROL, « Réflexions sur la motivation en procédure civile », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 27 et s., spéc. p. 32 : « Si l'on admet qu'il est naturel que les actes soient motivés, est-il bien naturel de toujours spécialement motiver ? Est-ce qu'il n'y a pas des cas types pour lesquels une motivation stéréotypée serait suffisante ? Dans les cas habituels à quoi bon motiver spécialement pour redire la même chose ? ».

¹³²⁸ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc. p. 83. Rappr. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, t. I, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, 1987, p. 34 : « La "force" d'un argument se mesure, dans un contexte donné, au bien-fondé des raisons ; ce bien-fondé se montre, entre autres, dans la capacité d'une expression à convaincre les participants d'une discussion, *i. e.* à motiver l'admission d'une prétention à la validité ».

d'admettre que, même circonscrite, la motivation conserve une part d'artifice dans la mesure où celle-ci intervient, dans le processus décisionnel, en aval du choix qui aura été réalisé par le contractant¹³²⁹.

270. Tel est également le cas en droit administratif où la jurisprudence exige que la décision précise les éléments de fait sur la base desquels elle a été prise, ce qui devrait en principe conduire à exclure le recours à une motivation stéréotypée¹³³⁰. Il en résulte que la production des effets de droit par la décision administrative dépend de la prise en considération de circonstances spécifiques aux parties¹³³¹. Bien qu'une telle solution soit directement suggérée par les termes de la loi du 11 juillet 1979, ne devrait-il pas en aller également de la sorte s'agissant de la motivation des actes pris par les contractants de droit privé ? La similitude des fonctions exercées par la motivation de ces derniers et celle des actes administratifs invite à y répondre positivement.

271. Quoi qu'il en soit, les motifs avancés par l'auteur d'une décision contractuelle doivent être suffisamment précis pour permettre à l'autre partie de mesurer l'opportunité d'un recours en justice. En d'autres mots, le choix du destinataire de la décision unilatérale d'élever une contestation judiciaire repose en partie sur la qualité des motifs fournis¹³³². Dans la mesure où les motifs communiqués emportent la conviction de leur destinataire, celui-ci sera plus enclin à accepter la décision unilatérale de son

¹³²⁹ En ce sens, W. DROSS, « Rapport de synthèse », in *La motivation*, RLDC janv. 2012, n° 89, p. 97 et s., spéc. n° 14, p. 100 : « Le dialogue qui se noue entre l'auteur de la décision et celui qui sera chargé d'en contrôler les motifs s'opère donc essentiellement sur le théâtre des apparences. Le processus décisionnel est trop intime pour pouvoir être réellement apprécié : on se contentera donc de contrôler si les apparences sont sauves et si l'allégeance à la norme est faite » ; J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. II, Sirey/LGDJ, 1938, p. 421 et s., spéc. n° 14, p. 427 : « [...] la sentence est d'autant mieux acceptée que le facteur humain y paraît moins prépondérant. Les apparences ont une valeur psychologique, sociale ».

¹³³⁰ CE, 24 juill. 1981, n° 31488 : « en s'abstenant de préciser les éléments de fait qui sont à la base de la mesure de police contestée, le ministre de l'intérieur n'a pas satisfait aux exigences de la loi du 11 juillet 1979 ».

¹³³¹ Comp. à propos de la motivation spéciale, C.-J. *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 79 : « [La motivation spéciale] renvoie, non à la suggestion d'une motivation concrète et utile, mais uniquement à la retranscription des critères législatifs prédéfinis. [...] Le caractère "spécial" s'entend en réalité d'un respect scrupuleux des motifs légaux, qui sont alors intégrés à la décision, et non d'une pertinence et d'une précision particulières ».

¹³³² Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 175, p. 139 : « Un fait pertinent est un fait utile pour le cocontractant, un fait pouvant l'intéresser, en ce sens qu'il permet de l'éclairer dans ses décisions et, le cas échéant, de modifier son comportement » ; L. PANHALEUX, « Le devoir d'information juridique », *Revue juridique de l'Ouest*, 1990/2, p. 125 et s., spéc. n° 1, p. 125 : « [...] le devoir d'information juridique peut être considéré comme le devoir mis à la charge d'un sujet de droit d'éclairer l'activité juridique d'un autre sujet de droit ».

cocontractant et ainsi à n'y opposer aucune résistance¹³³³. Dans une telle perspective, la motivation ne saurait être perçue comme un simple exposé des motifs d'une décision¹³³⁴. Rendue obligatoire, la communication des raisons d'agir pousse l'auteur de la décision à délibérer et à argumenter¹³³⁵.

272. Convaincre par la parole : des décisions et des mots. – Lorsqu'un contractant de droit privé prend une décision à l'égard de son cocontractant, il recourt le plus souvent à des mots. La décision se comprend à cet égard comme un discours. En effet, ce n'est qu'à titre exceptionnel que le droit privé accepte de faire produire des effets de droit au silence d'une partie au contrat¹³³⁶. Peu importe le contenu et le sens de la décision prise par le contractant, son choix s'exprimera généralement à travers un énoncé adressé au destinataire¹³³⁷. La décision contractuelle unilatérale traduit donc une situation de communication intersubjective dans laquelle les parties, en qualité de sujets parlants, constituent les participants¹³³⁸. Selon les termes de M. Habermas, « c'est dans le discours argumentatif que des participants différents surmontent la subjectivité initiale de leurs

¹³³³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2003, V^o « Conviction », p. 190 : « [...] nous proposons de désigner par conviction l'adhésion de l'esprit suffisante pour déterminer et décider l'action [...] » (nous soulignons). V. égal. Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, rééd., n^o 51, p. 106 : « [...] il y a lieu de fournir les raisons du choix pour obtenir l'adhésion à la solution proposée, et l'étude des arguments relève de la rhétorique » ; F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n^o 16, p. 9 : « La justification sera définie comme l'obligation de soumettre les raisons d'agir à l'appréciation d'un for externe, c'est-à-dire l'obligation d'argumenter en faveur de la légitimité d'un choix ».

¹³³⁴ R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation*, RLDC janv. 2012, n^o 89, p. 91 et s., spéc. p. 91 : « La motivation se caractérise [...] par un double élément : la justification et l'extériorisation de cette justification ». V. égal. sur la motivation conçue tantôt comme l'exposé des motifs qui fondent une décision, tantôt comme la relation qu'entretient un acte avec les motifs qui l'expliquent ou le justifient, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, V^o « Motivation », p. 658.

¹³³⁵ Rapp. Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, rééd., n^o 52, p. 107 : « On argumente aussi avec soi-même, dans une délibération intime ».

¹³³⁶ Par exemple, l'article L. 112-2, alinéa 5 du Code des assurances prévoit qu'« est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue ».

¹³³⁷ V. D. SISTACH, « Mots, langues, langages et droit, Essai de relecture des concepts juridiques essentiels », in ELSA MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères, Concepts, problèmes d'application, perspectives*, Presses universitaires de Perpignan, 2000, p. 14 et s., spéc. n^o 14, p. 19 : « L'acte juridique est un langage rigide saisissant la matérialité des choses existantes et imposant des certitudes, tout comme il peut être un langage flou, imprécis et interprétable pour ce qui relève des concepts justificatifs et des idées génériques ».

¹³³⁸ Sur la communication comme échange verbal intersubjectif entre sujets parlants, J. DUBOIS, M. GIACOMO, L. GUESPIN, Ch. MARCELLESI, J.-B MARCELLESI et J.-P. MEVEL, *Dictionnaire de linguistique*, Librairie Larousse, 1973, V^o « Communication », p. 96 et s., spéc. p. 96. Rapp. C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 51 : « [...] n'arrive dans la sphère juridique que des personnes considérées comme éduquées et instruites, pensantes, c'est-à-dire capables de comprendre et d'assimiler... de contester le cas échéant ».

conceptions, et s'assurent à la fois de l'unité du monde objectif et de l'intersubjectivité de leur contexte de vie grâce à la *communauté de conviction rationnellement motivée* »¹³³⁹. Par où il apparaît que « la décision constitue un pôle commun du droit et de la psychologie cognitive. Celui-ci s'articule – en sa qualité de point de contact – autour des mots du droit et de ceux de la psychologie cognitive »¹³⁴⁰. Il n'est dès lors pas surprenant que la question de la motivation des décisions contractuelles soit avant tout celle de la pertinence des mots employés par celui qui en a la charge¹³⁴¹. Ces mots sont d'importance puisque c'est de leur pertinence que va découler la force contraignante de l'acte qui les porte. Suivant la formule de Mme Puigelier, « les mots peuvent emporter des conséquences considérables sur la légalité ou non d'un événement, la responsabilité ou non d'une personne, la culpabilité ou non de celle-ci »¹³⁴².

273. Adhésion du destinataire et autorité de l'auteur de la décision. – Dans sa fonction de conviction, laquelle débouche sur une pédagogie de la décision, la motivation exerce assurément une influence sur les caractères du pouvoir décisionnel lui-même¹³⁴³. En effet, la motivation des décisions contractuelles, surtout lorsqu'elle intervient en l'absence de toute contestation judiciaire, cherche à emporter l'adhésion de ceux qui en constituent les destinataires. De la sorte, le pouvoir unilatéral ne se présente plus seulement comme une contrainte, mais se pare également d'une autorité¹³⁴⁴. Dans cette perspective,

¹³³⁹ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, t. I, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, 1987, p. 27 (nous soulignons).

¹³⁴⁰ C. PUIGELIER, « Les mots de la décision en droit et en psychologie cognitive », in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS (dir.), *Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare et Martin, 2007, p. 93 et s., spéc. p. 93.

¹³⁴¹ Rappr. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, n° 46, p. 209 : « [...] le caractère juridique du discours pourrait tenir, pour l'essentiel, aux sujets de la communication, primordialement à la personnalité de celui qui parle (avocat, législateur, juge), au vocabulaire qu'il emploie et au style dont il use (tournures, présentation, etc.) ». V. sur l'idée d'une « politesse des formes », N. CAYROL, « Réflexions sur la motivation en procédure civile », *RDA* déc. 2019, p. 27 et s., spéc. p. 31 : « Ce que nous appelons “politesse de la motivation”, c'est la politesse des formes que doivent observer les actes de procédure, standard de civilité qui tend à l'apaisement de la vigueur du conflit par l'emploi de mots et de formules appropriées ».

¹³⁴² C. PUIGELIER, « Les mots de la décision en droit et en psychologie cognitive », in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS (dir.), *Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare et Martin, 2007, p. 93 et s., spéc. p. 95.

¹³⁴³ V. par exemple s'agissant de la motivation du pouvoir patronal, E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008, n° 143, p. 94 : « Réhabilitée dans sa fonction “pédagogique”, l'exigence juridique et éthique de motivation vise à contraindre l'employeur, indépendamment du procès, à dévoiler la teneur d'une décision qui pour être discrétionnaire ne saurait être arbitraire ». Dans le même sens à propos du pouvoir du juge, M.-L. MATHIEU, « Le contrôle de la motivation », in *La motivation, RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 87 et s., spéc. p. 87.

¹³⁴⁴ Rappr. E. JEULAND, « Motivation », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 911 et s., spéc. p. 913 : « la motivation peut asseoir l'autorité en lui apportant une légitimité. La décision sera en effet d'autant mieux admise qu'elle sera convaincante ».

la référence à l'idée d'autorité tend moins à désigner le pouvoir détenu sur autrui que l'expression de la confiance dont bénéficie celui à qui elle est reconnue¹³⁴⁵. L'exercice du pouvoir décisionnel par le contractant devient ainsi contrainte intériorisée pour son destinataire. De manière générale, « la norme juridique, dans une conception “postmoderne”, se devrait d'être assouplie par la recherche d'une intériorisation de la contrainte »¹³⁴⁶. Elle déboucherait ainsi sur un raisonnement de conviction plutôt que sur un raisonnement d'autorité¹³⁴⁷. Contrairement au premier, le second se passe nettement d'explication¹³⁴⁸. La fonction pédagogique assignée à la justification est d'autant plus importante que la décision contractuelle unilatérale a pour elle « la force du fait accompli »¹³⁴⁹. Les articles 1164 et 1165 du Code civil illustrent parfaitement cette nécessité de convaincre le cocontractant du bien-fondé de l'action unilatérale. Ainsi, si ces textes reconnaissent la possibilité, dans certains contrats, d'une fixation unilatérale du prix, c'est à la condition, pour son auteur, d'en motiver le montant en cas de contestation¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 4^e éd., PUF, 1994, V^o « Autorité », p. 32 et s., spéc. p. 32 : « On parle de l'autorité d'une personne, d'une institution, d'un message, pour signifier qu'on leur fait confiance, qu'on accueille leur avis, leur suggestion, ou leur injonction, avec respect, faveur, ou du moins sans hostilité ni résistance, et qu'on est disposé à y différer. L'autorité est donc une relation qu'il faut analyser du point de vue de celui (la personne ou l'institution) qui émet le message ou le commandement, et du point de vue de celui qui le reçoit ». V. égal. W. DROSS, « Rapport de synthèse », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n^o 89, p. 97 et s., spéc. n^o 10, p. 101 : « L'autorité est une reconnaissance, un aveu par le corps social d'une sagesse. [...] Cette soumission à l'exercice de la motivation est la condition d'une autorité qui ne se décrète pas mais s'acquiert ».

¹³⁴⁶ L. GRYNBAUM, « La contrainte, garantie de l'accès au droit », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, *Economica*, 2007, p. 3 et s., spéc. p. 13. Rapp. S. PELLE, « Quels nouveaux paradigmes pour le droit de demain ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 857 et s., spéc. n^o 18 : « Tous ces éléments dessinent le visage d'un droit moins autoritaire au profit d'un ensemble plus incitatif qui cherche à convaincre du bien-fondé et de l'équilibre de la solution juridique ».

¹³⁴⁷ Sur cette sorte de raisonnement, C. PUIGELIER, « Le raisonnement d'autorité en droit privé », in *Le pluralisme*, *APD* 2005, t. 49, p. 337 et s., spéc. n^o 5, p. 341 : « La forme du discours utilisé par l'émetteur est révélatrice du raisonnement d'autorité : il fait appel à la simple affirmation ».

¹³⁴⁸ V. à propos de la décision judiciaire, C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 51 : « L'individu ne saurait [...] se satisfaire d'un jugement d'autorité. Il s'agit plutôt pour la justice d'adresser un raisonnement construit en vue de l'intériorisation de la norme individualisée dans son contenu et sa portée. L'adhésion du sujet n'en sera que meilleure, évitant des réticences d'exécution et un recours colérique ».

¹³⁴⁹ V. en ce sens à propos des sanctions unilatérales consacrées par la réforme du droit des contrats, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 113 et s., spéc. n^o 10, p. 116. V. égal. D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n^o 19, p. 34 et s., spéc. n^o 9, p. 39.

¹³⁵⁰ DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 313 : « Même s'il faut se montrer prudent sur la mise en application de ce mécanisme inédit, on peut imaginer que celui qui n'aura pas motivé sa décision – pire encore celui qui n'aura pas répondu à la contestation du débiteur – risquera de voir peser sur lui une présomption d'abus, serait-ce une simple présomption de fait ». Comp. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n^o 419, p. 364 : « Y a-t-il un renversement de la charge de la preuve ? Sans doute pas. Le risque de la preuve est toujours supporté par celui qui prétend avoir été victime d'un prix abusif. Toutefois, l'existence de cette motivation lui permettra d'apprécier, selon la solidité des arguments avancés, l'opportunité d'engager des poursuites ».

274. La fonction pédagogique qu'il est possible d'attribuer à la justification des décisions contractuelles individuelles fait inéluctablement écho aux bénéfices attendus de la motivation des décisions judiciaires. Selon le mot de M. Molfessis, « le droit et le jugement doivent être une *pédagogie de la décision*, permettant au justiciable de comprendre le jugement sans en être exclu. Nul ne l'ignore : il ne suffit pas que la justice soit rendue ; encore faut-il qu'elle l'ait été en apparence »¹³⁵¹.

275. **Pédagogie de la décision et moment de la motivation.** – Reconnaître à la motivation une fonction pédagogique ne conduit-il pas à exclure la possibilité pour un contractant de faire connaître ses motifs postérieurement à la décision ? Le législateur encourage dans plusieurs cas la communication des motifs de la décision antérieurement à son édicition. Ainsi, l'article L. 312-91 du Code de la consommation reconnaît au prêteur la faculté, si le contrat de crédit le prévoit, de résilier l'autorisation de découvert à durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois ou encore de résilier sans préavis en cas de motif légitime. Dans ce dernier cas, le prêteur doit communiquer le motif à l'emprunteur, « si possible avant la résiliation ».

276. Le plus souvent, la motivation sera concomitante à la notification de l'acte matérialisant la décision du cocontractant¹³⁵². S'agissant par exemple de la résolution unilatérale par notification, l'article 1226, alinéa 3, du Code civil prévoit que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent »¹³⁵³. Toutefois, l'urgence ne serait-elles pas de nature à décaler, lorsqu'elle

¹³⁵¹ N. MOLFESSIS, « La perception commune du droit », in F. TERRE (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p. 63 et s., spéc. n° 19, p. 75 (nous soulignons). Rapp. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préf. de P. WEIL, LGDJ, 1980, n° 66, p. 58 : « Le juge est donc condamné à l'argumentation, pour convaincre et peut-être aussi pour se convaincre, pour rendre sa décision acceptable et en même temps pour y parvenir » ; C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 46 : « [...] les décisions doivent être acceptées et intériorisées par l'individu : elles puisent alors leur force dans cet acquiescement. Leur présentation doit donc répondre à cette finalité : la réside la vertu pédagogique de la justice ».

¹³⁵² V. en droit administratif sur le moment de la motivation, P. IDOUX, « La motivation des actes administratifs », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 94 et s., spéc. p. 97 : « [...] sauf texte contraire, ces conditions quant à la teneur de la motivation doivent être réunies au plus tard au moment de la notification de l'acte, ce qui exclut en principe la régularisation ultérieure, sauf dans l'hypothèse d'une décision implicite ».

¹³⁵³ Sur les questions d'ordre probatoire laissées en suspens par l'article 1226 du Code civil, J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ,

ne l'exclut pas, le moment de la motivation de sorte qu'elle pourrait intervenir *ex post* ? Il résulte d'une décision rendue le 7 avril 2010 par la Cour de cassation que les motifs de l'auteur de la rupture pourraient être énoncés non seulement antérieurement à l'acte de rupture mais encore sur un document autre que celui formalisant cette rupture¹³⁵⁴. Ainsi que l'a écrit l'un des annotateurs de l'arrêt, « les juges du fond sont censurés non parce qu'ils soumettent la légitimité de la rupture unilatérale pour manquement grave à une exigence de motivation, mais parce qu'ils n'ont pas convenablement recherché si l'auteur de la rupture s'était acquitté de cette obligation de motiver »¹³⁵⁵.

277. Il arrive enfin que l'élévation d'une contestation par le destinataire d'une décision contractuelle constitue l'élément déclencheur d'une exigence de motivation¹³⁵⁶. Une telle obligation de motivation n'existe finalement qu'en puissance en l'absence de toute contestation. C'est par exemple à ce titre que l'article 1164, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que « 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 »¹³⁵⁷.

278. La motivation de la décision n'a donc pas systématiquement à intervenir de manière concomitante ou antérieure à la prise de décision ce qui permet de ne pas entraver trop fortement l'action des contractants. Ainsi, pour l'exercice de certaines prérogatives unilatérales, les motifs peuvent être communiqués postérieurement à la décision¹³⁵⁸. Afin

2020, n° 538, p. 410 : « Toute la question est alors de savoir si, afin de prouver l'inexécution suffisamment grave de son débiteur, le créancier est tenu par les motifs initiaux qu'il a énoncé [...] ».

¹³⁵⁴ Cass. com., 7 avr. 2010, n° 06-15.590 (NP), *RDC* 2010, p. 1213, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2010, p. 324, obs. B. FAGES.

¹³⁵⁵ D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 7 avr. 2010, *RDC* 2010, p. 1213 et s.

¹³⁵⁶ Rappr. L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Dr. et patr.* 2004, n° 126, p. 64 : « Le dialogue est rendu possible par le délai, par la notification, par la motivation. Le mûrissement permet l'objectivation de la décision. Le fait d'être obligé d'écrire les motifs est un autocontrôle de la pertinence de ceux-ci ; lequel précède éventuellement un contrôle par le juge ou l'arbitre, en cas de contestation ».

¹³⁵⁷ V. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 313 : « Le pouvoir de fixer unilatéralement le prix dans les contrats cadre n'est pas accordé par le texte sans quelques précautions. La première d'entre elles est l'obligation de motivation du prix en cas de contestation du débiteur » ; D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 19, p. 42 : « La motivation n'est en ces cas nullement décisive : elle est facultative, du moins en l'absence de contestation. Cette motivation n'équivaut pas, par ailleurs, à une "justification" du prix : elle tend seulement à expliquer les raisons qui fondent la décision. Elle permet ainsi tout au plus d'éclairer la partie contestataire et de faciliter le contrôle de l'éventuel abus ».

¹³⁵⁸ V. de manière générale, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. n° 20,

d'opérer une séparation entre ces divers moments à l'occasion desquels la motivation est susceptible d'intervenir, un auteur propose de distinguer la « motivation décisive » de la « motivation impulsive »¹³⁵⁹. Alors que la première « constitue le support nécessaire d'une décision dont elle détermine les effets » la seconde se présente quant à elle comme « une simple expression *a posteriori* des motifs »¹³⁶⁰. Par ailleurs, pour qualifier les exigences de motivation qui ne se déclenchent qu'en présence d'une contestation de la part du destinataire, l'idée d'une « obligation de motivation au “second degré” » a été avancée¹³⁶¹. Tel est le cas de l'exigence de motivation *a posteriori* de la fixation unilatérale du prix qui se trouve subordonnée à l'élévation d'une contestation. La proximité temporelle entre la décision et l'expression des motifs assure sans doute mieux la « vertu pédagogique » de la motivation.

279. Fonctions de la motivation et motivation *a posteriori*. – Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 juillet 2002 rend compte des différentes fonctions susceptibles d'être assignées à l'encadrement des motifs d'exercice d'un droit. En effet, la Haute juridiction a estimé, à propos d'un contrat de concession, que la cour d'appel a pu déduire de la clause d'agrément litigieuse que « le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, *pour éviter tout arbitraire*, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels »¹³⁶². La nécessité faite au concédant de justifier le refus d'agrément a, selon la Haute juridiction, pour ambition d'écartier tout risque d'arbitraire. Si l'obligation de motivation de la décision tirait sa force de la stipulation litigieuse, les fonctions qui lui sont attribuées sont celles classiquement dévolues à la motivation d'un acte. Par ailleurs, pour retenir que le refus d'agrément était

p. 324-325 : « [...] le contractant n'a pas nécessairement à exprimer ses raisons au moment où il agit. Le contrôle peut ne se faire qu'*a posteriori*, au cas où un litige serait porté devant le juge ».

¹³⁵⁹ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s.

¹³⁶⁰ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 4 et 5, p. 37.

¹³⁶¹ J. ROCHFELD, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 210, p. 844 et s., spéc. p. 850. Rapp. J.-F. HAMELIN, « L'exercice des pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514 et s., spéc. p. 518.

¹³⁶² Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685 (nous soulignons) : *Bull. civ. IV*, n° 113 : *D.* 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; *ibid.* p. 2426, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.*, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2003, p. 50, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *ibid.* p. 152, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. V. de manière critique, M. BEHAR-TOUCHAIS, obs. sous Cass. com., 2 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 152 et s. : « Mais outre le fait qu'un contrôle de la motivation des ruptures serait excessivement lourd pour les tribunaux, il est loin d'être sûr qu'il soit opportun, sauf si l'on veut tuer économiquement ce type de contrat de distribution ! ».

en l'espèce abusif, la cour d'appel avait relevé que la motivation de la décision était intervenue en cours d'instance, c'est-à-dire *a posteriori*, et ne permettait donc pas de justifier un refus qui devait s'apprécier au moment de la présentation du repreneur. La Cour de cassation censure la décision attaquée au visa de l'ancien article 1382 [devenu 1240] du Code civil en jugeant qu'« en se déterminant ainsi, sans vérifier si les motifs avancés, *même tardivement*, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹³⁶³. Il en résulte que le concédant n'a pas nécessairement à faire connaître ses motifs au moment de la décision de refus mais peut les communiquer *ex post*¹³⁶⁴. Une telle solution ôte-t-elle tout intérêt à l'exigence de justification de la décision ? Tel ne semble pas être le cas. En effet, si la possibilité de communiquer les motifs en cours d'instance place son destinataire dans une situation où celui-ci n'est plus en mesure d'apprécier l'opportunité d'un recours judiciaire, la motivation conserve néanmoins un intérêt. Elle permet, comme l'indiquent expressément les termes mêmes de la décision, de limiter le risque d'arbitraire de l'auteur de la décision. Toutefois, ne pas imposer la communication des motifs concomitamment ou antérieurement à la prise de décision conduit à affaiblir l'une des principales utilités de la motivation qui est de convaincre le destinataire du bien-fondé de la décision¹³⁶⁵. Le moment de la motivation exerce par conséquent une influence sur l'appréciation de la qualité de celle-ci.

280. Admettre une motivation *ex post* d'une décision contractuelle réduit la fonction pédagogique qu'elle est destinée remplir. Une telle motivation exprimée postérieurement à la prise de décision n'est néanmoins pas dépourvue de toute visée pédagogique dès lors qu'elle intervient avant toute contestation judiciaire. Dans une telle

¹³⁶³ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685 (nous soulignons) : *Bull. civ.* IV, n° 113 : *D.* 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; *ibid.* p. 2426, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.*, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2003, p. 50, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *ibid.* p. 152, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹³⁶⁴ V. égal. 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 et s., spéc. n° 4, p. 583 : « L'exigence de motivation (directement déduite des engagements expressément pris par le concédant quant à l'examen de la demande d'agrément) ne s'entendait donc pas de leur nécessaire édicition au moment de la décision unilatérale, et lui seul ».

¹³⁶⁵ Même lorsque la communication des motifs intervient postérieurement à l'acte, il demeure envisageable de parler de motivation à condition que celle-ci soit entendue dans un sens large. V. 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 et s., spéc. p. 580 : « En droit, dans une large appréhension, la motivation recouvre toutes présentations et reconstitutions des motifs de faits et d'actes juridiques. [...] Dans un sens plus étroit, la motivation s'étendra des situations de concomitance imposée entre la communication (plus ou moins formalisée) des motifs et la notification de l'acte qu'ils fondent ».

perspective, la motivation paraît susceptible de remplir son rôle de conviction du contractant, autrement dit de l'interlocuteur, puisqu'il s'agit d'un acte de communication entre sujets parlants¹³⁶⁶. Le droit bancaire en fournit une illustration à travers l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Si le texte n'exige pas que le banquier invoque le motif de la décision dans la lettre de notification de la rupture de ses concours¹³⁶⁷, il met désormais à sa charge une obligation de fournir ses motifs à l'entreprise concernée qui en fait la demande¹³⁶⁸.

281. La motivation en vue d'un contrôle. – Si la motivation d'une décision contractuelle présente un intérêt en dehors même de la perspective d'un contentieux¹³⁶⁹, la survenance d'un litige permet de révéler d'autres fonctions pouvant être associées à ce mécanisme¹³⁷⁰. Tout d'abord, la motivation de la décision permet à son destinataire d'évaluer l'opportunité d'une action judiciaire. Dès lors que les motifs avancés ne parviennent pas à le convaincre, il sera enclin à en contester la légitimité devant un juge. Au contraire, lorsqu'elle apparaîtra suffisamment convaincante, la communication des motifs pourra dissuader son destinataire d'agir en justice¹³⁷¹. Il apparaît ensuite que l'exigence de motivation facilite indéniablement le contrôle juridictionnel qui sera réalisé de la décision contestée dans la mesure où elle circonscrit en principe les termes du débat judiciaire. Ainsi,

¹³⁶⁶ Rappr. L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 et s., spéc. p. 556 : « [...] motiver, c'est parler, expliquer ; partant 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 » ; Rappr. Th. GENICON, « Nouvelles notions et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625 et s., spéc. n° 9 : « [...] lorsque l'émetteur parle il doit absolument intégrer par avance la façon dont le message va être reçu par les destinataires, afin d'élaborer son message en tenant compte de cette réception à venir ».

¹³⁶⁷ Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-12.199 (NP).

¹³⁶⁸ Il résulte notamment de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier que « dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit ou la société de financement fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées ».

¹³⁶⁹ V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n° 416, p. 341. Selon l'auteur, l'obligation de motivation constitue « une exigence non contentieuse et doit être conçue, au moins d'un point de vue intellectuel, comme indépendante de l'appréciation juridictionnelle de la valeur des motifs énoncée par l'auteur de l'acte ».

¹³⁷⁰ Sur les différentes fonctions de la motivation, Ch. ALBIGES, « Rapport introductif », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 63 et s., spéc. p. 64. V. égal. sur la distinction entre la « motivation de conviction » et la « motivation en vue d'un contrôle » à propos de la motivation des lois, Ch. HUGON, « La motivation des lois », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 65 et s.

¹³⁷¹ V. en ce sens, S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349 et s., spéc. p. 353 : « [...] la force de conviction rationnelle qui émane d'une juste motivation pourrait [...] décourager le requérant d'entreprendre une action inutile. En outre, sur le plan non contentieux de son application, cette force de conviction rationnelle est aussi nécessaire à l'efficacité d'un acte que son autorité juridique ».

« le droit à la motivation, s'il existe ce n'est pas seulement le droit de savoir, c'est aussi l'amorce du droit de contester »¹³⁷².

282. Conclusion de la section. – Lorsqu'elle conditionne l'exercice d'un droit, l'obligation de motivation contraint son titulaire à sortir du silence et à exposer les raisons de son action. Ce passage du « silence à la parole » traduit le passage du discrétionnaire au finalisé en même temps qu'une rationalisation des décisions contractuelles¹³⁷³. La nécessité pour le contractant d'argumenter en faveur de ses choix contribue à éloigner l'arbitraire du titulaire du pouvoir et révèle en même temps la fonction pédagogique de la motivation. En effet, la communication des raisons ayant conduit à la décision débouche sur une recherche de la conviction de son destinataire¹³⁷⁴. Ainsi, le caractère circonstancié de la motivation facilite sans doute l'adhésion du cocontractant qui en est le destinataire. L'absence de pertinence des motifs fournis favorise incontestablement la chicane. En présence d'une contestation, ces motifs constitueront la base d'un contrôle judiciaire de leur bien-fondé¹³⁷⁵.

283. Conclusion du chapitre. – En définitive, si l'exigence de justes motifs affaiblit *a priori* la présomption de légitimité attachée à l'exercice d'un droit, elle peut, non sans paradoxe, contribuer à en renforcer *a posteriori* la légitimité¹³⁷⁶. Dès lors que le débiteur de l'obligation de justification réussit l'épreuve de justification, à laquelle il se

¹³⁷² M. GRIMALDI, « Ouverture des travaux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Colloque Limoges 1998, LGDJ, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 2. V. dans le même sens, E. JEULAND, « Motivation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 911 et s., spéc. p. 912. Rapp. à propos de l'instauration par le législateur de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890, spéc. n° 2 : « [...] il s'agissait de permettre au salarié, soit dit en passant au destinataire de l'acte et non plus à son auteur, de dénoncer le licenciement injustifié, en un mot de faciliter la contestation plutôt que de la contenir ».

¹³⁷³ Rapp. G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAIN, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25 et s., spéc. n° 1. Évoquant un « accroissement des exigences de rationalisation », l'auteur estime que « le titulaire d'un pouvoir doit faire la preuve de cohérence dans les choix qu'il effectue et peut être appelé à les justifier en cas de contestation. Il doit donc se conformer à certaines exigences qui font sortir la décision de l'ère de la "discrétionnarité" ».

¹³⁷⁴ C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 106 : « Parce que la confrontation à la contrainte ne débouche pas inéluctablement sur une révolte, l'acceptation de celle-ci est envisageable ».

¹³⁷⁵ Rapp. F. DOURNAUX, note sous Cass. com., 17 févr. 2021 et 3 mars 2021, *RDC* 2021, p. 8 et s. : « [...] ce n'est tant la motivation formelle qui est contrôlée que le bien-fondé substantiel de la résolution décidée ».

¹³⁷⁶ Rapp. à propos du contrôle judiciaire de l'exclusion d'un associé d'une société, M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397 et s., spéc. n° 30 : « [...] la jurisprudence renforce incontestablement le pouvoir privé d'organisation. En effet, elle lui donne une légitimité très solide en le contrôlant et en le limitant selon les mêmes techniques utilisées pour légitimer le pouvoir de l'autorité publique par l'institution d'un cadre précis conforme à la finalité de ce pouvoir ».

trouve soumis en cas de contestation de sa décision, son pouvoir en ressort consolidé parce que devenu juridiquement incontestable¹³⁷⁷. Dans cette perspective, l'instauration d'une exigence de justification se présente comme une technique de légitimation du pouvoir. L'exigence de justification témoigne de la recherche d'une certaine adhésion de celui qui en constitue le destinataire, mettant ainsi en lumière une fonction pédagogique de celle-ci.

284. Conclusion du titre. – Alors que la restriction des finalités pouvant être légitimement poursuivies par le contractant modère de prime abord le pouvoir de volonté qui lui est reconnu, elle en fournit également une justification. Tout en ouvrant la voie à un contrôle du bien-fondé des décisions contractuelles, l'obligation de se justifier permet d'asseoir la reconnaissance de prérogatives unilatérales au sein des rapports contractuels¹³⁷⁸. D'une certaine manière, il est ainsi possible de dire que les pouvoirs unilatéraux reconnus aux contractants de droit privé s'appuient sur l'idée d'habilitation qui, tout en soumettant le pouvoir à un exercice finalisé, vient en fonder la légitimité dès lors que l'usage du droit est effectivement conforme aux finalités en vue desquelles il a été institué¹³⁷⁹. La contrainte résultant de l'exercice du pouvoir contractuel unilatéral n'a pas à recueillir le consentement de la personne qui s'y trouve assujettie afin de produire ses effets. Le pouvoir unilatéral de décision ne peut véritablement trouver son fondement dans

¹³⁷⁷ Rappr. Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. de Th. REVET, Litec, 1998, n° 434, p. 276. L'auteur relève que le contrôle de légalité d'un acte réglementaire de droit privé « permet de vérifier l'adéquation de l'exercice du pouvoir avec les conditions que la convention qui l'autorise impose. Ce contrôle confirme, ou infirme, la présomption de légalité dont bénéficie initialement l'acte réglementaire de droit privé ». V. égal. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004, n° 8, p. 4 : « [La justification] confère à celui qui agit non seulement l'impunité, mais aussi la légitimité, la reconnaissance de la conformité de son action avec le droit. Celui qui commet un acte justifié accomplit un acte licite qui ne saurait être blâmé ».

¹³⁷⁸ Il suffit de constater en ce sens que la finalisation du droit de l'employeur n'a pas conduit à l'éviction de la subordination juridique. V. ainsi, N. FERRE, « Les travailleurs dans le Code civil », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 123 et s., spéc. p. 126-127 : « [...] on ne saurait [...] ignorer l'ambivalence du droit du travail. C'est à la fois un droit de protection et de légitimation de l'exploitation en ce sens qu'il n'a jamais heurté de plein fouet le système économique qui est le nôtre ». Comp. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209 et s. : « À trop chercher à encadrer les droits potestatifs pour ne pas qu'ils effraient, ne perd-on pas la spécificité de ces droits ? [...] Les droits potestatifs n'auraient-ils pas dû rester des droits discrétionnaires ? N'y a-t-il pas un non-sens à vouloir faire de ces droits – qui impliquent une sujétion – des droits finalisés ? ».

¹³⁷⁹ Rappr. à propos de l'acte réglementaire de droit privé pris par une autorité dont le pouvoir procède d'une habilitation donnée par les membres de la collectivité d'édicter un acte en vue d'une fin déterminée, Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. de Th. REVET, Litec, 1998, n° 337, p. 213-214 : « L'écran de l'habilitation, qu'il soit conventionnel ou législatif, fait [...] présumer un exercice régulier des prérogatives reconnues à l'autorité en charge du groupement ». L'auteur relève plus loin que « l'acte réglementaire de droit privé est doté d'une présomption immédiate de légalité que, seul, le juge peut renverser » (*ibid.*, n° 536, p. 363).

la volonté de celui à l'égard de qui il s'exerce¹³⁸⁰. La légitimation du pouvoir unilatéral attribué à l'un des contractants doit donc s'appuyer sur d'autres mécanismes¹³⁸¹. De ce point de vue, la rationalisation des décisions, qui traduit un certain recul de l'autonomie de la rationalité du contractant dans l'exercice de ses prérogatives, ne saurait uniquement être perçue comme un garde-fou à l'action du contractant. En outre, elle conforte l'autorité du pouvoir unilatéral dès lors que son titulaire parvient à faire la démonstration du bien-fondé de son usage.

¹³⁸⁰ Comp. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. de D. DEROUSSIN, rééd., Dalloz, 2005, n° 26, p. 236 : « On veut pouvoir invoquer la volonté de celui contre qui on exerce un droit pour fonder celui-ci. Et c'est ainsi que la doctrine n'hésite pas à mettre des volontés tacites ou présumées à la base de la plupart des institutions, pour les légitimer [...] » ; L. AYNES, « La contrainte en droit des contrats », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 35 et s., spéc. n° 3, p. 36 : « On peut voir dans le contrat une manière de civiliser, d'humaniser la force en la faisant surgir de la volonté. [...] C'est le despotisme, la force irrationnelle et abstraite qu'il faut combattre. Mais pas la contrainte. Celle-ci n'est pas contraire à la dignité de l'homme, dès lors qu'elle est consentie ».

¹³⁸¹ Rappr. Ch. RADE, « La contrainte en droit du travail », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 83 et s., spéc. n° 1, p. 83 : « La contrainte n'est donc admissible que si elle est *légitime* ; elle doit sinon être combattue parce qu'elle nie la liberté, ce "droit naturel et imprescriptible" de l'homme qu'il est du devoir sacré de la Nation de garantir » ; M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 16 : « Le consentement et le contrat ne suffisent en réalité pas à garantir la liberté, et ils en sont même parfois les fossoyeurs ; à l'inverse, l'interdit ou la dignité n'en sont pas toujours les ennemis ».

TITRE 2 : L'INFLUENCE SUR L'ÉQUILIBRE DU CONTRAT : LE REEQUILIBRAGE DES POUVOIRS

« À vrai dire, il est bien inutile de se demander si la liberté est naturelle, puisqu'on ne peut tenir aucun être en servitude sans lui faire tort : il n'y a rien au monde de plus contraire à la nature, toute raisonnable, que l'injustice. La liberté est donc naturelle ; c'est pourquoi, à mon avis, nous ne sommes pas seulement nés avec elle, mais aussi avec la passion de la défendre »¹³⁸².

285. L'influence que la finalisation des droits exerce sur l'équilibre en pouvoirs du contrat se manifeste à la fois dans les règles régissant les contrats en considération de la qualité des parties qui les concluent et celles qui régissent la validité de stipulations contractuelles au regard de leurs effets potentiels ou avérés sur l'équilibre du contrat. Dans une perspective de rééquilibrage du contrat, le premier type de protection s'attache aux catégories de contractants¹³⁸³, tandis que le second conduit à un examen des clauses contractuelles¹³⁸⁴. Si la considération de la qualité des parties n'est pas totalement exclue des dispositions qui se rattachent à ce second *corpus* de règles visant à un rééquilibrage du contrat elle ne figure plus dans ce cas au premier plan¹³⁸⁵. Les différents dispositifs prévoyant la sanction des clauses abusives sont à cet égard caractéristiques¹³⁸⁶. Bien que le

¹³⁸² É. DE LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, 1576.

¹³⁸³ Sur une telle protection catégorielle, R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785 et s., spéc. n° 11, p. 793 ; C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 338, p. 174 ; Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1169, p. 1190.

¹³⁸⁴ Distinguant ces deux types de protection, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR WATT, LGDJ, 2000, note de bas de page 1, p. 12 : « Les solutions proposées varient en fonction de la qualité du contractant ou du type de clause concerné ».

¹³⁸⁵ Rappr. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, n° 459, p. 234 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR WATT, LGDJ, 2000, n° 174, p. 83 : « L'inégalité des parties devrait, au contraire, être tenue pour indifférente ; en pareil cas, seul le défaut d'équivalence des droits et des obligations devrait être envisagé ».

¹³⁸⁶ Rappr. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615 et s., spéc. n° 27, p. 634 : « Une autre approche est celle de la réglementation des clauses abusives. La technique est à la fois plus générale et plus particulière. Elle est plus générale, car elle s'adresse à tout contrat, alors que les réglementations impératives

rééquilibrage du contrat en pouvoirs, auquel tend la finalisation des droits, sera parfois directement dicté par l'inégalité des parties¹³⁸⁷, il n'en ira pas toujours de la sorte. En d'autres termes, l'exigence de justification constitue un instrument pouvant être utilisé aussi bien à propos de déséquilibres structurels que de déséquilibres plus ponctuels¹³⁸⁸. Ainsi, l'encadrement positif des motifs d'exercice des droits relève à la fois d'une conception objective de l'équilibre, relative à la balance des droits et obligations, et d'une conception plus subjective de celui-ci, guidée par l'existence d'inégalités contractuelles¹³⁸⁹. L'idée sous-jacente est toujours la même : « Tout titulaire d'un pouvoir unilatéral, qu'il soit juridiquement consacré ou purement factuel, étant inexorablement enclin à en abuser, les contrats conclus alors que l'un des contractants est investi d'une telle *potestas* ne peuvent pas, dans l'ordre de leur contenu, être traités comme si celui-ci était le fruit de l'œuvre commune des contractants »¹³⁹⁰. Le constat de contrats marqués par une forte inégalité contractuelle ne contredit pas la présence de certains contrats égalitaires¹³⁹¹. Néanmoins, les parties sont rarement sur un pied d'égalité dans le rapport contractuel, ce qui appelle un traitement légal afin d'éviter que le contractant en situation de force n'abuse arbitrairement de ses prérogatives unilatérales. En décidant de prendre en compte les rapports de force dans l'élaboration des règles régissant les contrats, le législateur fait

sont spécifiques à certains contrats. Elle est plus particulière, dans la mesure où elle vise des clauses, non des contrats dans leur ensemble ».

¹³⁸⁷ V. sur les rapports entre égalité des parties et équilibre du contrat, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. n° 29.

¹³⁸⁸ Pour une distinction entre le « déséquilibre d'une clause » et le « déséquilibre de l'ensemble contractuel », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR WATT, LGDJ, 2000, p. 8 et s.

¹³⁸⁹ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, n° 785, p. 418-419 : « [...] l'essentiel de la justice contractuelle se ramène à l'idée de protection dans une idée de correction des inégalités envisagées subjectivement, en considération de la situation des parties. Ainsi le principe d'égalité inclus dans la notion de justice contractuelle est conçu dans sa composante de protection d'une catégorie de contractants, donc dans sa branche plus profondément subjective d'égalité par le droit, même si toute filiation avec l'équivalence des prestations n'est pas niée. Pourtant cette dernière est comme aspirée par la première ». Comp. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, n° 567, p. 304 « [...] le critère subjectif de la qualité du contractant jure avec l'objectivité de la justice contractuelle ».

¹³⁹⁰ Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », in Ph. CHAUVIRE (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 67 et s., spéc. n° 9.

¹³⁹¹ Rappr. Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 et s., spéc. n° 14, p. 426 : « En présence d'un contrat de gré à gré, ou d'un contrat structurellement équilibré, le juge est, classiquement, et demeure, après la réforme de 2016-2018, le serviteur de la loi contractuelle [...] » ; M. LATINA, « Apprécier la réforme », *RDC* 2016, p. 615 et s., spéc. n° 39 : « Le droit commun passe ainsi d'une abstraction à une autre : la maxime du droit commun n'est plus "qui dit contractuel dit juste", mais "qui dit négocié dit juste". Il y a donc un progrès mais pas une révolution ».

preuve d'un « réalisme contractuel »¹³⁹² conduisant à un changement de paradigme. En effet, prendre l'exacte mesure de tels contrats conduit à pointer les insuffisances d'une égalité et d'une liberté formelles¹³⁹³. Dans ses rapports avec l'équilibre contractuel, la finalisation des prérogatives contractuelles assure tantôt la défense d'intérêts catégoriels¹³⁹⁴, tantôt la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹³⁹⁵. La volonté de lutter contre les déséquilibres en pouvoirs, conformément à un objectif de justice contractuelle de plus en plus prégnant¹³⁹⁶, pourra donc conduire à une réglementation des motifs d'exercice des droits décidée *ab initio*, sans égard au contenu du contrat, ou à une appréciation concrète des clauses susceptibles de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations entre les parties, indépendamment de leur qualité¹³⁹⁷. Ainsi, la finalisation des droits intervient dans la réglementation des contrats inégalitaires (chapitre 1) ainsi que l'appréciation des clauses contractuelles (chapitre 2).

Chapitre 1 : La finalisation dans la réglementation des contrats inégalitaires
Chapitre 2 : La finalisation dans l'appréciation des clauses contractuelles

¹³⁹² La formule est celle de G. LOISEAU, « Les droits du contractant vulnérable : droit commun », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 125 et s., spéc. p. 129.

¹³⁹³ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 289.

¹³⁹⁴ De manière critique sur ce type de protection, J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. IV, Nantes (Journées nationales), 1999, LGDJ, 2000, p. 223 et s., spéc. p. 255 : « Le risque est alors de voir ces autorités fausser le jeu naturel de la procédure contractuelle au profit d'intérêts catégoriels jugés, de façon plus ou moins arbitraire, plus dignes de protection que d'autres ».

¹³⁹⁵ V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, spéc. n° 29 : « Si [...] un déséquilibre significatif existe, le principe d'équilibre peut ainsi permettre au juge, à la demande de l'une des parties ou des deux, soit d'établir un équilibre contractuel là où il faisait défaut, soit de le rétablir s'il a été rompu. Peu importe ici la situation égalitaire des parties ».

¹³⁹⁶ Sur le lien entre la reconnaissance d'un principe d'équilibre contractuel et la justice contractuelle, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, spéc. n° 30.

¹³⁹⁷ V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, spéc. n° 30 : « [...] une clause abusive entame l'équilibre du contrat et porte atteinte à la justice contractuelle quels que soient la qualité des parties et le type du contrat qui la contient ».

CHAPITRE 1 : LA FINALISATION DANS LA RÉGLEMENTATION DES CONTRATS INÉGALITAIRES

286. Le phénomène de la finalisation des droits, entendu comme l'ensemble des hypothèses d'encadrement positif des motifs d'exercice des pouvoirs des contractants, occupe une importante place dans la réglementation des contrats structurellement déséquilibrés¹³⁹⁸. En effet, le champ de la réglementation des raisons de l'action du contractant coïncide, pour une large part, avec celui de la réglementation des contrats dans lesquels existe une cause d'inégalité structurelle entre les différentes parties au contrat. De ce constat en découle un second : parce qu'elle se concrétise le plus souvent par l'instauration d'une inégalité juridique visant à pallier une inégalité de fait¹³⁹⁹, la finalisation des droits participe au développement de réglementations asymétriques de la relation contractuelle. La considération de la qualité du contractant offre un moyen de déterminer, parmi les cocontractants, celui à qui l'exigence de justification doit bénéficier et, corrélativement, celui sur qui celle-ci doit peser. De la sorte, en même temps qu'elle contribue au développement de réglementations asymétriques (section 1), la finalisation des droits participe à la diffusion de l'ordre public en matière contractuelle (section 2).

SECTION 1 : UNE RÉGLEMENTATION ASYMETRIQUE

287. Reconnaître l'existence de contrats caractérisés par une inégalité structurelle, notamment à travers la figure du contrat d'adhésion, conduit à relativiser les postulats de liberté et d'égalité contractuelles sur lesquels reposait classiquement la théorie

¹³⁹⁸ La prise en compte de l'existence de déséquilibres structurels affectant la relation contractuelle est beaucoup plus récente dans le droit commun que dans les droits spéciaux. V. notamment sur ce point, Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », in Ph. CHAUVIRE (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 67 et s., spéc. n° 16 ; S. LE GAC-PECH, « Introduction », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 10.

¹³⁹⁹ Distinguant trois types d'inégalités de fait, J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 165 et s., spéc. n° 7, p. 168. L'auteur réalise ainsi une distinction entre les inégalités de besoins, économiques et de connaissances. Plus récemment, Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Québécoises*, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 20, p. 21 : « Les mesures considérées [...] sont spécialement conçues en considération des situations de vulnérabilité, afin de suppléer le plus efficacement possible la carence ou l'insuffisance factuelle qui est à l'origine de la situation de vulnérabilité [...] ».

générale du contrat¹⁴⁰⁰. Le déséquilibre structurel affectant ce type de contrats conduit à mettre les considérations d'équilibre au centre des préoccupations du législateur et du juge.

288. Baux d'habitation. Principe d'équilibre des droits et obligations réciproques des bailleurs et locataires. – L'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 dispose, en son dernier alinéa, que « les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives ». Le texte pose ainsi un principe d'équilibre des droits et des obligations des bailleurs et locataires dans les différentes dimensions de la relation locative¹⁴⁰¹. Ce faisant, la loi de 1989 reprend en substance une disposition qui était déjà présente dans l'article 1^{er} de la loi du 22 juin 1982, dite loi Quilliot, relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs. La loi de 1989 constitue, sur ce point, une reprise à l'identique les dispositions de la loi de 1982¹⁴⁰². L'affirmation d'un tel principe d'équilibre au frontispice de la législation régissant les baux d'habitation avait disparu à la faveur de la loi du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière¹⁴⁰³.

289. Quelle portée convient-il d'attribuer à ce principe d'équilibre au sein de la loi de 1989 ? Il peut être soutenu que c'est à l'aune de l'article 1^{er} d'une loi, en l'occurrence du principe d'équilibre qui s'y trouve contenu, que les dispositions suivantes du texte

¹⁴⁰⁰ V. not. en ce sens, Ph. CHAUVIRE, « Les dispositions relatives aux effets du contrat », in Ph. CHAUVIRE (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 43 et s., spéc. p. 43 ; D. MAZEAUD, « Observations finales », in Ph. CHAUVIRE (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 85 et s., spéc. n° 17, p. 91.

¹⁴⁰¹ De manière générale, sur les différents équilibres que la législation sur les baux d'habitation tente de réaliser, P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2019, n° 640, p. 563. V. égal. en matière de bail commercial, J. MONEGER, « Le bail commercial : entre liberté et réglementation, la quête de l'équilibre », in P. BLOCH et S. SCHILLER (dir.), *Quel Code de commerce pour demain ? Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, Litec, 2007, p. 155 et s., spéc. p. 155.

¹⁴⁰² F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 540, p. 474 : « Reprenant à son compte une innovation de la loi de 1982, la loi de 1989 pose en principe la nécessité d'un équilibre des relations contractuelles. Le législateur y accorde tant d'importance qu'il élève cet équilibre au rang des principes directeurs et d'ordre public de la loi, au même plan que le "droit fondamental au logement" auquel le législateur a entendu donner un contenu concret ».

¹⁴⁰³ V. J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 : « Alors que les lois de 1982 et 1989 affirment, de manière dogmatique, l'existence d'un droit fondamental au logement, et que les obligations respectives des bailleurs et des locataires doivent être équilibrées, la loi, libérale, de 1986, s'abstient de toute proclamation de cet ordre ». Rappr. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 21510.

doivent être lues et interprétées¹⁴⁰⁴. En visant les principales finalités poursuivies par la loi nouvelle, l'article 1^{er} de la loi de 1989 se présente, pour reprendre l'expression de Rouhette, comme un « article premier finaliste »¹⁴⁰⁵. Il en résulte, toujours selon l'auteur, que les dispositions de l'article 1^{er} « ont une portée herméneutique en ce qu'elles sont vecteurs de normes d'interprétation »¹⁴⁰⁶. Ainsi, certains articles de la loi régissant les baux d'habitation ont pour objet de rééquilibrer les relations individuelles entre le bailleur et le locataire¹⁴⁰⁷. À ce titre, l'article 15-I de la loi de 1989, régissant le congé délivré par le bailleur, figure parmi ces dispositions exerçant une influence directe sur l'équilibre des rapports locatifs¹⁴⁰⁸. En outre, la comparaison de la loi de 1989 avec celles qui l'ont précédée renforce cette hypothèse. En effet, les lois de 1982 et de 1989, qui mentionnent expressément l'équilibre des droits et obligations des parties, comportent une disposition encadrant les raisons pour lesquelles le bailleur peut faire échec au droit au renouvellement du locataire, tandis que la loi de 1986, qui ne s'y réfère nullement, ne contient aucune disposition analogue¹⁴⁰⁹. L'affirmation de la nécessité d'un équilibre entre les droits et obligations réciproques des parties au bail d'habitation irait ainsi de pair avec un encadrement de la faculté de congédiement reconnue au bailleur. En d'autres mots, la quête d'un équilibre dans les rapports locatifs, ou du moins celle de la suppression de certains

¹⁴⁰⁴ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 540, p. 474 : « Ainsi posé, ce principe a une portée très générale. [...] Surtout, il pourra servir de référence dans l'interprétation de la loi ou des contrats par le juge ». Comp. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, 2017, note de bas de page n° 16, p. 362 : « [...] cette disposition, peu normative (elle relève plutôt de l'exposé des motifs), est reprise par la loi du 6 juillet 1989, article 1 ».

¹⁴⁰⁵ G. ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 37 et s., spéc. n° 16, p. 47.

¹⁴⁰⁶ G. ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 37 et s., spéc. n° 16, p. 47. L'auteur poursuit : « Apparemment, ces proclamations paraissent relever davantage de la rhétorique que de la législation positive » (*ibid.* n° 16, p. 47).

¹⁴⁰⁷ B. TOITOT, « La protection du locataire de locaux à usage d'habitation », in *Rapport annuel 2000*, La documentation française, (disponible sans pagination sur le site de la Cour de cassation) : « La loi de 1989 a pour souci dominant la protection du locataire. Les déclarations d'intention du législateur sur l'intérêt porté au preneur et la notion d'un équilibre à réaliser dans les relations contractuelles des parties doivent servir de guide pour l'interprétation des textes, face aux cas concrets soumis aux juridictions ». V. égal. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 540, p. 474 : « Le législateur prend donc soin d'indiquer lui-même et autoritairement où doit se situer le point d'équilibre dans les relations des parties et comment y parvenir. [...] Il va de soi que la recherche de cet équilibre concerne au premier chef les éléments essentiels du bail que sont la durée du contrat et le montant du loyer ».

¹⁴⁰⁸ J.-L. BERGEL, I. CASSIN et J.-J. EYROLLES (dir.), *Lamy droit immobilier*, Wolters Kluwer, 2016, n° 5837. L'auteur relève que le principe du droit au logement et celui de l'équilibre des droits et obligations réciproques des bailleurs se manifestent pour le locataire « par le droit au renouvellement du contrat de location, sauf motif limitativement énuméré par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 ». V. déjà, J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s. ; G. BRIERE DE L'ISLE, « Rapport relatif à la législation en matière de baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 411 et s.

¹⁴⁰⁹ Dans un rapport n° 338 fait au nom de la commission des Lois et déposé le 31 mai 1989, le sénateur Luc Dejoie a rangé la restauration de l'obligation de motivation du congé en tête des grandes lignes de la proposition de loi (cf. p. 20).

déséquilibres contractuels, se manifeste dans la réglementation des conditions d'anéantissement unilatéral du contrat. En ce sens, évoquant la poursuite d'un « équilibre par la stabilité contractuelle »¹⁴¹⁰, Mme Warembourg-Auque estime que « comme la loi du 22 juin 1982, la loi du 6 juillet 1989 assure la stabilité des rapports locatifs par un sacrifice unilatéral des droits du bailleur »¹⁴¹¹. La réglementation du congé en matière de bail d'habitation entretient par conséquent des liens étroits avec l'équilibre du contrat.

290. Baux commerciaux. Équilibre des relations entre bailleurs et commerçants. – Parmi les objectifs poursuivis par loi Pinel du 18 juin 2014, figure celui de « garantir l'équilibre des relations entre bailleur et commerçant »¹⁴¹². Dans son rapport sur le projet de loi, le député M. Fabrice Verdier relevait à ce titre : « La matière des baux commerciaux est par nature complexe et l'équilibre entre bailleurs et locataires peut considérablement varier en fonction de l'équation économique des parties au contrat. Le projet de loi a pour ambition de rééquilibrer les relations contractuelles qui depuis un peu plus d'une décennie ont trop souvent évolué vers une sorte de contrat d'adhésion mettant l'intégralité des suggestions à la charge des locataires [...] »¹⁴¹³. Pourtant, et en dépit d'une telle déclaration d'intention, la loi nouvelle risque, non sans paradoxe, de perturber l'équilibre contractuel des contrats en cours ou renouvelés¹⁴¹⁴. Quoi qu'il en soit, l'objectif

¹⁴¹⁰ F. WAREMBOURG-AUQUE, « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) », *JCP G* 1989, doct. 3421, spéc. n° 18 et s. V. égal. sur le lien entre l'équilibre du contrat et sa pérennité, S. Le GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR WATT, LGDJ, 2000, p. 7 ; L. FIN-LANGER, « L'équilibre contractuel du bail commercial », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 181 et s., spéc. p. 188.

¹⁴¹¹ F. WAREMBOURG-AUQUE, « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) », *JCP G* 1989, doct. 3421, spéc. n° 37.

¹⁴¹² Sur la difficulté de parvenir un équilibre en la matière, F. PLANCKEEL, « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 5, p. 9 et s., spéc. p. 9. Par ailleurs, s'interrogeant quant à la nécessité même d'un rééquilibrage, F. KENDERIAN, « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ? », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 7, p. 16 et s., spéc. n° 2, p. 16.

¹⁴¹³ F. VERDIER, Rapport n° 1739 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

¹⁴¹⁴ En ce sens, A. ANTONIUTTI, « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 9, p. 29 et s., spéc. n° 38, p. 35 : « [...] l'une des conséquences de la remise en cause de "l'équilibre contractuel" du bail initial par le législateur aboutit parfois à l'imposition d'un nouveau contrat plus lourd encore pour le locataire... ». V. égal. F. KENDERIAN, « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ? », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 7, p. 16 et s., spéc. n° 4, p. 16 : « On sait que la loi avait pour objectif de rééquilibrer les baux commerciaux. Or, en pratique, plusieurs mesures nouvelles pourraient entraîner des conséquences contraires à cet objectif et se retourner contre les preneurs dont le législateur avait souhaité renforcer la protection ».

de rééquilibrer le bail commercial paraît largement partagé par la réforme du droit commun des contrats¹⁴¹⁵.

291. Finalisation des droits et asymétrie de la réglementation du congé dans les baux à statut. – La poursuite d'un objectif d'équilibre expressément visé dans la législation des baux à statut se concrétise en pratique par une asymétrie dans la réglementation des droits de rupture unilatérale de la relation locative¹⁴¹⁶. Concrètement, alors que les motifs pour lesquels le bailleur est susceptible de congédier le preneur sont strictement limités par le législateur, le locataire bénéficie, quant à lui, d'une importante marge de manœuvre dans l'exercice de la faculté de résiliation qui lui est reconnue¹⁴¹⁷. Si le bailleur qui souhaite s'opposer au droit au renouvellement du locataire en place doit se justifier, son cocontractant demeure libre de mettre fin au contrat, sous réserve notamment du respect du préavis légalement prévu. L'exercice par le bailleur de sa faculté de rupture est étroitement surveillé tandis que celle du preneur reste, pour l'essentiel, à sa discrétion. La finalisation de la faculté du bailleur de reprendre le bien loué relativise son droit de propriété¹⁴¹⁸. Une telle stigmatisation des seuls droits du bailleur ne saurait être le fruit du hasard. Elle révèle le procédé législatif consistant à lier la finalisation des droits, et donc l'exigence de justification de leur exercice, à la qualité du contractant¹⁴¹⁹. Le phénomène

¹⁴¹⁵ F. PLANCKEEL, « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 5, p. 9 et s., spéc. p. 9.

¹⁴¹⁶ Comp. à propos des baux d'habitation antérieurement à la loi du 22 juin 1982 et aux réformes postérieures, A. SUPLOT, *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979, p. 135 : « [...] ces autres contrats qui connaissent la résiliation unilatérale n'organisent pas un rapport de domination juridique entre les parties, même inégales, qu'elles régissent. Ils ne sont pas la transcription juridique de cette inégalité et s'organisent sur un principe symétrique ».

¹⁴¹⁷ En ce sens, J.-L. BERGEL, I. CASSIN et J.-J. EYROLLES (dir.), *Lamy droit immobilier*, Wolters Kluwer, 2016, n° 5921 ; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 568, p. 482 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 52, p. 50.

¹⁴¹⁸ V. de manière critique, D. GRILLET-PONTON, « Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ? », *JCP G* 2000, I, 240 : « [...] l'abus tend à disparaître quand le bailleur est dépossédé de la faculté discrétionnaire de reprendre son bien selon sa convenance ! ». Comp. estimant que « le droit de propriété du bailleur conserve l'essentiel de sa substance », J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, spéc. n° 22, p. 178.

¹⁴¹⁹ Rapp. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 502, p. 261 : « Afin d'assurer une protection promotionnelle systématique à un contractant pour des raisons étrangères à la notion de contrat, les règles de fond sont les plus propices, car le juste, apprécié ici indépendamment de l'économie du contrat, est, par la force des choses, atteint lorsque la discrimination positive reflète une configuration *inter partes* qui accuse une asymétrie axiologique » ; F. PLANCKEEL, « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 5, p. 9 et s., spéc. p. 10 : « C'est en somme l'équilibre par la protection ».

de la finalisation des prérogatives de certains contractants rend ainsi compte, comme le soutenait Josserand, que « généralement, sinon toujours, ce n'est pas la personne du protégé qui devient le siège de mesures protectrices qui ont une incidence tout autre ; c'est la partie adverse que l'on atteint et dont on paralyse, dont *on conditionne l'activité* ; c'est le plus fort que l'on maîtrise afin qu'il n'exploite pas injustement le plus faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée »¹⁴²⁰. La détermination de la situation de faiblesse d'une partie au contrat face à la puissance de son cocontractant déclenche ainsi l'adoption d'un mécanisme protecteur, consistant à encadrer les finalités d'exercice des droits du contractant présumé fort dans le rapport contractuel. En matière de bail immobilier, ce sont bien les prérogatives de la partie présumée forte qui font l'objet d'une restriction des raisons pour lesquelles elles peuvent être utilisées afin d'assurer une certaine pérennité du lien contractuel au profit du preneur¹⁴²¹. La finalisation du droit de rupture du bailleur se présente alors comme un instrument de rééquilibrage des baux structurellement déséquilibrés¹⁴²², et au titre desquels figurent les baux d'habitation ainsi que les baux commerciaux. En dehors de ces cas, la nécessité d'une telle protection du preneur à bail apparaît avec moins d'évidence¹⁴²³.

¹⁴²⁰ L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159 et s., spéc. p. 171 (nous soulignons). Égal. en ce sens, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, n° 22, p. 15 : « Quand le législateur prend en compte la qualité du contractant, ce n'est pas toujours pour protéger ce dernier. Le critère légal est parfois utilisé d'abord pour soumettre une partie à un régime plus sévère ».

¹⁴²¹ Rappr. J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, spéc. n° 18, p. 175 : « [...] il n'y a lieu à stabilité du rapport locatif que dans la mesure de l'intérêt du locataire. [...] la durée est une obligation pour le bailleur ; elle est exclusivement un droit pour le locataire ».

¹⁴²² Rattachant explicitement les baux, outre les contrats de travail et de consommation, aux contrats structurellement déséquilibrés, L. FIN-LANGER, « L'équilibre contractuel du bail commercial », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 181 et s., spéc. p. 181. Rappr. J. MONEGER, « Liberté, égalité, fraternité et droit des baux », *Loyers et copr.* janv. 2003, repère n° 1 : « [...] le droit des baux est bien ancré sur l'égalité entre les inégaux pour que la différence entre les parties cesse d'être le facteur déterminant du régime juridique de l'acte passé. [...] La loi assure l'égalité en interdisant l'exercice inégal. Chacune des parties sait ce que la loi énonce. Chacune sait leur inégalité. Chacun sait que la liberté est modulée par le respect de la norme égalitaire ». Comp. distinguant la situation du candidat locataire de celle du locataire en place, M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, spéc. n° 4, p. 618.

¹⁴²³ En ce sens, s'agissant des baux ruraux et des baux professionnels, J. MONEGER, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 507 et s., spéc. n° 55 et 56. Comp. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, n° 196 : « Le droit de la résiliation du contrat de bail rural est emblématique de la discrimination positive pour le locataire et de l'asymétrie du régime du bail rural ».

292. La protection accordée par le preneur à bail à travers l'encadrement des prérogatives de son cocontractant trouve une justification dans le principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel estime d'ailleurs que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur adopte, dans le respect des autres exigences constitutionnelles, des mesures destinées à assurer la protection des locataires dans leurs relations contractuelles avec les bailleurs »¹⁴²⁴. La limitation des prérogatives du bailleur rejaillit nécessairement sur celles du locataire dans le sens de leur renforcement¹⁴²⁵. C'est ce qui explique que la Cour de cassation entend réaliser un équilibre, toujours malaisé, entre les droits des preneurs et ceux des bailleurs¹⁴²⁶. En effet, « le rapport juridique de location d'habitation s'analyse en un conflit de maîtrise d'un bien, conflit sous-tendu, et sans doute attisé, par la confrontation d'un droit de propriété et d'un besoin vital. Le problème est donc, fondamentalement, d'équilibre »¹⁴²⁷. Il n'est dès lors pas surprenant qu'un tel équilibre soit particulièrement difficile à trouver, notamment en ce qui concerne la réglementation des droits reconnus aux parties lors de l'arrivée du terme¹⁴²⁸. Un auteur ne manque d'ailleurs pas de qualifier l'équilibre contractuel de « point "G" du droit, sans cesse en déplacement sur les courbes des demandes croisées des parties »¹⁴²⁹.

293. Devant le constat de l'existence d'inégalités de fait, le législateur a instauré une inégalité juridique au profit du preneur s'agissant des conditions de rupture de la relation locative. L'article 12 de la loi du 6 juillet 1989 accorde au preneur la faculté de résilier le contrat à tout moment dans les conditions de forme et de délai prévus à l'article 15. Le locataire d'un bail d'habitation n'a donc pas, en principe, à fournir de justification

¹⁴²⁴ Cons. const., 20 mars 2014, n° 2014-691 DC, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* (cons. n° 10).

¹⁴²⁵ En ce sens, A. VITU, « Propriété commerciale et propriété culturelle, Étude comparée de deux législations protectrices des preneurs à bail », *RTD civ.* 1946, p. 273 et s., spéc. p. 290 : « [...] le droit du bailleur et celui du preneur sont complémentaires l'un de l'autre : toute prérogative reconnue à l'un entraîne un amoindrissement des droits de l'autre ». V. égal. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 539, p. 430 : « [...] cette situation d'asymétrie conduit ainsi à priver le contractant fort de certains pouvoirs sur l'élément temporel de la convention, afin de les remettre à la partie faible ».

¹⁴²⁶ En ce sens, B. TOITOT, « La protection du locataire de locaux à usage d'habitation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, La documentation française, (disponible sans pagination sur le site de la Cour de cassation).

¹⁴²⁷ J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s.

¹⁴²⁸ En ce sens, F. WAREMBOURG-AUQUE, « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) », *JCP G* 1989, doct. 3421, spéc. n° 38.

¹⁴²⁹ J. MONEGER, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de direction ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 et s., spéc. n° 2, p. 22.

lorsqu'il décide de résilier unilatéralement le contrat¹⁴³⁰. Il en va toutefois autrement lorsque le preneur souhaite bénéficier du délai de préavis réduit d'un mois. En outre, depuis la loi ALUR du 24 mars 2014, le locataire souhaitant bénéficier d'un préavis réduit d'un mois doit impérativement préciser le motif invoqué et le justifier dès la notification du congé¹⁴³¹. Antérieurement à cette loi, l'idée a pu être émise que la « courtoisie » exigeait de faire mentionner le motif de la réduction du délai de préavis dans le congé, tout en admettant que la justification puisse être transmise ultérieurement¹⁴³². L'encadrement des finalités de rupture du bail à l'initiative du preneur se prévalant d'un préavis réduit ne heurte-t-il pas le principe d'équilibre résultant de l'article 1^{er} de la loi de 1989 ? Si la finalisation de la faculté de résiliation du bailleur répond à une logique de rééquilibrage des prérogatives de rupture en présence, comment expliquer alors que le preneur, qui se prévaut d'un délai de préavis réduit, se trouve également soumis à une exigence de justification ? Sans doute, cela atteste que des prérogatives reconnues à des contractants présumés faibles peuvent également faire l'objet d'une restriction quant aux motifs légitimant leur exercice. Concrètement, la possibilité pour le locataire de bénéficier d'un délai de préavis réduit dans les cas visés par l'article 15 de la loi de 1989 se trouve subordonnée à une double exigence de motivation et de justification du motif invoqué. Une telle finalisation de la faculté de congédiement du preneur permet de veiller à l'équilibre des intérêts des parties au contrat de location au moment de sa rupture. La Cour de cassation apprécie d'ailleurs strictement ces cas ouvrant droit, au profit au preneur, à un délai de préavis réduit¹⁴³³. Un renforcement excessif des prérogatives du preneur d'un bail immobilier pourrait offrir à ce dernier les moyens de déséquilibrer le contrat à son avantage¹⁴³⁴. « La surprotection conduit aussi à la

¹⁴³⁰ F. COLLART DUTILLEUL, *Les baux d'habitation*, Dalloz, 1994, p. 90 : « Ce droit de résiliation unilatérale s'exerce de façon discrétionnaire et le locataire n'a aucunement à se justifier ».

¹⁴³¹ V. antérieurement, pour l'admission en jurisprudence d'une délivrance *a posteriori* de la justification par le locataire, Cass. 3^e civ., 8 déc. 1999, n° 98-10.206 : *Bull. civ.* III, n° 236 ; *RDI* 2000, p. 97, obs. F. COLLART DUTILLEUL.

¹⁴³² En ce sens, V. CANU, « Le congé du locataire d'habitation », *Rev. Loyers* 2001, p. 2 : « [...] l'avantage donné au locataire, de pouvoir bénéficier d'un délai de préavis d'un mois au lieu de trois mois peut justifier que le motif de cette réduction figure dans le congé lui-même, même si la justification peut être donnée par la suite. Appelons cela la courtoisie ».

¹⁴³³ V. par ex. Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, n° 92-15.816 : *Bull. civ.* III, n° 51 (art. 17, al. 2, de la loi du 22 juin 1982). Rapp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 674, p. 403-404 : « Le droit du preneur mérite d'être préféré à celui du bailleur, tant qu'il se fonde sur des intérêts sociaux ou économiques jugés supérieurs. La préférence disparaît lorsque cessent l'exploitation ou l'habitation effectives, ou que les intérêts du bailleur ont la même nature que ceux du preneur : le bailleur dispose alors d'un droit de reprise ».

¹⁴³⁴ L. FIN-LANGER, « L'équilibre contractuel du bail commercial », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 181 et s., spéc. p. 190 : « Si la protection du preneur est légitime, elle ne doit pas porter une atteinte excessive au droit du bailleur et ne doit pas faire abstraction de leur situation concrète ».

modification des rapports de force, créant parfois une classe de “nouveaux forts” qui s’empresstent d’abuser à leur tour de leur position »¹⁴³⁵. Un tel risque n’était, semble-t-il, pas ignoré du législateur¹⁴³⁶. Bien que le phénomène de la finalisation des droits vise, au premier chef, les prérogatives de la partie forte dans les rapports contractuels, il n’est cependant pas exclu que le cocontractant présumé faible puisse, en certaines occasions, avoir à fournir les raisons qui justifient l’exercice d’un droit. Lorsque la partie considérée comme faible¹⁴³⁷ bénéficie d’une prérogative dérogatoire ou exorbitante, les motifs de sa mise en œuvre peuvent faire l’objet d’un encadrement strict dès lors qu’une atteinte excessive ou injustifiée à l’équilibre du contrat pourrait survenir. En effet, si l’octroi d’une prérogative unilatérale au cocontractant faible peut servir l’objectif de rééquilibrage du contrat déséquilibré, encore faut-il s’assurer, en pratique, que la protection ainsi reconnue ne soit pas elle-même à l’origine de déséquilibres en inversant les rapports de force. Autrement dit, si son intervention peut fournir un remède au déséquilibre structurel de certains contrats, le législateur doit soigneusement éviter de créer de nouveaux déséquilibres contractuels contre lesquels il se donnait précisément pour objectif de lutter¹⁴³⁸. En toute hypothèse, la tendance à la finalisation des prérogatives de la partie forte dans le contrat ne signifie nullement que celles de son cocontractant ne doivent jamais être finalisées.

294. L’asymétrie constatée précédemment à propos de la réglementation du congé dans le bail d’habitation se retrouve également dans le bail commercial. Là encore,

¹⁴³⁵ M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615 et s., spéc. n° 56, p. 652.

¹⁴³⁶ V. J. FAURE, Avis n° 345 présenté au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur la proposition de loi tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, spéc. p. 14 : « [...] à vouloir par trop protéger, on démunit. En désavantageant partout et durablement le bailleur, la proposition de la loi prend le risque de décourager l’offre locative et la limitation de cette offre aggravera encore les difficultés de logement que rencontrent ceux qui ne peuvent accéder à la propriété ». Adde, J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d’habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s. : « Il faut rassurer les locataires sans désespérer les bailleurs ».

¹⁴³⁷ Sur la notion de partie faible, A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008. Il est de plus en plus fait référence aujourd’hui au concept de vulnérabilité, S. LE GAC-PECH, « Introduction », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 10 ; Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité, Travaux de l’Association Henri Capitant, Journées Québécoises*, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 4, p. 12. Adde, M. FABRE-MAGNAN, *L’institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 84 et s. L’auteur développe l’idée d’une « essentialisation de la vulnérabilité ».

¹⁴³⁸ P. MAZIÈRE, *Le principe d’égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIÉ, PUAM, 2003, n° 96, p. 99 ; D. BERTHIAU, *Le principe d’égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, n° 806, p. 427.

la finalisation des droits s'y déploie de manière sélective en fonction de la qualité du contractant. En ce qui concerne le bailleur, les raisons pour lesquelles celui-ci est fondé à exercer sa faculté de résiliation triennale ne sont pas libres. Les motifs de résiliation autorisés sont limitativement visés par l'article L. 145-4 du Code de commerce sous la forme d'une énumération *a priori* exhaustive¹⁴³⁹. Cette restriction légale des motifs de rupture du bail commercial, lorsque celle-ci intervient à l'initiative du bailleur, a conduit la Cour de cassation à affirmer que l'article 3-1, alinéa 3, du décret de 1953 (repris à l'article L. 145-4 du Code de commerce) reconnaît au bailleur un « droit de résiliation conditionnelle » accordant au bailleur la faculté de donner congé à l'issue d'une période triennale afin de construire, reconstruire, surélever ou restaurer l'immeuble¹⁴⁴⁰. À l'inverse, l'article L. 145-4 ne prévoit aucun encadrement des motifs de la résiliation lorsque le preneur en est l'auteur. Ainsi, alors que le bailleur dispose d'un droit de rupture finalisé, celui-ci ne pouvant être exercé que pour certains motifs concrets, le locataire-commerçant bénéficie, quant à lui, d'un droit de rupture *ad nutum*, en ce sens que les motifs pour lesquels il décide de mettre fin au bail commercial demeurent exclus du contrôle du juge. De la sorte, les interventions combinées du législateur et du juge contribuent au développement d'une asymétrie dans la réglementation du congé selon que celui-ci est donné par le bailleur ou le preneur¹⁴⁴¹. Cette asymétrie instaurée par le législateur en limitant la liberté du bailleur de rompre la relation locative, tout en préservant corrélativement celle du preneur, constitue un dispositif égalitaire¹⁴⁴². Ainsi, la prise en compte par le législateur de la qualité de partie au contrat permet de déterminer, parmi les prérogatives reconnues aux contractants, celles devant faire l'objet d'un encadrement de

¹⁴³⁹ L'article L. 145-4, alinéa 3, dispose que « Le bailleur a la même faculté [de donner congé à l'expiration d'une période triennale], dans les formes et délai de l'article L. 145-9, s'il entend invoquer les dispositions des articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-23-1 et L. 145-24 afin de construire, de reconstruire ou de surélever l'immeuble existant, de réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage, de transformer à usage principal d'habitation un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain ».

¹⁴⁴⁰ Cass. 3^e civ., 30 janv. 1970, n° 68-13.334 : *Bull. civ.* III, n° 78. V. égal., Cass. 3^e civ., 20 déc. 1995, n° 93-15.305 : *Bull. civ.* III, n° 263 ; *RDI* 1996, p. 429, obs. F. COLLART DUTILLEUL et J. DERRUPPE.

¹⁴⁴¹ En ce sens, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 399, p. 312.

¹⁴⁴² V. de manière générale, P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 7, p. 19 : « [...] la prolifération des techniques égalitaires se manifeste comme tout autant de restrictions au jeu des libertés individuelles » ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 456 : « [...] le droit demeure un instrument de gouvernement susceptible de remettre en cause la liberté de l'un des contractants (le plus fort) au nom de l'égalité en droit de l'autre (le plus faible). Il ne s'agit donc plus, à proprement parler, de faire coexister des libertés, mais plus exactement de pallier socialement un défaut de liberté ».

leurs motifs d'exercice et celles dont le caractère non finalisé doit être au contraire préservé. De cette façon, tant la finalisation de la rupture, lorsqu'elle intervient à l'initiative du bailleur, que son absence, lorsque c'est le locataire qui décide de rompre la relation locative, assurent la protection du preneur présumé faible¹⁴⁴³.

295. En réalité, cette présomption de l'état de faiblesse de l'une des parties au contrat va de pair avec la reconnaissance d'une autre présomption : celle de la nécessité d'une intervention législative aux fins de rééquilibrer ces contrats considérés comme étant structurellement inégalitaires¹⁴⁴⁴. Bien qu'elles risquent de contrarier la réalité des rapports contractuels qui se nouent entre les cocontractants¹⁴⁴⁵, de telles présomptions n'en demeurent pas moins utiles à la protection de la partie faible¹⁴⁴⁶. Le droit de la consommation est à cet égard caractéristique d'une protection reposant sur la présomption de faiblesse d'une partie au contrat, le consommateur¹⁴⁴⁷. S'appuyant sur une représentation plus concrète du contractant, une telle protection témoigne de la mise à l'écart d'une conception purement abstraite du contractant¹⁴⁴⁸. Le régime de protection ainsi reconnue conserve néanmoins une importante part d'abstraction dès lors qu'elle s'applique à des catégories entières de contractants, sans opérer de différenciation en leur sein¹⁴⁴⁹. À la figure abstraite du contractant, succède celle, toujours abstraite, de catégorie

¹⁴⁴³ Sur une telle présomption, J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s. V. égal. sur la question de la pertinence d'un tel postulat en matière de bail commercial, J. MONEGER, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI* 2000, p. 484 et s.

¹⁴⁴⁴ J. MONEGER, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 et s., spéc. n° 2, p. 22 : « Il y a une sorte de présomption que "l'équilibre contractuel ne se réalise pas spontanément". Il faut suivre l'ordre de la loi pour exercer une liberté cantonnée. Le siècle libéral du Code civil est terminé. Celui du contrôle des volontés y fait suite ».

¹⁴⁴⁵ V. par exemple à propos des relations locatives, J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 169 : « L'inégalité de fait – lorsqu'il s'agit de celle du bailleur – pourrait ainsi se trouver aggravée par la loi ».

¹⁴⁴⁶ Rappr. à propos du recours aux fictions juridiques, J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

¹⁴⁴⁷ En ce sens, J. JULIEN, « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 553 et s., spéc. n° 1, p. 553. V. déjà, M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s., spéc. p. 123.

¹⁴⁴⁸ Sur une telle conception, G. HILGER, « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA* 5 nov. 2019, n° 221, p. 6.

¹⁴⁴⁹ Rappr. F. KENDERIAN, « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ? », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 7, p. 16 et s., spéc. n° 3, p. 16 : « [...] le législateur a parfois une vision manichéenne des rapports bailleur/preneur. [...] ce sont tous les baux commerciaux qui ont été concernés par l'objectif législatif de rééquilibrage du statut ». V. plus généralement sur le caractère encore trop abstrait du droit des contrats dans son ensemble, M. FABRE-MAGNAN, « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435 et s., spéc. p. 438.

de contractants, en l'occurrence les bailleurs et les locataires¹⁴⁵⁰. La raison en est certainement que « les personnes sont multiples, quel que soit le jour sous lequel on les considère, et elles ne se laissent pas définir bien que le droit ne puisse se passer de construire des personnages ou, à défaut, de se baser sur des images ou des représentations implicites qui ne sont jamais pleinement adéquates à une réalité protéiforme »¹⁴⁵¹. Au postulat de l'égalité des forces des parties succéderait celui de la faiblesse de certaines catégories de contractants¹⁴⁵². Autrement dit, le législateur présume systématiquement l'infériorité et la faiblesse du preneur d'un bail d'habitation ou d'un bail commercial dans sa relation à son cocontractant¹⁴⁵³. Or, les relations locatives ne peuvent, compte tenu de leur grande variété, être réduites à un modèle unitaire¹⁴⁵⁴. Dès lors, le rééquilibrage entre les droits du preneur et ceux du bailleur, auquel tentent d'aboutir les législations relatives au bail d'habitation et au bail commercial, pourra difficilement être réalisé dans l'intégralité des contrats s'y trouvant soumis¹⁴⁵⁵. Parce que la présomption de faiblesse attachée à la qualité de locataire ne se vérifie pas toujours dans les faits¹⁴⁵⁶, la finalisation des prérogatives du bailleur pourra parfois manquer l'objectif de rééquilibrage du contrat de bail qu'elle est supposée atteindre. Le déséquilibre en pouvoirs pourrait même se trouver aggravé par la limitation des motifs pour lesquels un bailleur peut reprendre son bien dans

¹⁴⁵⁰ V. A. ELVINGER, « Rapport général », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, 1961, p. 63 et s., spéc. p. 84 : « Dès lors, ce n'est plus l'individu qui se trouve protégé, mais un groupe, une catégorie, une classe. Seront protégés tous les salariés, tous les locataires, tous les consommateurs, contre tous les patrons, tous les propriétaires, tous les producteurs ».

¹⁴⁵¹ C. LABRUSSE-RIOU, « La relativité du contrat : Les personnes », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, p. 13 et s., spéc. p. 15.

¹⁴⁵² Rappr. Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Québécoises, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 11, p. 16 : « *Le droit de la vulnérabilité est [...] un droit de la différenciation [...]*. Les traits, caractères et données qui sont reconnus comme des causes de vulnérabilité deviennent autant de critères de sous-catégories de personnes [...] » (souligné par l'auteur).

¹⁴⁵³ En ce sens, D. GRILLET-PONTON, « Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ? », *JCP G* 2000, I, 240 : « La loi Quilliot le soumet à une protection tutélaire en vertu d'une quasi-présomption de faiblesse et de vulnérabilité ».

¹⁴⁵⁴ Sur le constat de l'hétérogénéité des situations locatives, J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s. ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « La réforme des rapports locatifs par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 », *JCP G* 1987, doct. 3290, spéc. n° 10.

¹⁴⁵⁵ De manière critique, G. BRIERE DE L'ISLE, « Rapport relatif à la législation en matière de baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 411 et s. : « Il n'y a jamais intérêt à sacrifier systématiquement une catégorie de citoyens. [...] Il n'est pas sain de laisser croire à certains qu'ils ont droit à tous les avantages d'une organisation sociale sans jamais avoir à en supporter le coût ». V. de façon plus nuancée, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 428 : « Cette catégorisation fige, certes, les positions contractuelles, à l'égard d'une réalité qui peut être plus complexe. Elle permet cependant de reconnaître que le contrat est désormais le lieu possible d'un pouvoir que l'une des parties, la partie "forte", détient sur l'autre ».

¹⁴⁵⁶ Rappr. à propos de la faiblesse de certains bailleurs, F. DE LA VAISSIERE, « L'ordre public dans les conventions locatives », *AJDI* 2005, p. 366 et s.

les hypothèses, qui se vérifient parfois en pratique, dans lesquels le locataire constitue en réalité la partie forte au contrat. Établir une relation entre la qualité du contractant et les conditions d'exercice de ses droits n'est donc pas sans danger. Le constat ainsi ici dressé permet de mieux comprendre pourquoi dans certaines situations, certes beaucoup plus rares, les prérogatives de la partie présumée faible peuvent également faire l'objet d'un encadrement de leurs motifs d'exercice. En effet, « le concept de la partie faible étant relatif, il est nécessaire dans chaque situation, de déterminer si une partie faible doit être "présumée" et sur quels critères cette présomption repose »¹⁴⁵⁷. Une telle relativité du concept de partie faible se donne notamment à voir dans l'évolution progressive des destinataires de la protection¹⁴⁵⁸. La présomption de faiblesse ou de force attachée à une catégorie de contractants ne devrait donc pas revêtir un caractère irréfragable¹⁴⁵⁹. À ce titre, il convient également de remarquer que la qualité de professionnel est loin de toujours correspondre à celle de partie forte au contrat¹⁴⁶⁰. Certes, certaines dispositions, telles que celles qui ressortissent du droit de la consommation, paraissent particulièrement rétives à l'idée d'une protection du contractant professionnel¹⁴⁶¹. Toutefois, parce qu'il est tout à fait concevable que des professionnels constituent des cocontractants faibles¹⁴⁶², les prérogatives qui leur sont reconnues ne doivent pas être systématiquement finalisées et celles de leurs cocontractants nécessairement discrétionnaires. En effet, certains professionnels peuvent se trouver dans une situation de vulnérabilité rendant particulièrement difficile l'exercice de leurs prérogatives contractuelles. Dans un tel

¹⁴⁵⁷ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1015, p. 1049.

¹⁴⁵⁸ Rappr. L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159 et s., spéc. p. 162 : « [...] la multitude des faibles, des opprimés, ne comprend plus les mêmes unités, ni les mêmes catégories qu'autrefois ; l'oppression exercée par la vie en communauté a changé de nature et d'incidence [...] ».

¹⁴⁵⁹ V. not. sur les dangers liés à l'adoption par le législateur d'une présomption irréfragable de faiblesse, D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, n° 809, p. 429.

¹⁴⁶⁰ V. S. LE GAC-PECH, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 11 et s., spéc. p. 23 : « Il faut se départir de cette vision simpliste en noir et blanc et appréhender le monde bariolé des contractants. Ainsi, les professionnels sont-ils tout autant dignes de protection dans certaines situations données ». Adde, D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 517 et s. ; D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2013, p. 565.

¹⁴⁶¹ V. J. JULIEN, « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 553 et s., spéc. n° 9, p. 564 : « [...] les règles véritablement de protection ont dans le Code de la consommation un destinataire naturel, qui est le consommateur (et le non-professionnel). Le professionnel, quant à lui, n'est concerné par elles qu'indirectement et, selon nous, accidentellement ».

¹⁴⁶² Évoquant un « rapport de force asymétrique [pouvant] conduire certains fournisseurs à devoir accepter certaines clauses qui leurs sont défavorables », CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.

contexte, restreindre davantage les conditions de mise en œuvre de ces prérogatives reviendrait à accroître inopportunément la vulnérabilité du contractant. Pour pallier les inconvénients liés à la mise en place de présomptions de faiblesse, il a été proposé de mettre l'accent sur la notion de vulnérabilité contractuelle qui permettrait « un contrôle réversible de l'équilibre et évite de s'enfermer dans des schémas de dominations préétablis »¹⁴⁶³. Dans tous les cas, la vulnérabilité dont il est ici question doit être bien comprise. La prise en compte de la situation de vulnérabilité ou de faiblesse d'un contractant, pour décider de l'encadrement des motifs d'exercice des droits de son cocontractant, relève d'une conception objective celle-ci¹⁴⁶⁴. Ce ne sont pas les qualités personnelles du contractant qui déterminent une telle protection mais des éléments qui lui sont extérieurs¹⁴⁶⁵. Bien que ces deux sortes de vulnérabilité ne soient pas exclusives l'une de l'autre¹⁴⁶⁶, la finalisation des droits, résultant de l'instauration d'exigences de justification de leur exercice, constitue une mesure de protection relativement insensible à la vulnérabilité subjective des contractants¹⁴⁶⁷.

296. Finalisation des pouvoirs de l'employeur et asymétrie dans la réglementation de rupture du contrat de travail. – Par l'introduction de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la loi du 13 juillet 1973 a provoqué la finalisation du droit pour l'employeur de rompre le contrat de travail de durée indéterminée, ce qui n'a pas été sans incidence sur la conception des prérogatives du salarié¹⁴⁶⁸. L'employeur voulant congédier son salarié doit être en mesure de pouvoir justifier sa décision par de sérieux motifs. À l'inverse, lorsque la rupture du contrat de travail résulte d'une démission

¹⁴⁶³ S. LE GAC-PECH, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 11 et s., spéc. p. 30-31.

¹⁴⁶⁴ V. sur une telle conception de la vulnérabilité, H. AUBRY, « L'apport du droit de la consommation », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 33 et s., spéc. p. 33.

¹⁴⁶⁵ Opérant une distinction entre la « vulnérabilité objective » et la « vulnérabilité subjective », H. AUBRY, « L'apport du droit de la consommation », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, p. 33 et s., spéc. p. 33. V. déjà, L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159 et s., spéc. p. 167.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. note de bas de page n° 22, p. 841.

¹⁴⁶⁷ Sur cette forme de vulnérabilité, H. AUBRY, « L'apport du droit de la consommation », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, p. 33 et s., spéc. p. 33.

¹⁴⁶⁸ J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, chron. p. 253 et s., spéc. p. 253 : « L'évolution de la législation sur le licenciement a des incidences psychologiques sur les parties contractantes. Elle a, peu à peu, modifié profondément l'idée que celles-ci se faisaient de leurs droits respectifs de licencier ou de démissionner ». V. égal. F. GAUDU et F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, 6^e éd., Dalloz, 2018, n° 296, p. 251 : « Le licenciement s'est ainsi nettement distingué, dans son régime, de la démission, quoique l'un et l'autre constituent des actes unilatéraux de résiliation ».

du salarié, aucune existence de motivation ou de justification ne pèse sur celui-ci¹⁴⁶⁹. Le législateur a ainsi fait le choix de ne pas finaliser le droit de rupture reconnu au salarié. Cette absence de finalisation de la prérogative n'évince nullement l'éventualité d'une démission abusive¹⁴⁷⁰. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 22 juin 1994 est à ce titre évocateur¹⁴⁷¹. En l'espèce, un mécanicien agricole avait démissionné au bout d'un an en adressant à son employeur une lettre de démission. Relevant que la lettre n'était pas motivée et que les manquements de l'employeur invoqués lors des débats n'étaient pas établis, la cour d'appel a, pour condamner le salarié à payer à son ancien employeur des dommages-intérêts pour rupture abusive, énoncé que la démission n'était pas justifiée par les motifs avancés et qui lui auraient donné le caractère réel et sérieux exigé par l'ancien article L. 122-13 (devenu L. 1237-2) du Code du travail. Au visa de cet article, la Cour de cassation casse et annule la décision attaquée en estimant qu'« en statuant ainsi, alors que seule la preuve apportée par l'employeur du caractère abusif de la démission ouvre droit à des dommages-intérêts à son profit, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹⁴⁷². Il ressort de cette décision que, si la démission demeure une prérogative contrôlée, elle ne constitue pas pour autant un droit finalisé¹⁴⁷³. Contrairement à la réglementation du licenciement, celle de la démission écarte toute exigence de justification¹⁴⁷⁴. Ainsi, à l'inégalité structurelle des parties, caractéristique du rapport de travail¹⁴⁷⁵ répond une asymétrie dans la réglementation de la rupture unilatérale du contrat.

¹⁴⁶⁹ En ce sens, G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail 2021*, 34^e éd., Dalloz, 2020, n° 398, p. 508 : « Il n'a pas à motiver sa décision, la volonté de recouvrer sa pleine liberté d'action étant par elle-même un motif suffisant ».

¹⁴⁷⁰ Article L. 1237-2, alinéa 1, du Code du travail. V. égal., F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 443, p. 394.

¹⁴⁷¹ Cass. soc., 22 juin 1994, n° 90-42.143 : *Bull. civ.* V, n° 204.

¹⁴⁷² Cass. soc., 22 juin 1994, préc.

¹⁴⁷³ Rappr. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 399, p. 312 : « [...] le pouvoir quasi-absolu du salarié de mettre un terme définitif au contrat à durée indéterminée est également affirmé à travers, d'une part, l'inexistence de toute exigence de forme quant à la manifestation de cette volonté, et, d'autre part, l'absence de motifs nécessaires à justifier la rupture de la convention ».

¹⁴⁷⁴ J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, p. 253 et s., spéc. p. 258 : « L'acte trouve une cause dans la volonté légitime de mettre fin au contrat. [...] La loi n'exige donc pas que la démission repose sur un motif réel et sérieux. Là apparaît tout ce qui éloigne le licenciement de la démission et qui fait de la résiliation émanant du salarié un droit discrétionnaire "parfait" ». Rappr. Ph. DELEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 61 et s., spéc. n° 11, p. 65 : « [...] la démission reste pratiquement libre, alors que le licenciement est fortement réglementé. Autrement dit, la bilatéralité dans l'anéantissement unilatéral n'existe pas parfaitement ».

¹⁴⁷⁵ A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979, p. 148-149 ; G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 143 et s., spéc. n° 1, p. 144.

Une telle asymétrie se rencontre également à propos de la rupture de l'essai¹⁴⁷⁶. L'asymétrie dans la réglementation des prérogatives de rupture du contrat de travail s'explique essentiellement par l'existence d'un rapport de subordination entre les parties et, par conséquent, par la volonté de protéger la partie structurellement faible¹⁴⁷⁷. Dès lors qu'elle est susceptible de causer davantage de préjudices au contractant placé dans un état de sujétion qu'à son cocontractant, la rupture du contrat intervenant à l'initiative de ce dernier se trouve contenue dans des limites beaucoup plus étroites¹⁴⁷⁸. Par ailleurs, « la dissymétrie entre le régime du licenciement et celui de la démission s'alimente-t-elle également au principe de la liberté du travail. Le salarié engagé dans le contrat de travail sa personne, et cette considération, entre autres, conduit à limiter la portée des stipulations, dans la pratique assez fréquentes, qui tendraient à l'empêcher de démissionner »¹⁴⁷⁹. Alors que le régime de la rupture du contrat de louage de service du Code civil répond à une logique de symétrie, celui du contrat de travail, tel qu'il relève des dispositions du Code du travail, s'en éloigne délibérément¹⁴⁸⁰.

297. Une telle réglementation asymétrique n'est toutefois pas l'apanage du seul droit du travail mais se retrouve également au sein de la réglementation des contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels¹⁴⁸¹. L'existence d'une

¹⁴⁷⁶ En ce sens, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 296, p. 236.

¹⁴⁷⁷ Rappr. P.-Y. VERKINDT, « L'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 50-51, n° 7. Comp. G. BOREFREUND et M.-A. SOURIAU, « Trouble dans les représentations d'une discipline », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 155 et s., spéc. p. 156 : « La norme juridique prend ses distances avec l'idée que le droit du travail [...] doit être orienté, dans les principes qui le structurent comme dans ses catégories et techniques spécifiques, vers la limitation de l'inégalité consubstantielle aux rapports entre employeurs et salariés [...] ».

¹⁴⁷⁸ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 411, p. 435 : « La qualité du contractant a toujours été un critère légal pertinent de protection. Pour l'acte unilatéral extinctif, la détermination du contractant devant être spécialement protégée renvoie à l'importance du préjudice subi ».

¹⁴⁷⁹ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 425, p. 385.

¹⁴⁸⁰ Rappr. N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, PUF, 1999, p. 78 : « C'est en sortant du cadre de l'échange égalitaire qu'une protection peut se justifier au nom de la correction de la subordination et de la dépendance du salarié » ; F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 423, p. 383 : « Le droit étatique, jusqu'à une époque encore récente, a appliqué les mêmes règles au licenciement et à la démission : faculté discrétionnaire de rupture par volonté unilatérale, sous réserve de l'abus de droit [...]. De façon frappante, l'article 1780 du Code civil (loi du 27 déc. 1980) ne distingue pas entre les deux actes » ; A. BUGADA, « En droit du travail : équilibre contractuel et justice sociale », in G. Lardeux (dir.), *L'équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 75 et s., spéc. p. 77-78 : « L'approche égalitariste érode l'absolutisme du licenciement ».

¹⁴⁸¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc.

disparité dans les conditions d'exercice des droits, établie en fonction de la qualité du contractant, rapproche ces réglementations des règles applicables au contrat administratif, ce dernier étant caractérisé par une inégalité structurelle¹⁴⁸². En revanche, contrairement aux contrats de droit privé évoqués précédemment, l'exercice par la partie forte de ses prérogatives peut, dans les contrats administratifs, se trouver encouragé¹⁴⁸³. Autrement dit, dans ces contrats, l'asymétrie des conditions d'exercice des droits tourne à la faveur du contractant personne publique.

298. Dans les hypothèses de finalisation du pouvoir unilatéral d'un contractant, il arrive fréquemment que soit reconnu à l'autre partie un droit dépourvu de caractère finalisé. L'observation démontre la fonction de rééquilibrage assurée par le mécanisme de la finalisation des droits dans le contrat. Ce faisant, la finalisation des droits sert directement l'objectif de justice contractuelle. L'un des moyens utilisés par le législateur afin de pallier l'existence d'inégalités entre les parties au contrat de travail consiste à imposer à l'employeur de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse¹⁴⁸⁴. La loi opère ainsi, par le biais de l'exigence de justification, un certain rééquilibrage du contrat de travail en créant une inégalité juridique favorable au salarié¹⁴⁸⁵. Face au constat du caractère structurellement déséquilibré du contrat de travail ainsi que des risques d'abus et d'excès qui en résultent pour le salarié, le législateur fait peser sur l'employeur un certain nombre de contraintes et au titre desquelles figure notamment l'exigence de justification de ses

n° 22, p. 170 : « [...] le droit de la consommation octroie plus de droits à une catégorie de contractants. Aux consommateurs sont accordés les droits à l'information, à la clarté, à l'équilibre contractuel. Au professionnel, ces droits sont en principe refusés ».

¹⁴⁸² Rappr. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 333, p. 169 : « Bien qu'étudiés en droit privé, les régimes contractuels applicables aux contractants en qualité d'entreprise en difficulté, de fermier et en qualité de commerçant, comportent l'aspect inégalitaire de l'esprit de soumission marquant le droit public ».

¹⁴⁸³ V. en ce sens, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 178, p. 101 : « Les droits du contractant sont limités, ceux de l'administration renforcés ».

¹⁴⁸⁴ N. FERRE, « Les travailleurs dans le Code civil », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 123 et s., spéc. p. 129 : « L'intervention du législateur est légitime car elle aurait pour creuset l'existence d'inégalités de fait qu'elle doit corriger par la mise en place de normes limitant les pouvoirs de l'employeur ». Plus largement, J.-P. CHAZAL, « La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir le compromis républicain », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 227 et s., spéc. p. 234.

¹⁴⁸⁵ Rappr. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 52, p. 50 : « La partie initialement défavorisée se voit donc conférer des avantages qui sont interdits au contractant fort [...] ».

décisions¹⁴⁸⁶. Ainsi, non sans paradoxe, une plus grande égalité entre contractants est recherchée à travers l'instauration d'inégalités de droit¹⁴⁸⁷. Il ressort d'ailleurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de certaines catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi »¹⁴⁸⁸. De cette manière, les inégalités juridiques mises en place par le droit du travail, et parmi elles la finalisation du droit de licencier de l'employeur, tendent à la réalisation d'une égalité concrète¹⁴⁸⁹, à travers une « égalisation des armes dans la relation individuelle de travail »¹⁴⁹⁰. Il n'est dès lors pas étonnant que la finalisation des droits se réalise principalement dans les contrats inégalitaires puisqu'elle constitue un instrument au service d'une égalité réelle entre les contractants¹⁴⁹¹. En effet, si la reconnaissance de pouvoirs unilatéraux au bénéfice du contractant fort peut être perçue comme un certain repli du principe d'égalité¹⁴⁹², la finalisation de ces mêmes pouvoirs marque alors une avancée du principe d'égalité dans la sphère contractuelle. Le resserrement des conditions d'exercice des droits, notamment lorsqu'il se manifeste par

¹⁴⁸⁶ V. X. LAGARDE, « Libres propos sur les évolutions du travail », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 433 et s., spéc. n° 3, p. 435 : « Le rapport du travail est donc conçu comme un rapport de force, structurellement défavorable au salarié. De la sorte, il comporte le risque d'atteintes à la sécurité et à la dignité du salarié ; qui plus est, il est source de précarité. Pour rétablir les choses, il importe de définir des règles de méthode et des règles de fond [...] ».

¹⁴⁸⁷ V. en droit du travail, J.-E. RAY, « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83 et s. : « Pour compenser une inégalité économique favorable à l'employeur, [le droit du travail] crée une inégalité juridique favorable au salarié ». De manière plus générale, P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 51, p. 45-46 : « Le paradoxe est que selon la forme d'égalité retenue, c'est la raison égalitaire qui peut conduire à l'inégalité ».

¹⁴⁸⁸ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*. V. égal. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, p. 38 : « [...] l'égalité des êtres humains est une égalité en valeur. [...] Ce n'est pas à la différenciation que s'oppose l'égalité, mais à la dévalorisation, ce qui est tout à fait différent ».

¹⁴⁸⁹ Sur l'importance de la place de cette égalité concrète en droit du travail, N. FERRE, « Les travailleurs dans le Code civil », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 123 et s., spéc. p. 129-130 ; A. SUPLOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail en marge de l'arrêt Stoeckel », *Dr. soc.* 1992, p. 382 et s.

¹⁴⁹⁰ L'expression est empruntée à A. BUGADA, « En droit du travail : équilibre contractuel et justice sociale », in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 75 et s., spéc. p. 76. Dans le même sens, P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 5, p. 17 : « [La loi égalitaire] utilise la contrainte pour, contre le fort, donner des armes au faible ».

¹⁴⁹¹ Rappr. P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 409, p. 358 : « L'hypothèse la plus naturellement admise étant que plus le contrat serait susceptible d'être le théâtre d'une inégalité, plus la motivation de la rupture aurait pu s'avérer justifiée ».

¹⁴⁹² En ce sens à propos de la fixation unilatérale du prix, Th. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD civ.* 1997, p. 37 et s., spéc. n° 10, p. 43.

l'instauration d'une exigence de justes motifs à la charge de la partie dominante, favorise donc l'égalité au sein des rapports contractuels¹⁴⁹³. Pour le dire autrement, la volonté d'atteindre une égalité plus concrète dans certains rapports contractuels a débouché sur la reconnaissance de catégories de contractants¹⁴⁹⁴. Les réglementations égalitaires orientées vers la réalisation d'une égalité réelle n'en conservent pas moins une dimension abstraite. Un tel constat laisse penser que la quête d'égalité concrète doit être envisagée non pas comme une négation de l'égalité formelle mais, plutôt, comme un complément nécessaire à celle-ci¹⁴⁹⁵. Dans les contrats structurellement inégalitaires, l'affirmation d'une égalité des parties devant la loi ne saurait suffire à écarter tout risque d'abus par le contractant fort de ses prérogatives juridiques. Dans de tels contrats, le constat de l'existence d'inégalités de fait commande l'instauration, à des fins égalitaires, d'inégalités de droit¹⁴⁹⁶.

299. La relativisation de la place de l'égalité formelle conduit, dans une certaine mesure, à remettre en cause la conception traditionnelle des fondements de l'action individuelle du contractant¹⁴⁹⁷. En effet, si l'égalité formelle concorde avec la reconnaissance d'une volonté discrétionnaire¹⁴⁹⁸, l'établissement d'une égalité plus concrète coïncide davantage avec l'admission d'une certaine hétéronomie qui exercerait une influence sur le régime d'exercice des droits attribués aux contractants. Lorsqu'il repose sur la prise en compte de la qualité des parties, l'encadrement par le législateur des finalités d'exercice des prérogatives contractuelles constitue une inégalité juridique au

¹⁴⁹³ Rappr. P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 124, p. 112 : « Une égalité individuelle, ou individualiste née de l'égalité devant la loi, porteuse de prérogatives cède le pas à une égalité sociale, collective, assurée notamment par les restrictions, au nom de la morale, à la liberté dans l'usage des droits ».

¹⁴⁹⁴ V. à propos des relations de travail, B. DABOSVILLE et Q. URBAN, « Préserver l'imagination normative en droit du travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 239 et s., spéc. p. 241.

¹⁴⁹⁵ En ce sens, A. SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail en marge de l'arrêt Stoeckel », *Dr. soc.* 1992, p. 382 et s. : « Ne retenir du principe d'égalité que l'une de ses faces, que ce soit l'égalité concrète ou l'égalité formelle, conduit ainsi au même résultat : la primauté du fait sur le droit ».

¹⁴⁹⁶ V. R. HOUIN, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial, Rapport général », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, 1961, Dalloz, 1965, p. 233 et s., spéc. p. 237.

¹⁴⁹⁷ Rappr. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. n° 25 : « Alors que l'utile correspond davantage aux valeurs classiques de la théorie générale, même si la notion d'utilité a elle aussi évolué, le juste quant à lui incarne des aspirations grandissantes à l'égalité et à l'équilibre dans le contrat. Il s'agit alors de combiner cette double aspiration afin d'en dépasser la contradiction ».

¹⁴⁹⁸ V. par ex., Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Québécoises*, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 5, p. 13 : « [...] l'égalité formelle, qui, n'admettant de considérer les individus que sous le prisme unique, homogène et unifiant du sujet de droit, voit dans leurs forces et talents le seul moyen de fonder et de légitimer leurs actions [...] ».

service d'une égalité réelle qui donne à voir une volonté individuelle qui puise de plus en plus le principe de son action dans des éléments qui lui sont extérieurs. Pour reprendre les mots de M. Berthiau, « les maîtres de la loi contractuelle, ou les parties contractantes, se voient imposer par un organe normatif extérieur une égalité par le droit »¹⁴⁹⁹. Le contractant n'est pas pleinement libre de déterminer les intérêts qu'il entend poursuivre. Dans un nombre de cas quantitativement importants, il se trouve désormais contraint, dans l'exercice de ses droits, de justifier de la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant¹⁵⁰⁰ ou encore de la légitimité des intérêts personnels qu'il entend satisfaire¹⁵⁰¹.

300. Quoi qu'il en soit, ces réglementations égalitaires n'envisagent pas la protection de tel ou tel contractant pris isolément mais, au contraire, celle d'une catégorie entière de contractants présumés faibles¹⁵⁰². Ce faisant, le contractant, figure juridique abstraite, laisserait davantage paraître les traits de la personne humaine¹⁵⁰³. Une telle tendance, consistant à mettre la personne du contractant au cœur des préoccupations du législateur¹⁵⁰⁴, s'observe particulièrement avec le développement de statuts applicables à des catégories de contractants¹⁵⁰⁵. Ce mouvement invite à considérer l'existence de points de rapprochement entre le droit des contrats et celui des personnes¹⁵⁰⁶. Par ailleurs,

¹⁴⁹⁹ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, n° 108, p. 57.

¹⁵⁰⁰ Rapp. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. n° 11, p. 614 ; Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 et s., spéc. n° 12, p. 425. Pour une étude générale, M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, th. Paris II, 2014.

¹⁵⁰¹ L'exercice de la prérogative dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire n'est pas, selon nous, consubstantiel au pouvoir juridique. La nécessité de prendre en compte l'intérêt du cocontractant concerne ainsi certains pouvoirs unilatéraux, mais pas tous.

¹⁵⁰² V. en ce sens, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 16, p. 43 : « Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres. Sous un régime démocratique, la protection va naturellement à ceux qui sont en même temps les plus faibles et les plus nombreux. Cette politique sans doute se réclame de la justice, mais c'est une justice abstraite : elle ne tient pas compte des situations individuelles ; elle fait de grandes catégories dans les sujets de droit ».

¹⁵⁰³ V. R. MARTIN, « Personne et individu (Un arrière-plan de la bioéthique) », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 481 et s., spéc. n° 4, p. 482 : « La personne humaine conceptualise l'homme concret, tout l'homme, alors que la personne juridique n'est qu'un artefact [...] ».

¹⁵⁰⁴ Rapp. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 103, p. 88 : « Si les caractéristiques concrètes du contrat entraînent l'application de dispositions légales particulières, c'est indirectement en raison de la personnalité des parties ».

¹⁵⁰⁵ X. LAGARDE, « Libres propos sur les évolutions du travail », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 433 et s., spéc. n° 11, p. 442 : « De fait, le statut dit aux individus qui ils sont (chômeur, congé-maladie...) alors que par le contrat, les individus disent d'abord ce qu'ils veulent ».

¹⁵⁰⁶ V. sur ce point, C. LABRUSSE-RIOU, « De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 499 et s. Adde, J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des

l'approche ici envisagée tranche de manière significative avec la considération des rédacteurs du Code civil selon laquelle les inégalités entre les Hommes n'ont pas à faire l'objet d'une réglementation particulière. À ce titre, Portalis remarquait dans l'exposé des motifs du titre deuxième portant sur la propriété qu'« on aurait tort de craindre les abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes. L'humanité, la bienfaisance, la pitié, toutes les vertus dont la semence a été jetée dans le cœur humain, supposent ces différences, et ont pour objet d'adoucir et de compenser les inégalités qui en naissent et qui forment le tableau de la vie »¹⁵⁰⁷. Si elle a pour objectif louable la protection de la partie faible¹⁵⁰⁸, l'instauration d'une réglementation asymétrique des conditions de rupture du contrat de travail pourrait cependant avoir des effets indésirables¹⁵⁰⁹. Par ailleurs, « la finalité égalitaire postule un avantage catégoriel, une inégalité temporaire ; par la suite, la pérennité de telles mesures signerait leur échec, puisqu'elle témoignerait de la persistance de l'inégalité que l'on avait cherché à faire disparaître et donc de l'inefficacité des mesures prises »¹⁵¹⁰. Pourtant, le constat pouvant être actuellement dressé est celui de la durabilité tant du déséquilibre structurel affectant certains contrats que des avantages catégoriels reconnus aux contractants. Conformément à la critique formulée par M. Monéger, « pérenniser était à l'origine, selon la sémantique, faire durer un an ce qui avait un caractère temporaire. Aujourd'hui, c'est conférer l'éternité ou au moins la permanence »¹⁵¹¹. Quoiqu'il en soit, la finalisation des droits peut frapper les prérogatives des parties en raison de la qualité de celui qui en est le titulaire, autrement dit en prenant

contrats, du droit au marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 16, p. 856.

¹⁵⁰⁷ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, 1827, p. 116. V. égal. P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 27, p. 32 ; V. LARRIBAUTERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, Du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 83 et s., spéc. p. 92.

¹⁵⁰⁸ Un tel objectif serait même l'un des traits de tout système juridique évolué, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 376, p. 224 : « Un droit évolué se doit de poursuivre une finalité de protection des plus faibles et cette finalité relève de l'intérêt général ».

¹⁵⁰⁹ B. DABOSVILLE et Q. URBAN, « Préserver l'imagination normative en droit du travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 239 et s., spéc. p. 249 : « Surprotégeant les salariés, notamment en cas de licenciement, le droit du travail serait, en l'état, un frein à la compétitivité des entreprises françaises, un facteur d'aggravation du chômage et une source d'inégalité entre les salariés » ; Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271 et s., spéc. n° 9 : « [...] la multiplication des statuts spéciaux et des contrats administrés fait pulluler, dans les interstices de la réglementation, des contrats "noirs" qu'aucun juge ne jugera jamais ».

¹⁵¹⁰ D. COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 91 et s., spéc. p. 100.

¹⁵¹¹ J. MONEGER, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 507 et s., spéc. n° 54, p. 524.

en compte l'existence d'un déséquilibre des pouvoirs des parties¹⁵¹². Le choix des prérogatives devant être finalisées repose ici sur l'établissement d'une présomption de force de l'un des contractants en considération de sa qualité¹⁵¹³. La prise en compte de l'inégalité des parties dans la détermination du régime des prérogatives juridiques conduit à relativiser l'influence d'autres éléments sur celui-ci, telle que la durée des relations contractuelles¹⁵¹⁴. Lorsqu'il découle d'un statut reconnu par le législateur¹⁵¹⁵, l'encadrement des motifs d'exercice des droits participe donc à l'élaboration de catégories de contractants¹⁵¹⁶. C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision portant sur la *loi relative au pacte civil de solidarité*, relevé qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation »¹⁵¹⁷. C'est dire que des dispositions particulières peuvent être substituées au droit commun de la rupture afin de garantir une protection rendue nécessaire à certains contractants¹⁵¹⁸. L'encadrement de la rupture du contrat, essentiellement dans le but de protéger la partie présumée faible¹⁵¹⁹, a également contribué à l'autonomisation de certaines branches du droit, tel que le droit du

¹⁵¹² V. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002 ; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 308, p. 266.

¹⁵¹³ Comp. en droit de la concurrence, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc. n° 21, p. 169.

¹⁵¹⁴ En ce sens, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 466, p. 359.

¹⁵¹⁵ V. G.-H. CAMERLYNCK, « De la notion civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP* 1958, I, 1425.

¹⁵¹⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc. n° 4, p. 158 : « Tant la multiplication de droits spécialisés destinés à certaines catégories de contractants – salariés, locataires, assurés, touristes –, que la diversification des régimes, en fonction de la qualité des parties, au sein d'un même contrat spécial [...] illustrent l'existence de catégories de personnes dans le droit des contrats spéciaux ».

¹⁵¹⁷ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : LPA 1^{er} déc. 1999, note J.-É. SCHOETTL ; *JCP G* 2000, I, 261, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. V. égal. L.-A. FEMENIA, « Le contrat, après la décision du conseil constitutionnel du 9 novembre relative au pacte civil de solidarité », *RRJ* 2002/3, p. 1999 et s., spéc. p. 1201 : « Le Conseil constitutionnel prend parti sur les relations entre contractants, même si son intention est de préciser ou de perfectionner la règle de droit plutôt que de protéger l'une des parties au contrat ».

¹⁵¹⁸ En ce sens à propos de la rupture du contrat de travail, J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, chron. p. 253 et s., spéc. p. 257 : « Alors que le droit civil perd une grande partie de son attraction sur la rupture émanant de l'employeur, la démission du salarié reste sous l'emprise des techniques civilistes ».

¹⁵¹⁹ Sur les autres moyens de protéger la partie faible au contrat, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 et s.

travail¹⁵²⁰. En effet, « le choix du terme est donc une arme, une manière comme une autre d'exercer sa *potestas* sur son cocontractant »¹⁵²¹. Il en résulte que la consécration d'obligations de justification de l'exercice d'un droit offre une protection qui est le plus souvent réservée à certaines catégories de contractants¹⁵²². Certains auteurs ont pu inopportunément y voir la marque de l'érection d'un « droit de classe »¹⁵²³. M. Farjat considère notamment à ce titre qu'« à un Droit civil napoléonien, droit d'une classe, succède un droit ou sans doute toutes les classes et catégories sociales ont plus ou moins leur part »¹⁵²⁴. La finalisation des prérogatives juridiques de la partie forte marque une diversification des expressions du principe d'égalité en droit des contrats¹⁵²⁵. Par ailleurs, la reconnaissance des contrats structurellement déséquilibrés par la réforme de 2016-2018¹⁵²⁶, à travers la consécration de la figure du contrat d'adhésion¹⁵²⁷, a conduit à une prise en compte accrue des intérêts catégoriels par le Code civil rénové. Pour reprendre les mots de M. Terré, « le catégorique s'est alors effacé devant le catégoriel et l'individu devant le groupe, à la faveur de la réunion plus ou moins éphémère de personnes égales dans l'inégalité »¹⁵²⁸. Autrement dit, déjà apparente dans plusieurs législations spéciales¹⁵²⁹, la différenciation des contractants deviendrait plus nette qu'auparavant au sein des

¹⁵²⁰ En ce sens, Th. LAHALLE, « L'articulation des normes applicables à la rupture du contrat de travail », in B. TEYSSIE (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 83 et s., spéc. n° 155, p. 89.

¹⁵²¹ C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 307, p. 265.

¹⁵²² Rappr. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc. n° 5, p. 159 : « [...] nous sommes en présence de catégories fonctionnelles, toujours abstraites bien sûr, mais dont la caractéristique est qu'elles sont instrumentalisées par le législateur pour conférer un statut spécifique à l'un des contractants, statut le plus souvent protecteur ».

¹⁵²³ V. par ex. G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouvrier* 2004, p. 52 et s., spéc. p. 55 : « C'est l'ensemble du droit actuel qui tend au maintien d'un ordre favorable à une classe et oppresseur pour une autre ». Comp. A. SUPLOT, *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979, p. 104-105.

¹⁵²⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 108, p. 91.

¹⁵²⁵ Rappr. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 16, p. 43 : « Quand l'idée a été acquise que les faibles ont le droit d'être protégés par les pouvoirs publics à raison de leur faiblesse même, l'intervention légale a sacrifié le principe de l'égalité devant la loi, sans avouer que certaines catégories de personnes étaient ainsi privilégiées ».

¹⁵²⁶ Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217. V. égal. avant la réforme, Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD civ.* 1997, p. 75 et s., spéc. p. 84.

¹⁵²⁷ Sur les conditions propices à la généralisation du phénomène de l'adhésion, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1976, n° 40, p. 26.

¹⁵²⁸ F. TERRE, « Rapport introductif – L'opération de catégorisation », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 3 et s., spéc. p. 6.

¹⁵²⁹ V. à propos du droit de la consommation, J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 9 et s., spéc. n° 15, p. 14.

dispositions du Code civil¹⁵³⁰. La catégorisation des contractants ne serait donc plus, autant que par le passé, un point de divergence entre le droit commun et les législations spéciales¹⁵³¹. De prime abord, il en résulte une certaine complémentarité du commun et du spécial dans la protection de la partie en situation de faiblesse. Une telle convergence des règles ne doit toutefois pas faire oublier les conflits qu'elle est susceptible de faire naître¹⁵³².

301. La prise en compte d'intérêts catégoriels, jusque dans le droit commun des contrats¹⁵³³, atteste de la pression croissante que la réglementation exerce sur l'expression de la volonté de certains contractants en raison de leur qualité¹⁵³⁴. Quelques-uns pourraient sans doute voir dans une telle emprise des règles sur la liberté des parties la manifestation d'un certain pessimisme de la part du législateur¹⁵³⁵. Ce développement autoritaire de réglementations asymétriques trace-t-il les contours d'un « processus d'institutionnalisation »¹⁵³⁶ ou encore de « publicisation » du contrat¹⁵³⁷ ? Il est vrai que, s'il est loin d'être méconnu du droit privé, le principe d'égalité paraît bien plus prégnant en droit public¹⁵³⁸. Quoi qu'il en soit, de telles réglementations témoignent assurément d'un

¹⁵³⁰ Comp. antérieurement, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157 et s., spéc. n° 14, p. 164.

¹⁵³¹ V. de manière critique sur la prise en compte du catégoriel par les règles du Code civil, F. X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673, n° 42.

¹⁵³² Sur de tels conflits, H. BARBIER, « Protection du contractant : quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial bien au contraire ! », *RTD civ.* 2015, p. 373 et s.

¹⁵³³ Évoquant la présence de la règle d'or au sein du droit commun des contrats réformé, G. HILGER, « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA* 5 nov. 2019, n° 221, p. 6.

¹⁵³⁴ En ce sens à propos de la détermination de la durée du contrat, O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 539, p. 430.

¹⁵³⁵ V. H. LECUYER, « L'optimisme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 et s., spéc. p. 619 : « La liberté est brandie en étendard et retenue en principe, liberté qui est tout autant la marque de la confiance que des attentes placées dans l'homme par le droit ».

¹⁵³⁶ L'expression est empruntée à J. CHEVALLIER, « Conclusion », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 183 et s., spéc. p. 183 et s., spéc. p. 184 : « [...] le processus d'institutionnalisation constitue un moyen de pérenniser les relations de type contractuel [...] ».

¹⁵³⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, n° 11 : « La publicisation est le moyen de rendre le droit social ». V. égal. L. JOSSERAND, « La “publicisation” du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. III, LGDJ, 1938, p. 143 et s.

¹⁵³⁸ En ce sens, J.-E. RAY, « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83 et s. : « Pour les publicistes, l'égalité est une seconde nature sinon une religion : en droit international public, en droit constitutionnel comme en droit administratif le principe d'égalité est omniprésent ». Comp. P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003, n° 3, p. 16 : « D'une certaine manière, le droit public ne connaît qu'une forme d'égalité ; celle qui à chacun donne les mêmes droits face à l'État. Cette égalité devant la loi ne suffit pas, en droit privé, pour asseoir entièrement l'égalité des droits ».

dirigisme du législateur à propos de la matière contractuelle¹⁵³⁹ ou, pour le dire autrement, d'une « instrumentalisation » du contrat¹⁵⁴⁰. Selon une formule empruntée à Cornu, « l'étude n'est plus aux inégalités sociales nées du libéralisme mais aux discriminations nées du protectionnisme »¹⁵⁴¹. Dans cette perspective, la finalisation législative des droits des contractants se rattache à l'une des « méthodes de l'interventionnisme » consistant à imposer « des mesures, extérieures aux parties, visant à rééquilibrer le contenu contractuel »¹⁵⁴². Le rééquilibrage qui s'opère par la finalisation des droits affecte principalement les contrats caractérisés par un déséquilibre des forces en présence¹⁵⁴³. Ceci permet de comprendre le choix du législateur d'opérer un « rééquilibrage autoritaire de la relation contractuelle »¹⁵⁴⁴. En effet, l'appréciation de l'équilibre contractuel, plus précisément celle des déséquilibres en pouvoirs, prend un sens particulier dans les contrats structurellement déséquilibrés¹⁵⁴⁵. La mise en relief de l'existence d'inégalités structurelles au sein des rapports contractuels de droit privé autorise un rapprochement avec le contrat administratif, celui-ci reposant nécessairement sur une inégalité entre les parties¹⁵⁴⁶. Quoiqu'il en soit, la finalisation des droits de certains contractants permet de prévenir les déséquilibres susceptibles de résulter de l'exercice d'un pouvoir¹⁵⁴⁷, sans qu'il soit pour

¹⁵³⁹ Sur le dirigisme affectant le droit civil, R. LIBCHABER, « Le dépérissement du droit civil », in F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, LGDJ, 2018, p. 243 et s. V. déjà, M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat-Montchrestien, 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007, n° 109, p. 199.

¹⁵⁴⁰ V. not. Ph. REMY, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Jurisprudence – Revue critique* 2010, p. 13 et s., spéc. p. 17 : « L'instrumentalisme est la conviction, très généralement répandue, que le droit n'est qu'une collection de techniques destinées à obtenir des résultats économiques ou sociaux déterminés [...] ».

¹⁵⁴¹ G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international (Journées de Luxembourg)*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 87 et s., spéc. p. 120.

¹⁵⁴² V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 433-434. L'auteur distingue cette forme d'interventionnisme de deux autres formes auxquelles le phénomène de finalisation des droits ne nous semble pas appartenir.

¹⁵⁴³ Évoquant « l'émergence de contrats d'un nouveau type », A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 169 : « La dynamique du principe d'égalité, qui porte l'Occident depuis deux siècles, conduit à substituer autant que faire se peut le contrat à l'exercice unilatéral du pouvoir, le bilatéral à l'unilatéral, l'autonome à l'hétéronome. Mais, en envahissant les terres de l'hétéronomie, le Droit des contrats s'en imprègne et se fait instrument d'assujettissement des personnes ».

¹⁵⁴⁴ La formule est empruntée à G. VIRASSAMY, « La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 183 et s., spéc. p. 184.

¹⁵⁴⁵ V. G. LARDEUX, « Rapport introductif », in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 10.

¹⁵⁴⁶ En ce sens, A. VANG LANG, « Solidarisme contractuel et contrat administratif, une association impensable ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 143 et s., spéc. n° 4, p. 145.

¹⁵⁴⁷ V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 324 : « L'obligation de motivation pourrait ainsi être un outil de contrôle correspondant davantage aux équilibres sur lesquels veiller ». Rappr. à propos des exigences de motivation figurant aux articles 1164 et 1165 du Code civil, G. HILGER, « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA* 5 nov. 2019, n° 221, p. 6.

autant question d'établir une stricte égalité entre les parties¹⁵⁴⁸. Si les réglementations asymétriques, au titre desquelles figurent notamment celles qui finalisent les prérogatives d'un contractant, instaurent des inégalités juridiques au profit de l'un des contractants, elles débouchent, non pas sur une égalité parfaite entre les parties, mais sur un meilleur équilibre des pouvoirs en présence dans le contrat¹⁵⁴⁹. En effet, « réaliser un équilibre, quelle qu'en soit la nature, consiste d'une part à consacrer des convergences, d'autre part à concilier au mieux des divergences »¹⁵⁵⁰.

302. La finalisation des droits des contractants présumés forts dans la relation contractuelle, et plus particulièrement de leurs prérogatives de rupture, témoigne d'une indispensable prise de distance avec une conception du contrat n'y voyant qu'un échange instantané et égalitaire¹⁵⁵¹. L'analyse des incidences de l'exigence de justification de l'exercice des droits participe donc à mettre en exergue une « dualisation de la théorie du contrat »¹⁵⁵². Dès lors que la finalisation des pouvoirs unilatéraux de la partie présumée forte est perçue comme un outil de rééquilibrage des contrats structurellement déséquilibrés, il deviendrait en principe inutile d'y recourir dans les contrats où les rapports de force sont équilibrés parce que conclus entre personnes libres et égales. Ainsi que l'a exprimé M. Dockès, « le pouvoir créé pour contrecarrer le pouvoir ne doit pas surpasser en

¹⁵⁴⁸ Rappr. Th. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD civ. 1997, p. 37 et s., spéc. n° 11 : « L'interventionnisme protecteur est [...] légitimé par l'admission de l'inégalité entre les parties à la relation de dépendance. Mais il est également limité par la reconnaissance de cette inégalité, car cette reconnaissance interdit à la politique de protection de la partie faible de supprimer l'inégalité entre parties ! Elle peut seulement la cantonner ».

¹⁵⁴⁹ A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68, spéc. n° 14 : « Ce n'est pas à proprement parler, l'égalité qui occupe la position centrale dans la gestation du droit légiféré du travail ; c'est plutôt l'aspiration à la correction des inégalités ».

¹⁵⁵⁰ F. WAREMBOURG-AUQUE, « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) », *JCP G* 1989, 3421, spéc. n° 7.

¹⁵⁵¹ Évoquant une telle conception, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 414 : « Dans une approche classique, individualiste et libérale, plus ou moins issue de l'époque du Code civil, se prolongeant pendant le XIX^e siècle et toujours solide aujourd'hui, le contrat est conçu comme la rencontre de volontés de deux parties de forces présumées égales. [...] dans cette conception, le contrat s'impose comme un échange économique égalitaire de l'instant ». V. récemment, S. LEQUETTE, « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541.

¹⁵⁵² Suivant la formule de Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 et s., spéc. n° 20, p. 431 : « La période qui s'est ouverte avec la réforme de 2016-18 est donc bien celle du "contrat Janus" : un contrat de droit commun aux deux visages, car incarné dans deux grandes figures antithétiques, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, en ce qu'elles concrétisent des conceptions irréductibles l'une à l'autre de ce qui fait le cœur de cet acte – le rôle de la volonté des parties dans la détermination du contenu du contrat et la façon dont l'intérêt de chaque contractant y est promu et défendu ». Comp. H. VILAIN, « Le droit du contrat sans la notion de contrat d'adhésion en droit français », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion*, Perspectives franco-québécoises, Dalloz, 2018, p. 23 et s., spéc. p. 25.

intensité le pouvoir qu'il combat. La limitation du pouvoir par le droit ne peut dès lors concerner que des pouvoirs forts ou particulièrement dangereux »¹⁵⁵³. Bien que la finalisation des droits concerne le plus souvent les prérogatives unilatérales des contractants placés en position de force dans le rapport contractuel, toutes les prérogatives octroyées à ces contractants ne doivent pas pour autant faire l'objet d'un encadrement de leurs motifs d'exercice. Parce qu'il convient de ne pas en faire un mécanisme aveugle, le processus de finalisation frappe de manière sélective les prérogatives reconnues aux contractants¹⁵⁵⁴. L'objectif poursuivi ne saurait être celui d'une vaine tentative d'éradication de l'ensemble des inégalités entre les contractants¹⁵⁵⁵. Comme l'affirmait déjà Demogue il y a plus d'un siècle :

« La différenciation appelle entre les personnes en conflit une réglementation adaptée au but spécial que chacun poursuit. C'est là que le droit doit chercher d'habiles conciliations. Il ne s'agit pas d'établir l'égalité entre patrons et ouvriers, entre industriels et consommateurs, mot ici vide de sens, il ne faut pas rechercher qui doit commander, être maître du marché, il faut établir des règles qui s'adaptent aux buts que poursuivent, chacun de leur côté, ces personnes envisagées à un point de vue professionnel ou non. Ce n'est pas dire d'ailleurs que ce problème soit toujours, comme les autres, complètement résoluble »¹⁵⁵⁶.

303. Par ailleurs, l'unilatéralisme dans la sphère contractuelle est susceptible de prendre des formes diverses. Selon la personne qui en est le bénéficiaire, l'unilatéralisme

¹⁵⁵³ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005, p. 83. Dans le même sens à propos du contrôle des pouvoirs de l'employeur, P.-H. ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 3 et s., spéc. n° 10, p. 9.

¹⁵⁵⁴ Rappr. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, préf. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2005, n° 911 et s., p. 505 et s. : « [...] une inégalité structurelle ou un déséquilibre économique et social particulièrement important occasionné par la cessation du contrat constituent les critères de limitation du droit de rupture unilatérale ».

¹⁵⁵⁵ C'est également à un tel constat que semble conduire l'analyse économique des inégalités entre les cocontractants, M. LEVASSEUR, « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 95 et s., spéc. p. 97 : « [...] les différentes inégalités présentes entre les parties ne conduisent pas nécessairement à des échanges inefficaces ».

¹⁵⁵⁶ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, réimp. de l'édition de 1911, La mémoire du droit, 2001, p. 141-142. Rappr. J.-E. RAY, « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83 et s. : « Le combat pour l'égalité est un travail de Sisyphe [...] ».

constitue tantôt un moyen de contrainte¹⁵⁵⁷, tantôt un moyen de défense¹⁵⁵⁸. Quand l'unilatéralisme sert exclusivement les intérêts de la partie forte dans le rapport contractuel, l'encadrement de ses finalités d'exercice bénéficie à la partie en position de faiblesse. Dans cette perspective, la finalisation des prérogatives unilatérales au sein du contrat tend à un équilibre des pouvoirs essentiellement dans un objectif de protection de la partie faible. Cette protection du contractant vulnérable passe également par la reconnaissance à son profit de prérogatives unilatérales très faiblement encadrées¹⁵⁵⁹. L'attribution de tels droits faire figure de contre-pouvoir aux droits finalisés du cocontractant en position de force dans le contrat. L'affirmation selon laquelle, « les droits discrétionnaires légitiment trop l'injustice et la méchanceté pour être justifiés »¹⁵⁶⁰, mérite ainsi d'être nuancée par la prise en compte de la qualité de celui qui en est le titulaire. Si la reconnaissance d'une volonté discrétionnaire peut constituer le support d'un abus¹⁵⁶¹, elle permet néanmoins en certaines occasions de garantir la liberté de la partie faible au contrat. Il convient en effet de ne pas perdre de vue que « la personne vulnérable est celle dont la situation compromet ou rend plus difficile l'acquisition ou l'exercice de tout ou partie des droits subjectifs »¹⁵⁶². Dans

¹⁵⁵⁷ Rapp. H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 et s. : « À travers l'unilatéralisme des sanctions, c'est la justice privée qui s'invite dans le contrat » ; A. BAREGE, *L'éthique et le rapport de travail*, préf. de B. BOSSU, LGDJ, 2008, n° 389, p. 236 : « L'unilatéralité est dangereuse lorsqu'elle confère à un contractant un droit excessif de vie ou de mort sur le contrat [...] ».

¹⁵⁵⁸ Opérant une distinction entre un « unilatéralisme qui libère » et un « unilatéralisme qui contraint », Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 95 : « L'unilatéralisme qui libère (qui permet de se dédire, de résilier) a des fonctions protectrices : il faut donc s'y résigner sans l'entraver. L'unilatéralisme qui contraint risque de porter préjudice à des personnes dignes de protection : il faut donc la minorer » (nous soulignons). Rapp. à propos du contrat de travail, A. BAREGE, *L'éthique et le rapport de travail*, préf. de B. BOSSU, LGDJ, 2008, n° 391, p. 238 : « [...] parce que le salarié et l'employeur ne se situent pas sur un pied d'égalité économique, l'unilatéralité ne peut être envisagée identiquement du point de vue de chacun des contractants ».

¹⁵⁵⁹ V. en ce sens à propos de l'octroi de facultés légales de rétractation au contractant, S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452 et s. ; L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble », *JCP G* 2000, I, 218, spéc. n° 22.

¹⁵⁶⁰ Ch. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA avr.* 1998, p. 3 et s., spéc. p. 21. Comp. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 459, p. 481 : « Le législateur ou la jurisprudence leur ont reconnu ce caractère, afin qu'ils soient exercés avec la plus entière liberté, sans que leur titulaire ait la moindre crainte d'être déclaré responsable ».

¹⁵⁶¹ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 1261, p. 804 : « [...] l'unilatéralisme est parfois une nécessité. Cependant, il va à l'encontre de l'esprit du contrat et porte en germes d'éventuels abus ».

¹⁵⁶² Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Québécoises*, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 12, p. 17. Rapp. L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29 et s., spéc. n° 4, p. 32 : « [...] ce qui peut apparaître, pour les uns, comme un excès de droit préjudiciable à l'exercice de leurs libertés sera ressenti, par les autres, comme un minimum de droit sans lequel leur propre liberté ne serait pas assurée [...] » (souligné par l'auteur).

cette perspective, la volonté du législateur d'accorder à la partie placée dans une situation de faiblesse ou de vulnérabilité des prérogatives fortes, autrement dit dont l'exercice ne se trouve pas entravé par des conditions de fond, s'explique aisément. De la sorte, la reconnaissance de prérogatives unilatérales au contractant faible et la finalisation des droits du fort remplissent des fonctions analogues. Non seulement l'existence de droits discrétionnaires ne freine pas nécessairement le développement de droits finalisés, mais ces deux catégories de prérogatives peuvent, en outre, revêtir une certaine complémentarité du point de vue de leurs fonctions. Par où s'observe le caractère protéiforme du rééquilibrage en pouvoirs du contrat au profit de la partie faible. Par exemple, le droit de la consommation a, semble-t-il, préféré contrebalancer les prérogatives unilatérales du professionnel par la mise en place d'un unilatéralisme non entravé au profit du consommateur ou du non-professionnel plutôt que par leur finalisation¹⁵⁶³. L'octroi par le législateur de facultés de rétractation au profit du consommateur constitue l'illustration la plus nette de cette forme de rééquilibrage¹⁵⁶⁴. L'objectif ici visé est de garantir la liberté du consommateur dans l'exercice de ses droits. En quelque sorte, pour qu'un contractant ne puisse abuser de son pouvoir unilatéral, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir de son cocontractant arrête son pouvoir¹⁵⁶⁵.

304. Conclusion de la section. – L'encadrement positif des motifs d'exercice des prérogatives détenues par la partie forte conduit indéniablement à contenir le pouvoir qu'elles enferment¹⁵⁶⁶. En pareille situation, il est fréquent que les prérogatives de son cocontractant demeurent libres et ne fassent pas l'objet d'une finalisation. Il en résulte alors une disparité dans la réglementation des conditions d'exercice des droits des contractants

¹⁵⁶³ V. J. JULIEN, « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 553 et s., spéc. n° 1, p. 553 : « Peu de législations sans doute présentent un manichéisme aussi marqué, et probablement est-il, du moins dans ses fondements si ce n'est dans sa mise en œuvre, justifié ».

¹⁵⁶⁴ G. LOISEAU, « Les droits du contractant vulnérable : droit commun », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 125 et s., spéc. p. 133 : « Les droits spéciaux, et le droit de la consommation en tête, ont élaboré des mesures d'assistance en faveur des parties en situation d'inégalité contractuelle [...] ».

¹⁵⁶⁵ Rappr. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1163, p. 1181 : « [...] le droit positif n'hésite pas à protéger et à offrir de nombreux droits subjectifs au destinataire de l'extinction unilatérale, afin d'en tempérer sa brutalité et/ou de permettre une plus grande stabilité des engagements ».

¹⁵⁶⁶ Rappr. à propos du « motif légitime », L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159 et s., spéc. p. 174 : « Il est manifeste qu'un tel *standard*, essentiellement social et moralisateur, est de nature à fournir au faible un rempart efficace contre l'agression du plus fort ; avec lui, c'est la fin qui justifie les moyens ; ce ne sont pas les moyens qui justifient la fin ».

en considération de la qualité du titulaire de droits. Cette réglementation asymétrique exerce, en instaurant une inégalité de droit profitant au cocontractant présumé faible¹⁵⁶⁷, une influence sur l'équilibre contractuel en pouvoirs dans le sens d'un rééquilibrage. Une fonction de rééquilibrage des pouvoirs contractuels peut donc être attachée au phénomène de la finalisation des droits.

La finalisation des droits ne frappe donc pas au hasard. Elle facilite l'instauration d'une protection catégorielle dans la mesure où elle opère en considération de la qualité de la partie au contrat. Pour l'essentiel, les droits finalisés dans le contrat sont des prérogatives reconnues au contractant présumé « fort ». Lorsque l'exigence de justification s'impose, elle vient généralement minorer les pouvoirs de la partie en position de force dans le rapport contractuel. L'inégalité de droit ainsi instituée provoque des disparités dans les conditions d'exercice des droits en fonction de l'appartenance du contractant à telle ou telle catégorie de contractants. Ce faisant, la finalisation des droits cherche à écarter un certain rééquilibrage des pouvoirs à travers l'instauration délibérée d'une asymétrie dans la réglementation des conditions d'exercice des droits. Cependant, parce qu'elle est fondée sur une présomption de faiblesse d'une catégorie entière de contractants et non sur une appréciation concrète des forces en présence, la protection catégorielle reconnue risque parfois de manquer son objectif et ainsi créer de nouveaux déséquilibres au sein de la relation. En outre, ces inconvénients pourront difficilement être évités dès lors que la réglementation asymétrique des droits des contractants revêt un caractère d'ordre public.

SECTION 2 : UNE REGLEMENTATION D'ORDRE PUBLIC

305. Distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection.

– La distinction devenue classique entre ordre public de protection et ordre public de direction est de celles dont la clarté théorique contraste avec les difficultés pratiques de mise en œuvre¹⁵⁶⁸. En effet, d'un point de vue théorique, l'ordre public de protection se

¹⁵⁶⁷ Distinguant les « inégalités de la nature » des « inégalités de droit », Ph. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 276 et s.

¹⁵⁶⁸ P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s., spéc. n° 9. L'auteur évoque, notamment à propos du droit de la concurrence, l'existence d'« un subtil dosage du principe masculin de la direction et du principe féminin de la protection, dont la philosophie chinoise dit qu'ils cohabitent partout en ce monde. Le vocabulaire en usage ne traduirait que la prééminence de l'un sur l'autre et non son exclusivité ». V. égal. sur la difficulté à saisir le contenu de l'ordre public en matière contractuelle, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 46.

trouverait attaché à la défense d'intérêts privés tandis que l'ordre public de direction aurait trait à l'intérêt général¹⁵⁶⁹. La nature de l'intérêt préservé fournit ainsi le critère de rattachement des dispositions légales aux différentes sous-catégories de l'ordre public économique. De la sorte, les réglementations égalitaires destinées à protéger une partie dite « faible » au contrat relèveraient exclusivement d'un ordre public de protection¹⁵⁷⁰. Dès lors qu'elle se manifeste par l'instauration d'une exigence de justification à la charge du cocontractant de la partie faible, la finalisation des droits interroge quant aux rapports qu'elle noue avec l'ordre public économique¹⁵⁷¹. La découverte des finalités poursuivies par le processus de finalisation des droits réside ainsi dans une meilleure compréhension des règles concernées¹⁵⁷².

306. Du rattachement exclusif de la finalisation des droits à un ordre public de protection ? – Lorsque l'intervention du législateur en constitue la source, la finalisation des droits se trouve généralement dans des dispositions d'ordre public. En effet, il est fréquent que les dispositions légales emportant finalisation de l'exercice d'un droit aux fins de protection de l'un des contractants soient teintées d'impérativité. L'encadrement des causes de cessation des baux à statut¹⁵⁷³, du contrat de travail¹⁵⁷⁴ ou encore du contrat d'agent commercial¹⁵⁷⁵, permet aisément d'en rendre compte. Le constat

¹⁵⁶⁹ V. not. sur cette distinction, M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 318 ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, 5^e éd., PUF, 2021, p. 68.

¹⁵⁷⁰ Rappr. S. LE GAC-PECH, « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 11 et s., spéc. p. 11 : « En stigmatisant ainsi la vulnérabilité contractuelle, on met en exergue un ordre public de protection. Or, cette prise en considération laisse supposer une volonté d'accompagnement ». Comp. C. GUELFUCCI-Thibierge, *Nullité, restitutions, responsabilités*, LGDJ, 1992, n° 376, p. 224.

¹⁵⁷¹ Sur les rapports entre ordre public économique et recherche d'une plus grande stabilité contractuelle, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. de Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 56, p. 34.

¹⁵⁷² Rappr. J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 12, p. 848 : « [...] il devient nécessaire, à l'égard de chaque règle protectrice, de déterminer la valeur poursuivie, afin d'en connaître le régime ».

¹⁵⁷³ V. J. MONEGER, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI* 2000, p. 484 et s. : « [...] l'idée de prégnance d'un statut impératif se fonde sur l'existence de normes d'ordre public qui forment le cœur de celui-ci » ; J.-L. AUBERT, « Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 427 et s. : « Le droit du bail d'habitation a été l'objet d'une profonde mutation à l'époque contemporaine. Cette mutation a consisté, principalement, dans la mise en place d'un régime d'ordre public, donc impératif, en substitution du système supplétif de volonté qui dominait jusque-là, en application du code civil ».

¹⁵⁷⁴ V. par ex. Cass. ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647 et 81-15.290 : « la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire [le salarié] au statut social qui provient nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail ».

¹⁵⁷⁵ Ph. BRIAND, « Le mandat en droit de la distribution », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 135 et s., spéc. n° 28, p. 141 : « À plusieurs reprises, le contrat de mandat a été

ne saurait surprendre puisque pour ce qui est du processus de finalisation des droits, comme de l'ordre public, « il s'agit, au fond, d'un aspect du dialogue de la contrainte et de la liberté, du point de rencontre de la volonté individuelle et de l'intérêt commun »¹⁵⁷⁶. Une interrogation demeure toutefois : faut-il nécessairement voir dans l'encadrement des finalités d'exercice des droits la marque d'un ordre public de protection ? Plus particulièrement, dès lors que l'une des fonctions de la finalisation des droits consiste à veiller, dans l'intérêt de l'une des parties au contrat, sur les équilibres contractuels en pouvoirs, cela traduit-il la diffusion d'un ordre public de protection dans la sphère contractuelle ?

307. S'agissant des baux d'habitation, la plupart des auteurs s'accordent à dire que les dispositions de la loi de 1989, ainsi d'ailleurs que celles des législations précédentes, caractérisent l'existence d'un ordre public de protection¹⁵⁷⁷. Au surplus, il ressort de plusieurs décisions de juridictions du fond que les dispositions relatives au congé revêtent un caractère d'ordre public de protection¹⁵⁷⁸. Il en irait par conséquent de la sorte des règles encadrant le congé délivré à l'initiative du bailleur, et plus particulièrement de celles qui finalisent la prérogative de rupture qui lui est reconnue. La restriction des conditions d'exercice de cette prérogative par les lois successives prises en matière de baux d'habitation se destine à la protection des intérêts des locataires¹⁵⁷⁹. De la sorte, le rattachement de la réglementation du bail d'habitation à l'ordre public de protection paraît

choisi par le législateur comme support d'un statut où les règles du Code civil étaient largement complétées, souvent à des fins de protection du mandataire » ; D. FERRE et R. PIHERY, « La preuve de la faute grave et l'évaluation des indemnités », *AJCA* 2014, p. 363 et s. : « Le statut d'agent commercial est très largement inspiré par le souci de protéger le mandataire – c'est-à-dire l'agent – dans sa relation avec le mandant ».

¹⁵⁷⁶ D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883 et s., spéc. p. 884. Rapp. A. BERNARD, « L'avenir de l'ordre public », *RRJ* 2017/4, p. 1327 et s., spéc. n° 34, p. 1347.

¹⁵⁷⁷ Sur un tel constat, A. GARIAZZO et L. JACQUES, « Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2010, p. 193 et s., spéc. p. 193 : « [...] ces lois ont globalement été analysées comme protectrices du preneur, en ce qu'elles lui consentaient des droits restreignant les pouvoirs que le bailleur tirait de son droit de propriété ».

¹⁵⁷⁸ V. par ex. CA Aix-en-Provence, 23 mai 2018, n° 16/07517. V. également sur l'impérativité du droit au renouvellement, J. MONEGER, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 507 et s., spéc. n° 59, p. 525.

¹⁵⁷⁹ V. en ce sens à propos de la nullité pour fraude à la loi de congés préétablis signés par les locataires, Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, n° 92-14.324 : « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que les [bailleurs] avaient fait signer à leurs locataires des congés préétablis afin d'échapper aux conditions restrictives des lois successives sur les congés destinés à protéger les intérêts des locataires, la cour d'appel, qui en a déduit, à bon droit, que le congé, obtenu par fraude, devait être déclaré nul, n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée ».

difficilement contestable. Il semble néanmoins, à la lecture d'un arrêt de la troisième chambre civile en date du 2 juin 1999¹⁵⁸⁰, que l'ordre public de protection des règles régissant les baux d'habitation soit également mâtiné d'ordre public de direction¹⁵⁸¹. En effet, la Cour de cassation considère que « les dispositions de l'article 25 de la loi du 23 décembre 1986, d'ordre public, ne sont pas destinées à assurer la seule protection du preneur »¹⁵⁸². Il en résulte, selon l'un des annotateurs de la décision, que l'ordre public dont il est ici question possède un caractère « composite »¹⁵⁸³. La politique législative en matière de baux d'habitation serait donc simultanément tournée vers la protection du preneur et la régulation du marché locatif¹⁵⁸⁴.

308. Cette ambivalence des finalités de la protection légale se retrouve également au sein d'autres droits spéciaux¹⁵⁸⁵. Il en va par exemple de la sorte du droit de la consommation à propos duquel s'observe une « ambivalence de la matière, qui oscille entre droit de protection et droit de régulation »¹⁵⁸⁶. Cette ambivalence du droit de la consommation se retrouve également en jurisprudence puisque les juges attribuent aux

¹⁵⁸⁰ Cass. 3^e civ., 2 juin 1999, n° 97-17.373 : *Bull. civ.* III, n° 123 ; *D.* 2000, p. 733, note S. BEAUGENDRE.

¹⁵⁸¹ Rapp. à propos des baux commerciaux, J. MONEGER, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 et s., spéc. n° 2, p. 22 : « L'ordre public est là pour protéger ; mais à cet effet, il vient dire, imposer, interdire non pas au "bénéfice" de tel cocontractant, mais dans l'intérêt général, telle obligation ou contrat ». Comp., estimant que « l'ordre public du statut des baux commerciaux [est] toujours de protection et non de direction », J.-P. BLATTER, « Bail dérogatoire : cinquante ans de désaveu », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 419 et s., spéc. p. 432.

¹⁵⁸² Cass. 3^e civ., 2 juin 1999, n° 97-17.373 : *Bull. civ.* III, n° 123 ; *D.* 2000, p. 733, note S. BEAUGENDRE. V. égal. F. WAREMBOURG-AUQUE, « La réforme des rapports locatifs par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 », *JCP G* 1987, doct. 3290, spéc. n° 10.

¹⁵⁸³ S. BEAUGENDRE, « L'ordre public dans les rapports locatifs », note sous Cass. 3^e civ., 2 juin 1999, *D.* 2000, p. 733 et s., spéc. n° 10. Rapp. J. MONEGER, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 507 et s., spéc. n° 54, p. 524. Adde, de manière générale, M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 338 : « [...] l'ordre public économique actuel prend tout particulièrement les traits d'un ordre public "métissé" » ; J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit au marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 8, p. 843-844 : « [...] la protection de la partie faible n'intervient plus comme celle d'un individu, mais au nom d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché et des mécanismes macroéconomiques ».

¹⁵⁸⁴ En ce sens, C. GRIMALDI, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 265, p. 210.

¹⁵⁸⁵ Sur les répercussions de cette pluralité de finalités sur la cohérence des régimes de protection de la partie faible, J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 2, p. 837-838.

¹⁵⁸⁶ J. JULIEN, « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 553 et s., spéc. n° 1, p. 554. Rapp. Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705, spéc. n° 22 et s.

règles qui en découlent des finalités diverses¹⁵⁸⁷. « Vieille notion neuve »¹⁵⁸⁸, l'ordre public de protection est une question qui, au gré des réformes législatives, se pose sans s'épuiser¹⁵⁸⁹. Si les dispositions régissant les baux à statut se trouvent traversées tant par un ordre public de protection qu'un ordre public de direction, c'est certainement en raison de la volonté du législateur de concilier des intérêts divergents, afin de tendre vers un équilibre entre les droits et obligations des parties¹⁵⁹⁰. Par ailleurs, il est envisageable que des dispositions, qui bien que demeurées inchangées dans leur lettre, puissent, au fil du temps, servir des intérêts différents de ceux pour lesquels elles avaient été initialement instituées¹⁵⁹¹. S'agissant des législations relatives aux baux immobiliers, il n'est pas toujours aisé de déterminer si telle disposition a été finalement conçue dans l'intérêt du bailleur ou de celui du preneur¹⁵⁹². Les dispositions dictées par l'objectif de rééquilibrage des relations contractuelles pourraient donc, non sans un certain paradoxe, posséder un caractère réversible¹⁵⁹³. Quoi qu'il en soit, il ne fait guère de doute que l'ordre public transparait à travers la prise en compte législative des intérêts spécifiques de contractants présumés faibles, c'est-à-dire jugés inaptes à assurer eux-mêmes la défense de leurs intérêts¹⁵⁹⁴. La poursuite d'un objectif d'équilibre contractuel dans les baux statutaires constituerait finalement un point de convergence, pour ne pas dire d'union, des ordres

¹⁵⁸⁷ V. J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 12, p. 851 : « [...] le droit de la consommation est appliqué comme visant, en priorité, pour [la Cour de cassation], la protection de la personne, au sein d'un ordre public de protection ; pour la Cour de Justice, le bon comportement des professionnels et une police efficace du marché, au sein d'un ordre public de direction. Cette distorsion des finalités n'est pas la seule envisageable ».

¹⁵⁸⁸ G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95 et s. Plus récemment, P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s., spéc. n° 4, p. 513 ; G. LOISEAU et A. MARTINON, « L'ordre public, une vieille notion neuve », *Les Cahiers Sociaux*, oct. 2016, n° 289, p. 463 et s.

¹⁵⁸⁹ Rapp. P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s., spéc. n° 6, p. 514.

¹⁵⁹⁰ Rapp. S. Le GAC-PECH, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *LPA* 24 sept. 2015, p. 4.

¹⁵⁹¹ Rapp. J. DERRUPPE, « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », Synthèse », *AJDI* 2000, p. 510. V. égal. de manière plus générale, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1976, n° 639, p. 526.

¹⁵⁹² V. J. DERRUPPE, « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », Synthèse », *AJDI* 2000, p. 510 : « Il est révélateur de constater que les réformes, apparemment favorables aux bailleurs, ont été justifiées par l'intérêt des locataires ».

¹⁵⁹³ Rapp. à propos des baux commerciaux, J. MONEGER, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 et s., spéc. n° 7, p. 23.

¹⁵⁹⁴ Évoquant l'essor d'un « ordre public inédit » assurant la défense d'intérêts catégoriels, Th. REVET, « La structure du contrat entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327 et s.

publics de direction et de protection¹⁵⁹⁵. Bien que répondant essentiellement à un objectif de protection du preneur, la finalisation des prérogatives de rupture du bailleur ne relèverait pas exclusivement d'un ordre public de protection. Par ailleurs, les liens susceptibles d'être tissés entre l'ordre public économique et la protection d'une catégorie de contractants n'étant pas l'apanage du seul droit spécial¹⁵⁹⁶, la poursuite par la réforme du droit des contrats d'un objectif de justice contractuelle devrait également, en dépit de la supplétivité apparente des dispositions nouvelles¹⁵⁹⁷, contribuer à la diffusion de l'ordre public en matière contractuelle¹⁵⁹⁸.

309. Le caractère d'ordre public des dispositions emportant finalisation des prérogatives contractuelles s'illustre notamment par les nombreuses situations dans lesquelles la jurisprudence refuse d'admettre la validité des clauses de définition des motifs pour lesquels un contractant peut exercer son droit finalisé d'origine légale¹⁵⁹⁹. À ce titre, s'agissant par exemple de la cessation du contrat d'agence commerciale, la Cour de cassation estime que contrevient à l'ordre public la stipulation par laquelle les parties au contrat décident que tel comportement est constitutif d'une faute grave privative

¹⁵⁹⁵ En ce sens, à propos de la réforme des baux commerciaux par la loi Pinel, J. MONEGER, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 et s., spéc. n° 8, p. 23 : « [...] la géographie des plaques tectoniques pourrait-elle avoir soudé l'ordre public de protection à la plaque, à la qualification, d'ordre public de direction ? Il n'y aurait qu'un seul ordre public régissant le bail commercial et celui-ci serait impératif. Une telle qualification résulterait de l'impérativité de l'équilibre contractuel. Celui-ci, en raison de ses effets sur l'ordonnement du commerce, intéresserait, au-delà des intérêts particuliers, l'intérêt général. Le nouvel ordre public fusionnerait sa fonction classique de protecteur du preneur, réputé partie faible, contre l'excès de pouvoir présumé du bailleur, présumé partie dominante, à celle, nouvelle de régulateur de l'ordre social ou économique s'agissant des baux commerciaux ».

¹⁵⁹⁶ V. sur le « dirigisme de protection » affectant les contrats d'adhésion, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1976, n° 316, p. 154.

¹⁵⁹⁷ Rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de preuve des obligations : « La présente ordonnance est supplétive de volonté sauf disposition contraire [...] ». V. égal. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 46 : « L'article 1102 n'indique aucune orientation politique précise. Tout juste doit-on mettre en garde contre un raisonnement trop rapide consistant à croire que les parties peuvent modifier une règle ou écarter son application au seul motif que le texte ne l'interdit pas explicitement ». *Adde*, C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP* 2016, 454.

¹⁵⁹⁸ Rappr. H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 et s. V. égal. C. PERES, « Liberté contractuelle », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 714 et s., spéc. p. 718.

¹⁵⁹⁹ V. par ex. M. LAMOUREUX, « Clause de définition », in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., Lextenso, 2018, n° 447, p. 223 : « [...] les clauses de définition ne sont valables que si elles ne heurtent pas l'ordre public. Les clauses de définition portant sur des notions juridiques peuvent parfois être écartées pour ce motif. Il en est ainsi, par exemple, de la clause stipulée dans un contrat d'agent commercial définissant la notion de faute grave [...] ».

d'indemnité¹⁶⁰⁰. La jurisprudence rattache d'ailleurs explicitement à l'ordre public économique l'indemnité prévue en dehors des hypothèses limitativement prévues¹⁶⁰¹. D'ailleurs, l'impérativité des textes encadrant la cessation du contrat d'agence commerciale exclut toute emprise de la volonté contractuelle sur les cas pour lesquels elle peut intervenir sans indemnité pour l'agent commercial. La Cour de cassation décide en effet que « quelles que soient les causes de résiliation prévues dans le contrat, la légitimité de la rupture de celui-ci doit s'apprécier au regard des dispositions d'ordre public des articles L. 314-12 et L. 314-13 du Code de commerce »¹⁶⁰². Une telle solution se comprend aisément en considération du caractère lourdement préjudiciable de la rupture pour l'une des parties au contrat. « Au-delà de l'abus de droit et de la liberté contractuelle, certaines personnes doivent être spécialement protégées, notamment lorsque la rupture des contrats révèle une dissymétrie des préjudices eu égard aux parties concernées »¹⁶⁰³. Dans le cas inverse, le droit viendrait indirectement au soutien d'un « forçage du consentement » de la partie faible, ne lui laissant pas d'autre choix que celui d'accepter les conditions défavorables imposées unilatéralement par son cocontractant¹⁶⁰⁴.

310. Dérogations à l'ordre public favorables à la partie faible. – En droit du travail, la démonstration de la prégnance de l'ordre public n'est sans doute plus à faire¹⁶⁰⁵. Suivant les mots de MM. Loiseau et Martinon, « l'ordre public a été le carburant de la construction d'un droit du travail prenant en charge les intérêts de la partie faible dans une relation intrinsèquement inégalitaire »¹⁶⁰⁶. Cet ordre public de protection en droit du travail

¹⁶⁰⁰ Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857 : *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *RTD com.* 2003, p. 158, obs. B. BOULOC ; *D.* 2002, p. 3004, obs. D. FERRIER. V. égal. M. MALAURIE-VIGNAL avec la collaboration de D. HEINTZ, *Droit de la distribution*, 4^e éd., Dalloz, 2018, n° 1009, p. 303.

¹⁶⁰¹ CA Paris, 26 mars 2015, n° 14/06339 : *AJCA* 2015, p. 334, obs. A. LECOURT. V. égal. J.-M. LELOUP, « Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale », *AJCA* 2014, p. 356 et s.

¹⁶⁰² V. Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.173 : *CCC* 2013, n° 112, obs. N. MATHEY ; *Rappr. Cass. com.*, 17 juin 2003, n° 01-11.300 : *Bull. civ.* IV, n° 99 ; *D.* 2003, p. 1910, obs. E. CHEVRIER ; *ibid.*, p. 2428, obs. D. FERRIER ; *RTD com.* 2004, p. 149, obs. B. BOULOC.

¹⁶⁰³ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1162, p. 1183. V. égal. J.-M. LELOUP, « Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale », *AJCA* 2014, p. 356 et s.

¹⁶⁰⁴ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvrier* juill. 2012, n° 768, p. 459 et s., spéc. p. 459. V. égal. du même auteur, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 128.

¹⁶⁰⁵ V. not. parmi une importante littérature, M. BONNECHERE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974, 11604 ; L. ROZES, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, préf. de J. PELISSIER, LGDJ, 2006 ; F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, préf. de F. GAUDU, LGDJ, 2007.

¹⁶⁰⁶ G. LOISEAU et A. MARTINON, « L'ordre public, une vieille notion neuve », *Les Cahiers Sociaux*, oct. 2016, n° 289, p. 463.

ne doit pas être confondu avec l'ordre public « social »¹⁶⁰⁷. La spécificité de cet ordre public se retrouve notamment dans l'article L. 2251-1 du Code du travail. Conformément au texte, si les conventions et accords collectifs de travail ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public, ils peuvent comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions prévues par le législateur¹⁶⁰⁸. Le droit du travail admet donc qu'il puisse être dérogé à une disposition d'ordre public dans un sens plus favorable au salarié¹⁶⁰⁹. Ce faisant, l'ordre public social marque notamment une absence d'assimilation entre l'ordre public, d'une part, et l'impératif, d'autre part¹⁶¹⁰. La reconnaissance d'une possibilité de déroger à une disposition d'ordre public au profit de la partie faible caractérise l'existence d'un ordre public de protection¹⁶¹¹. Une telle faveur faite au contractant présumé faible n'est pas propre au droit du travail. Elle se rencontre également dans d'autres contrats structurellement déséquilibrés¹⁶¹².

311. Sanction de la méconnaissance de l'exigence de justification et nature de l'ordre public concerné. – Est-il envisageable de déterminer, à partir de la sanction prévue en cas de violation par le débiteur de l'obligation de justification qui lui incombe, si l'ordre public concerné est de protection ou de direction ? La question se pose dans la mesure où un lien entre le type de sanction et la nature de l'ordre public se trouve fréquemment établi. De cette façon, la distinction entre ordre public de protection et ordre

¹⁶⁰⁷ Sur la distinction de l'ordre public social et de l'ordre public de protection, F. GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 363 et s., spéc. n° 12, p. 370 : « Les notions d'ordre public social et d'ordre public de protection assument donc dans la pratique des fonctions techniques distinctes. Du reste, on aurait tort de confondre l'une et l'autre avec l'idée de progrès de la protection des salariés » ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 26, p. 34 : « Il n'y a pas identification entre l'Ordre public social et l'Ordre public de protection des faibles contre les forts. [...] le terme d'Ordre public "social" ne préjuge aucunement, à notre sens l'"orientation" des mesures qui le composent en faveur de tel groupe ou de tel autre ».

¹⁶⁰⁸ Sur une telle possibilité, Th. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public au XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 43 et s., spéc. n° 4, p. 46 : « L'ordre public social est relatif, tant subjectivement – en ce qu'il est conçu *relativement* à l'une des parties à la relation de travail – qu'*objectivement* – en ce qu'il interdit certaines dérogations seulement. Et cette relativité singularise profondément l'ordre public « au sens du droit du travail » (souligné par l'auteur).

¹⁶⁰⁹ Sur l'affaiblissement du principe de faveur, M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 65.

¹⁶¹⁰ Rappr. D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883 et s., spéc. p. 891 : « Il n'est [...] pas nécessaire de qualifier de règles d'ordre public les règles les plus impératives ».

¹⁶¹¹ V. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans le droit des contrats », *D.* 1982, p. 1 et s., spéc. p. 8 : « L'ordre public de protection constitue toujours un minimum [...] ou un maximum [...]. Les contrats peuvent toujours y déroger à la condition que ce soit en faveur de la partie protégée ».

¹⁶¹² En ce sens, estimant qu'il existe « de nombreux ordres publics de protection reconnaissant un tel principe de faveur » et que « ces possibilités de dérogation plus favorable en faveur de la partie protégée ne sont pas uniformes », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1095, p. 1126.

public de direction répond à celle habituellement réalisée entre nullité relative et nullité absolue¹⁶¹³. À ce titre, consacrant la théorie dite « moderne » des nullités¹⁶¹⁴, la réforme du Code civil opérée par le législateur de 2016-2018 entend *a priori* poser une frontière parfaitement étanche entre la nullité absolue et la nullité relative en prévoyant à l'article 1179, alinéa 2, que la nullité possède un caractère relatif lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. Le texte retient finalement une vision assez manichéenne des finalités poursuivies par les règles¹⁶¹⁵. Toutefois, les juges paraissent enclins à relativiser la lettre du texte puisque la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu en chambre mixte le 24 février 2017¹⁶¹⁶, jugé que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé, abstraction faite donc de l'épithète « seul »¹⁶¹⁷.

312. Parmi les diverses sanctions applicables en droit des contrats, certaines parviennent effectivement à un rééquilibrage du contrat profitable au contractant faible. Leur mise en œuvre n'est cependant pas assignée exclusivement à la poursuite de cet objectif¹⁶¹⁸. Le réputé non écrit appartient résolument à ces sanctions dans la mesure où, en neutralisant une clause contractuelle, il modifie l'équilibre des droits et obligations des

¹⁶¹³ M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 339 : « [...] les deux distinctions sont étroitement liées, d'une part parce qu'elles reposent sur un critère identique, le clivage de l'intérêt général et des intérêts privés, d'autre part parce qu'elles impliquent une analyse similaire, téléologique ».

¹⁶¹⁴ Sur celle-ci, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909. V. égal. A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647.

¹⁶¹⁵ Sur les difficultés posées par la distinction, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 473, p. 421 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 373.

¹⁶¹⁶ Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 (P+B+R+I) : *AJ Contrat* 2017, p. 175, obs. D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. H. BARBIER ; *D.* 2017, p. 793, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *ibid.* 1149, obs. N. DAMAS ; *RDC* 2017, p. 415, note Th. GENICON ; *JCP G* 2017, n° 305, note STURLÈSE ; *CCC* 2017, p. 93, note L. LEVENEUR.

¹⁶¹⁷ En ce sens, J.-B. SEUBE (dir.), *Droit des contrats, Mise en pratique de la réforme*, Éditions Législatives, 2020, p. 115 : « [...] l'arrêt supprime l'adjectif "seul" en retenant que la nullité relative est encourue lorsque la règle méconnue a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé : sans doute un indice pour relativiser la portée que l'on peut prêter à cet adjectif ». Rapp. à propos de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction, M. HERVIEU, art. préc., spéc. p. 341.

¹⁶¹⁸ V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, spéc. n° 1023 et s., p. 601 et s.

parties¹⁶¹⁹. Si la sanction du réputé non écrit assure le respect de l'ordre public¹⁶²⁰, il n'est pas aisé de la rattacher à un ordre public économique de protection ou de direction¹⁶²¹. À ce titre, a pu être évoqué l'existence d'un « ordre public de protection “étendu” »¹⁶²². Certains auteurs estiment encore que le réputé non écrit « participe une forme d'interventionnisme positif plus ou moins étendu, destiné à limiter la liberté des parties en influant sensiblement sur le contenu du contrat dans un but d'intérêt général »¹⁶²³. Les rapports qu'entretiennent la protection de la partie faible et la direction de l'économie seraient finalement moins d'opposition que de complémentarité¹⁶²⁴. L'intérêt catégoriel, situé à mi-chemin entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, met à mal l'établissement d'une distinction rigide entre un ordre public de direction tourné vers la protection de l'intérêt général un ordre public de protection auquel se rattacherait la protection des seuls intérêts privés¹⁶²⁵.

¹⁶¹⁹ V. C. COULON, *La clause réputée non écrite, Tentative de rationalisation d'un procédé d'assainissement contractuel*, Mémoire de DEA, 1997, n° 20, p. 26-27 : « [...] il est de son essence d'organiser l'équilibre contractuel, un équilibre “automatique” au service d'une plus grande justice contractuelle » (souligné par l'auteur). Rappr. Th. GENICON, « Réputé non écrit », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 960 et s., spéc. p. 960-961 : « Le réputé non écrit peut être spécialement choisi par l'ordre juridique pour assortir une règle d'une protection renforcée ».

¹⁶²⁰ Voyant dans la clause réputée non écrite un « procédé de correction de la violation de l'ordre public », J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59 et s.

¹⁶²¹ V. C. COULON, *La clause réputée non écrite, Tentative de rationalisation d'un procédé d'assainissement contractuel*, Mémoire de DEA, 1997, n° 20, p. 26 : « [...] tenter de mesurer la place qu'occupe la clause réputée non écrite dans cet ordre public s'avère [...] hasardeux. Tout au plus peut-on noter la présence de cette sanction dans des contrats où l'inégalité des parties est manifeste [...] ».

¹⁶²² C. COULON, *La clause réputée non écrite, Tentative de rationalisation d'un procédé d'assainissement contractuel*, Mémoire de DEA, 1997, n° 29, p. 34.

¹⁶²³ V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, 3691. Rappr. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. de Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 56, p. 34 : « Le maintien du contrat purgé de ses clauses irrégulières apparaît, en effet, comme le meilleur moyen de prévenir l'insertion de certaines clauses dans un acte juridique, ou du moins de favoriser la dénonciation de leur illicéité ».

¹⁶²⁴ Rappr. M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 323 : « Désormais dominant, l'ordre de marché commande cette fusion d'objectifs traditionnellement dissociés ».

¹⁶²⁵ En ce sens, C. GRIMALDI, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 265, p. 210 : « L'opposition entre l'intérêt privé et l'intérêt général est résolument manichéenne, pour ignorer les cas intermédiaires dans lesquels un intérêt non pas individuel, mais catégoriel, est protégé [...] » (souligné par l'auteur) ; Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », in Ph. CHAUVIRE (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 67 et s., spéc. n° 4, p. 69-70 : « [...] l'ordre public destiné à réduire le déséquilibre des droits et obligations respectifs dans les contrats d'adhésion est au service d'intérêts catégoriels et détermine souvent positivement le contenu de différentes parties de contrats, et non des moindres ; on l'a, pour cette cause, baptisé “ordre public de protection” ou de “direction” ». Par ailleurs, évoquant la « collectivisation de la finalité de la protection », J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. n° 12, p. 849.

313. La volonté du législateur de protéger la partie faible, dont la finalisation des droits constitue l'une des manifestations, serait ainsi marquée par l'ambivalence d'une protection qui, réservée en principe à certaines catégories de contractants, profiterait finalement à la collectivité dans son ensemble¹⁶²⁶. En ce sens, la question de la sanction du non-respect de l'exigence de justification de l'exercice d'un droit ne semble pas recevoir de réponse unitaire en droit des contrats¹⁶²⁷.

314. Conclusion de la section. – L'ordre public et sa diffusion au sein de la sphère contractuelle interrogent la place laissée à liberté des contractants dans la mise en œuvre de leurs prérogatives juridiques¹⁶²⁸. En enserrant les conditions d'exercice des droits par le biais d'une réglementation autoritaire, le mouvement de finalisation entretient incontestablement des liens étroits avec le développement de l'ordre public en matière contractuelle. Ce faisant, l'exigence de justes motifs relativise le principe de l'autonomie de la volonté contractuelle¹⁶²⁹. Toutefois, parce qu'il fournit à la partie faible les moyens d'exprimer sa volonté, cet ordre public ne saurait être perçu uniquement comme une entrave à la liberté des contractants¹⁶³⁰. En plusieurs occasions, il offre en effet au contractant en position de faiblesse la garantie de l'effectivité de ses droits¹⁶³¹. Le caractère impératif des règles instaurant une exigence de justification, autrement dit celles conduisant

¹⁶²⁶ Rappr. G. PARLEANI, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 881 et s., spéc. n° 16, p. 894-895.

¹⁶²⁷ Rappr. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, n° 1135, p. 1164 : « [...] l'absence de réalité ou de légitimité du motif d'extinction unilatérale n'impose pas une nullité de l'acte et [...] tout dépend en définitive de considérations économiques et sociales, à l'instar de la sanction de l'abus de droit ».

¹⁶²⁸ D'autres concepts viennent également restreindre la liberté des uns pour garantir celle des autres. V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 244 : « Tous les mots qui expriment une limite – "interdit", mais aussi "responsabilité", "ordre public", ou encore "bonnes mœurs", – étant progressivement devenues, sinon inaudibles, tout au moins ne faisant pas le poids face à la liberté, il a fallu qu'entre en scène un concept plus lourd : la dignité de la personne humaine ». V. égal. A. BERNARD, « L'avenir de l'ordre public », *RRJ* 2017/4, p. 1327 et s., spéc. n° 18, p. 1337-1338 : « [...] le développement des "intérêts légitimes", concurrents de l'ordre public et le recours de plus en plus fréquent à la proportionnalité. En effet, l'intérêt légitime à protéger peut ainsi englober tout à la fois l'intérêt général comme l'intérêt privé et le régime de la nullité peut varier plus facilement selon les faits du litige ».

¹⁶²⁹ Rappr. G. MORIN, *La révolte du droit contre le code, La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, 1945, p. 1.

¹⁶³⁰ A. BRUNET et J.-Cl. OHLMANN, « Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle », in *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 129 et s., spéc. n° 7, p. 134.

¹⁶³¹ Rappr. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 162, p. 122 : « Appartiennent également à l'Ordre public économique de protection les dispositions qui ont pour objet de donner à un contractant une faculté, dont il sera libre d'user ou de ne pas user : droit de renouvellement, de reprise, de maintien dans les lieux, droit de préemption, de report. La règle est ouvertement au bénéfice d'un contractant contre un autre » (L'auteur souligne).

à une finalisation des droits, n'a donc pas le même retentissement pour les différentes parties au contrat.

315. Si la finalisation des droits participe à la diffusion de l'ordre public, elle conduit à ne pas retenir une distinction trop rigide entre ordre public de protection et ordre public de direction¹⁶³². Par la protection de certains intérêts catégoriels, le rééquilibrage des pouvoirs résultant de la finalisation des droits se rattache principalement à un ordre public de protection, sans qu'il soit pour autant envisageable d'exclure totalement la présence d'un ordre public de direction. Le phénomène de la finalisation des droits interroge, tout en se rattachant à l'ordre public économique¹⁶³³, l'opportunité de maintenir la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection¹⁶³⁴. Une telle conclusion, suscitant des doutes quant à la mise en œuvre d'une véritable méthode législative en la matière¹⁶³⁵, témoigne en tout état de cause de la dimension politique attachée aux dispositions portant finalisation des droits de la partie forte au profit d'une catégorie de contractants¹⁶³⁶. L'encadrement croissant des finalités d'exercice des prérogatives des contractants irait ainsi de pair avec une vision plus finaliste du droit des contrats¹⁶³⁷. Faisant état de « l'irruption massive de politiques finalisées », un auteur ne manque pas de remarquer à leur propos qu'elles « envahissent tout le droit, y compris le droit privé des contrats »¹⁶³⁸. Les droits finalisés dans le contrat sont engendrés par des règles elles-mêmes finalistes.

¹⁶³² Rappr. M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 320 : « [...] la multiplication croissante des intérêts, des droits et des valeurs relevant de l'ordre public contemporain, notamment économique, amène à s'interroger sur l'avenir de cette distinction. Produit de la diversité des intérêts défendus comme des objectifs poursuivis, cet ordre public "néo-libéral" ne reflète pas le clivage traditionnel entre ordre public de direction et ordre public de protection ».

¹⁶³³ Rappr. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 29, p. 37 : « [...] lors même qu'il s'agirait d'une réglementation d'intérêts individuels, l'aspect économique n'en serait pas pour autant exclu. [...] Ce sont bien à des vices économiques du contrat que l'on se propose de remédier ».

¹⁶³⁴ Pour un abandon de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction mais estimant que celle-ci demeure à certains égards incontournable, M. HERVIEU, art. préc., p. 317 et s.

¹⁶³⁵ S'interrogeant sur l'existence d'un « droit commun de l'interventionnisme économique et social » qui dépasserait la diversité des dispositions, G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, n° 97, p. 84.

¹⁶³⁶ Rappr. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 8, p. 7-8 : « La loi, d'acte de raison intégrant une vision à long terme, est devenue un acte politique bornant ses objectifs à la satisfaction d'intérêts catégoriels conjoncturels » ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615 et s., spéc. n° 52, p. 649 : « Les aspects politiques sont présents de manière évidente dans les choix qui sont opérés de protéger telle ou telle partie ».

¹⁶³⁷ Sur une telle tendance en droit public, B. TARDIVEL, *Recherche sur le finalisme en droit administratif*, th. Montpellier I, 2002.

¹⁶³⁸ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. de F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 459, p. 233.

Ainsi, la finalisation des droits peut constituer un instrument juridique au service de politiques législatives visant à la protection de la partie en position d'infériorité en opérant un certain rééquilibrage contractuel¹⁶³⁹.

316. Conclusion du chapitre. – Au terme de ce chapitre, il apparaît que l'encadrement des motifs d'exercice des droits en matière contractuelle entretient des liens étroits avec la question de la prise en compte de l'état de faiblesse ou de vulnérabilité d'une partie¹⁶⁴⁰. En effet, la finalisation des droits constitue, notamment au sein de dispositifs légaux, un mécanisme de rééquilibrage des droits au profit de la partie présumée faible dans le rapport contractuel. En effet, devant le constat d'inégalités de fait pouvant entraver l'exercice par celle-ci de ses droits, le législateur a fait le choix, en de nombreuses occasions, de rendre plus difficile pour son cocontractant la mise en œuvre de ses prérogatives. En effet, lorsqu'elle est imposée, l'exigence de justification, témoin de la finalisation des droits, frappe quasi systématiquement les prérogatives de la partie en position de force dans le contrat. Cette démarche de protection, dictée par des considérations égalitaires, participe au développement de réglementations asymétriques teintées d'un ordre public économique. En pareille situation, le rééquilibrage auquel conduit la finalisation des droits se fonde sur une présomption de faiblesse de l'un des contractants. Au-delà de cette dimension subjective, reposant sur la considération d'un déséquilibre structurel entre les parties, le rééquilibrage des pouvoirs peut relever d'une conception plus objective de l'équilibre contractuel.

¹⁶³⁹ Rappr. M.-H. SOULET, « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005/2, p. 49 et s., spéc. p. 49 : « La vulnérabilité est devenue une catégorie politique et elle constitue une catégorie centrale de l'action publique [...] » ; Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La vulnérabilité, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Québécoises*, t. LXVIII, 2018, Bruylant et LB2V, 2020, p. 9 et s., spéc. n° 5, p. 12 : « Ces politiques, qui s'inscrivent dans la montée en puissance de la vulnérabilité, semblent pouvoir se comprendre à partir de la sensibilité toujours plus grande du corps social aux causes et aux facteurs qui ont pour effet de contrarier l'aspiration à une égalité effective entre les sujets de droit, laquelle constitue l'expression renouvelée de l'aspiration à l'égalité, qui, avec la liberté, forme le projet social depuis la rupture moderne et le passage d'une société holiste à une société dont la seule raison d'être est d'assurer l'épanouissement individuel ».

¹⁶⁴⁰ Rappr. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615 et s., spéc. p. 625 : « une fois reconnue la qualité de contractant faible dans le chef d'une partie et admise la nécessité de lui venir en aide, les techniques de protection mises en œuvre sont d'une extraordinaire richesse. [...] L'intensification contemporaine du souci de protéger la partie faible se traduit par une remarquable vigueur de l'évolution du droit des contrats ».

CHAPITRE 2 : LA FINALISATION DANS L'APPRECIATION DES CLAUSES CONTRACTUELLES

317. La place et le rôle de la volonté des parties dans l'existence de droits finalisés au sein des relations contractuelles doivent être identifiés. Dans le silence de la loi, les contractants ont-ils la faculté de subordonner l'exercice d'un droit légal discrétionnaire à une exigence de juste motif? À l'inverse, peuvent-ils contractuellement écarter une exigence légale de justification? Qu'en est-il du sort de la clause limitant ou spécifiant les causes d'exercice d'un droit lorsque le législateur a expressément entendu réserver à un contractant la faculté de le mettre en œuvre de manière discrétionnaire, c'est-à-dire sans avoir à en fournir les motifs? Il convient également de se demander si les parties sont libres de définir contractuellement les motifs légaux d'exercice d'une prérogative légale finalisée. Afin de répondre à cette série d'interrogations, seront envisagés, d'une part, la création de droits contractuels finalisés (section 1) et, d'autre part, l'aménagement contractuel de droits légaux finalisés (section 2).

SECTION 1 : LA CREATION DE DROITS CONTRACTUELS FINALISES

318. Liberté d'aménager les conditions d'exercice du droit. Rupture du mandat. – L'article 2004 du Code civil accorde au mandant une faculté de révocation *ad nutum* de la procuration donnée au mandataire, en ce sens que sa décision peut intervenir à tout moment et n'a à être ni motivée ni justifiée¹⁶⁴¹, peu important que le mandat soit conclu pour une durée indéterminée ou non¹⁶⁴². Cette faculté de résiliation *ad nutum* trouve son fondement dans le lien de confiance unissant le mandant au mandataire¹⁶⁴³. Dès lors que cette confiance s'évanouit, le mandant doit être en mesure de mettre fin au contrat sans

¹⁶⁴¹ Cass. com., 7 juill. 1992, n° 90-17.885 : « c'est à bon droit que la cour d'appel énonce que *la révocation ad nutum s'entend d'une décision de résiliation prise sans que des motifs aient à être précisés* et que l'abus dans l'exercice du droit de révocation ne peut être retenu que si celui qui l'allègue prouve l'intention de nuire de son auteur ou sa légèreté blâmable susceptible de se rattacher à des circonstances vexatoires ou intempestives » (nous soulignons).

¹⁶⁴² Cass. 3^e civ., 27 avr. 1988, 86-11.718 : *Bull. civ.* III, n° 80 : « l'arrêt retient exactement que malgré la durée prévue, le mandat [...] peut être révoqué à tout moment ».

¹⁶⁴³ En ce sens, V. I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, p. 708 et s. ; G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in B. VALERIE-LAURE et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 97 et s., spéc. p. 103-104.

qu'aucune justification ne soit nécessaire. De la sorte, le juge ne contrôle pas le bien-fondé de la rupture décidée par le mandant. Si les motifs de sa décision restent hors de portée du contrôle juridictionnel, un abus dans l'exercice du droit de rupture peut néanmoins être caractérisé¹⁶⁴⁴. Le droit de rupture reconnu au mandant est donc dépourvu de tout caractère finalisé dans la mesure où il n'est assorti d'aucune exigence de justification et que les motifs qui fondent la révocation échappent en principe à tout contrôle judiciaire. Ce droit de révocation *ad nutum* peut-il être finalisé contractuellement par les parties au contrat de mandat ? Il a été jugé de longue date que « si, en principe, le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble, il peut renoncer à ce droit ou en *soumettre l'exercice à des conditions déterminées* »¹⁶⁴⁵. Il en résulte qu'est valable la clause prévoyant une indemnité contractuelle de rupture, en l'absence de faute du mandataire, qui constitue « le prix de la faculté de résiliation unilatérale » et ne peut par conséquent s'analyser en une clause pénale¹⁶⁴⁶. Bien que le mandat soit révocable « par nature, par essence même »¹⁶⁴⁷, les parties demeurent libres de faire de la révocabilité *ad nutum* du mandat ordinaire un droit finalisé en en limitant contractuellement l'usage à certaines fins particulières. Ce faisant, les cocontractants peuvent opérer une « neutralisation contractuelle d'un droit légal discrétionnaire de rupture »¹⁶⁴⁸ afin de lui substituer un droit contractuel finalisé, c'est-à-dire dont l'exercice requiert un juste motif soumis au contrôle du juge.

319. Par ailleurs, le législateur lui-même reconnaît parfois explicitement cette possibilité. Il en va ainsi de la révocation de certains dirigeants sociaux. À ce titre, le Code de commerce prévoit expressément que les gérants de société en commandite par actions peuvent être révoqués sans qu'il y ait lieu de fournir un juste motif, sauf stipulation contraire des statuts¹⁶⁴⁹. Le droit légal de révocation *ad nutum* de ces dirigeants possédant

¹⁶⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1984, n° 83-12.056 : *Bull. civ.* I, n° 143. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu que « la décision d'évincer celui des avocats qui, en raison de son âge, lui paraissait le moins disponible, pouvait d'autant moins être critiquée qu'elle n'impliquait aucun reproche à son égard » et d'en déduire que « la révocation du mandat [...] qui n'avait été, ni intempestive, ni abusive, ne pouvait donner lieu à réparations ».

¹⁶⁴⁵ Req. 9 juill. 1885 : *DP* 1886, 1, p. 310 (nous soulignons). V. déjà, Req., 8 avril 1857, *DP* 1858. I. 134 : « aucune disposition de la loi ne défend de modifier le contrat de mandat par des conventions particulières ; ainsi, il est loisible aux parties de stipuler que la procuration ne pourra être révoquée sans que le mandataire reçoive une indemnité ».

¹⁶⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-20.431 : *Bull. civ.* I, n° 56 ; *D.* 2001, p. 3243, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 2001, p. 757, obs. B. BOULOC ; *CCC* 2001, n° 102, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2001, p. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2002, II, 10067, note Y. DAGORNE-LABBE.

¹⁶⁴⁷ I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, p. 708 et s.

¹⁶⁴⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^e éd., 2014, n° 556.

¹⁶⁴⁹ Article L. 226-2, al. 3, du Code de commerce.

un caractère supplétif, les statuts peuvent valablement subordonner la révocation à l'existence de justes motifs¹⁶⁵⁰. Les conditions de révocation du dirigeant social peuvent être déterminées par les associés afin que ce dernier bénéficie d'une protection accrue par rapport au dispositif légal applicable à défaut de dispositions statutaires contraires¹⁶⁵¹. La validité de telles clauses statutaires n'est toutefois pas inconditionnelle. La rédaction de la clause ne doit pas rendre toute révocation du dirigeant impossible. Le droit des associés de révoquer le dirigeant social peut être restreint par les statuts ou par convention, notamment en neutralisant son applicabilité *ad nutum*, mais il ne saurait complètement disparaître. En témoigne l'annulation de la disposition statutaire prévoyant qu'un gérant ne serait révocable qu'à l'unanimité des associés dès lors qu'une telle règle statutaire rendrait en pratique le gérant irrévocable dès lors que sa qualité d'associé lui permet de participer au vote¹⁶⁵². Le raisonnement pourrait être étendu à l'ensemble des moyens conventionnels de limitation de l'exercice du droit de révocation d'un dirigeant, au titre desquels figure l'exigence de justification. Lorsqu'elle est admise, la possibilité de restreindre contractuellement l'usage d'un droit de révocation ne doit pas conduire à sa paralysie. Ainsi que le relève M. Leveneur à propos de la révocation du mandataire : « ne pourrait-on soutenir que la clause qui, entravant trop fortement l'exercice de cette faculté, la rendant ainsi purement théorique et la privant de toute réalité, devrait être annulée ? Comme l'a dit la Cour de cassation en 1863 “un contrat ne peut exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence”. Il pourrait en être de même, plus largement, des droits qui sont également de son essence »¹⁶⁵³. S'il est en principe loisible aux parties de finaliser la révocation d'un mandataire, le durcissement des conditions de mise en œuvre du droit de rupture qui en résulte ne saurait aboutir à une remise en cause la possibilité même d'une révocation.

¹⁶⁵⁰ V. par ex. Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-20.544 : *Dr. sociétés* 2012, comm. 27, note D. GALLOIS-COCHET. En l'espèce, les statuts d'une société par actions simplifiée prévoyaient que le directeur général ne pourrait être révoqué que pour un motif grave.

¹⁶⁵¹ J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO (dir.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France, 2016, p. 1920, n° 4157 : « Ainsi, notera-t-on que la situation du gérant peut être très forte, si les statuts définissent très strictement les conditions de la révocation ».

¹⁶⁵² CA Paris, 10 oct. 2006, n° 05/17037 : « l'opposition avérée et non fondée de l'un des co-gérants aux deux autres constituée à elle seule un juste motif de révocation ; que l'assemblée générale a voté la révocation non pas à l'unanimité comme prévu dans les statuts mais avec les voix des trois autres associés, représentant plus de la moitié des parts ; que le premier juge a fait une juste application de l'article L. 223-25 du code de commerce, la règle statutaire étant nulle ». Rapp. Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582 : *D.* 2012, p. 2655, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2013, p. 113, obs. B. FAGES : « est nulle toute stipulation allouant au gérant d'une SARL, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci ».

¹⁶⁵³ L. LEVENEUR, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, *CCC* 2001, n° 102.

320. Clause de résiliation unilatérale conditionnée à l'existence de justes motifs. – S'agissant du contrat à durée déterminée contenant une clause de résiliation anticipée¹⁶⁵⁴, la jurisprudence a jugé « qu'aucune règle de droit ni le contrat liant les parties n'imposaient la motivation de la décision de résiliation unilatérale » du contrat¹⁶⁵⁵. Une lecture *a contrario* de la solution suggère que les parties ont la liberté d'imposer contractuellement la justification de la résiliation anticipée du contrat¹⁶⁵⁶. La jurisprudence se prononce effectivement en ce sens puisqu'elle considère qu'une clause de résiliation peut, indépendamment de la durée du contrat, préciser les cas pour lesquels la rupture unilatérale peut valablement intervenir¹⁶⁵⁷. Bien que la clause de résiliation finalisée soit en principe licite, l'opportunité d'y recourir constitue néanmoins une source d'interrogations au regard des dangers qui peuvent en résulter pour les parties¹⁶⁵⁸. Par

¹⁶⁵⁴ Sur la possibilité limitée d'une telle clause, M. LAMOUREUX, « Clause de résiliation », in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, n° 1618, p. 756 : « Le rédacteur dispose cependant d'une faible marge d'aménagement, les dispositions ouvrant à l'une des parties une faculté de résiliation unilatérale dans un contrat à durée déterminée étant le plus souvent d'ordre public ». V. égal. sur les risques de déséquilibre et d'abus résultant d'une telle clause, J.-D. BRETZNER, « La durée, l'abus et le contrat », *RDC* 2009, p. 1662 et s., spéc. n° 17.

¹⁶⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-19.736 : *JCP G* 2009, II, 10052, note C. CHABAS.

¹⁶⁵⁶ Pour la validité des « clauses de stabilité » instaurant une obligation de justification, Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1169, p. 1189 : « L'importance économique de certains engagements justifie la licéité des clauses de stabilité prévoyant des obligations de justification de l'extinction et d'indemnisation du préjudice subi. Le droit positif recherche un équilibre : la protection "contractuelle" du destinataire ne doit pas annihiler les intérêts légitimes de l'auteur de l'extinction unilatérale. Dès lors que ces clauses portent atteinte à la libre résiliation des engagements à durée indéterminée, elles doivent être justifiées par un intérêt légitime et proportionnées au but à atteindre ».

¹⁶⁵⁷ V. par ex., Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.108 (clause de résiliation en cas d'agissements du concessionnaire susceptible de porter atteinte à la réputation et aux intérêts du concédant contenue dans un contrat à durée déterminée) – Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 2002, n° 99-16.252 : *RTD civ.* 2002, p. 297, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶⁵⁸ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Résiliation (aménagement) », p. 798 et s., spéc. p. 807 : « On déconseillera en général de prévoir une telle obligation de motivation, la limite jurisprudentielle de l'abus paraissant à même de protéger suffisamment la partie victime de la rupture. De surcroît, elle ne paraît guère efficace [...] » ; F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 103.42, p. 470 : « Une telle clause ne constitue pas nécessairement une bonne solution, parce qu'elle invitera le juge à considérer que tout autre manquement ne mérite pas résiliation. Au demeurant, il existe un risque que le juge traite cette clause comme une clause de résolution de plein droit, et qu'il l'annule comme ne respectant pas les conditions de validité assez étroites auxquelles une telle clause est soumise ». V. cependant, en faveur d'un encadrement contractuel des sanctions unilatérales de manière générale, G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 83 et s., spéc. n° 17, p. 94 : « En pratique, encadrer la mise en œuvre des remèdes unilatéraux apparaît [...] judicieux. D'une part, sur le terrain procédural, les parties pourraient préciser par avance les modalités de mise en œuvre des sanctions [...]. D'autre part, sur le plan plus substantiel, les parties pourraient également envisager de restreindre l'exercice de ces facultés à certaines causes prédéterminées [...]. En résumé, et en dépit du paradoxe évident, il semble que la meilleure manière de mettre en œuvre des sanctions unilatérales soit d'en convenir par avance l'exercice entre les parties ».

ailleurs, c'est parfois le législateur qui impose aux parties de fixer les conditions de la résiliation anticipée du contrat. Tel est le cas des contrats de crédit-bail immobilier qui doivent, conformément à l'article L. 313-9 du Code monétaire et financier, fixer à peine de nullité les conditions dans lesquelles le crédit-preneur pourra résilier le contrat. Rien ne s'oppose alors à ce que les parties limitent contractuellement les causes légitimes de résiliation du contrat de crédit-bail, à condition toutefois que les restrictions apportées à la faculté de résiliation ne paralysent pas en pratique sa mise en œuvre¹⁶⁵⁹.

321. Cas d'illicéité de la clause de résiliation finalisée. En principe valide, la clause instaurant une résiliation finalisée s'avère parfois illicite¹⁶⁶⁰. Une telle situation se présente tout d'abord lorsque le législateur instaure un droit de rupture finalisé d'ordre public. En effet, certaines législations impératives fixent limitativement les causes légitimes de rupture d'un contrat en particulier, ce qui conduit à la condamnation ou, à tout le moins, à une admission restreinte de la clause de résiliation anticipée. La rupture du contrat de travail à durée déterminée en fournit une illustration. Alors que l'article L. 1243-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que « sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail », la jurisprudence estime quant à elle que ces dispositions d'ordre public s'opposent à ce qu'une stipulation autorise l'employeur à rompre le contrat de manière anticipée pour une cause non prévue par le législateur¹⁶⁶¹. Les parties ne sauraient créer un droit contractuel finalisé concurrent du droit légal finalisé de rupture. Le caractère impératif des règles régissant la rupture d'un contrat peut donc s'ériger en obstacle à l'insertion d'une clause de résiliation anticipée prévoyant des causes particulières de rupture.

Ensuite, l'illicéité d'une clause de résiliation unilatérale finalisée pourrait résulter de la caractérisation d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

¹⁶⁵⁹ V. par ex., Cass. 3^e civ., 27 avr. 1988, n° 84-13.101, *Bull. civ.* III, n° 81 : « [...] sous le couvert d'une clause de résiliation anticipée à la demande du preneur, la stipulation dont s'agit tend à l'exécution de toutes les clauses du contrat, supposé non résilié, dans le seul intérêt du crédit bailleur ». La clause litigieuse stipulait en l'espèce qu'en cas de résiliation pour quelque cause que ce soit à la demande du preneur avant l'expiration du terme de la convention, le preneur sera redevable à la société bailleresse d'une indemnité égale au cumul des loyers restant à courir jusqu'au terme du bail. V. égal. Cass. 3^e civ., 19 avr. 2000, n° 98-20.223 : *Bull. civ.* III, n° 86.

¹⁶⁶⁰ V. not. sur les « stipulations relatives à la "mort" du contrat », J.-D. BRETZNER, « La durée, l'abus et le contrat », *RDC* 2009, p. 1662 et s., spéc. n° 15 et s.

¹⁶⁶¹ Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 95-45.341 : *Dr. soc.* 1999, p. 285, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *Dr. soc.* 1999, p. 397, obs. J.-P. KARAQUILLO ; *D.* 2000, p. 30, note P. ALAPHILIPPE – Cass., soc., 24 oct. 2000, n° 98-40.447 – Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-26.172 : *Jurisport* 2016, n° 160, p. 35, obs. G. VACHET.

En effet, dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, serait certainement présumée abusive la clause octroyant au professionnel un droit de résiliation *ad nutum* tout en soumettant la rupture du contrat par le consommateur à une exigence de justes motifs. En effet, figure sur la liste « grise » les clauses ayant pour objet ou pour effet de « soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou des modalités plus rigoureuses pour le non professionnel ou le consommateur que pour le professionnel »¹⁶⁶². Une telle clause de résiliation conditionnée rendant l'exercice du droit de rupture plus difficile pour un seul des contractants pourrait également être sanctionnée dans les contrats d'adhésion au titre de l'article 1171 du Code civil¹⁶⁶³, compte tenu notamment de la proximité du dispositif instauré par ce texte avec celui prévu par le Code de la consommation¹⁶⁶⁴. En tout état de cause, l'admission de la validité des clauses instaurant des droits de rupture comporte des risques tenant à l'équilibre du contrat justifiant ainsi une surveillance judiciaire accrue. En effet, restreindre contractuellement les causes pour lesquelles un droit peut être exercé peut, notamment dans les contrats dont le contenu n'est pas librement négociable, devenir un instrument d'autolégitimation des prérogatives du cocontractant en position de force et d'oppression de la partie faible par une limitation excessive des droits de celle-ci¹⁶⁶⁵.

Enfin, la valeur constitutionnelle reconnue à la faculté de résiliation unilatérale¹⁶⁶⁶ s'oppose à son éviction totale par les cocontractants. La soumission de l'exercice de la résiliation unilatérale du contrat à une exigence contractuelle de juste motif demeure

¹⁶⁶² Art. R. 212-2 8° du Code de la consommation.

¹⁶⁶³ S. GUERIN et N. GENTY, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p. 17 : « il est assez probable que la suppression de la faculté de résolution ou son aménagement dans l'intérêt d'une partie soit qualifié de déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du code civil et que ces suppressions/aménagements soient réputés non écrits » ; G. CHANTEPIE, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130 : « Des clauses aménageant la rupture pourraient être concernées, notamment si elles attribuaient une prérogative unilatérale à l'une des parties, sans compensation pour l'autre ».

¹⁶⁶⁴ Cf. notamment en ce sens le rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « 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 ».

¹⁶⁶⁵ En ce sens s'agissant de l'insertion d'une clause de résolution de plein droit, F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 111.23, p. 491 : « Cela peut présenter certains dangers, car l'on peut craindre que le contractant en position de force dans la négociation ait imposé la clause à l'origine, ou du moins qu'il en ait défini largement les termes à son profit. Cela explique les conditions de validité que la jurisprudence a posées ».

¹⁶⁶⁶ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

concevable dans les contrats à durée indéterminée « pourvu qu'il ne s'agisse pas de rendre en fait impossible l'exercice de la résiliation »¹⁶⁶⁷.

322. Efficacité relative de la clause de résiliation finalisée. – L'efficacité des clauses de résiliation anticipée pour juste motif apparaît incertaine. En effet, dans une décision rendue en 1994, la Cour de cassation a donné plein effet à la rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée pourtant intervenue pour un motif autre que ceux contractuellement prévus par les parties¹⁶⁶⁸. En l'espèce, la résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée est intervenue à l'initiative de la société concédante. Estimant cette résiliation abusive, le cocontractant de la société poursuit celle-ci en paiement de dommages-intérêts. Pour caractériser un abus de droit, la Cour d'appel de Lyon relève que la résiliation unilatérale n'intervient pas pour l'une des trois hypothèses visées par le contrat litigieux. Au visa de l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation censure la décision des juges du fond en affirmant, dans un attendu de principe, que « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux parties ». La Haute juridiction précise par ailleurs que l'abus de droit « ne pouvait résulter du seul fait que la résiliation était intervenue en dehors des cas prévus au contrat ». Faut-il en déduire que le droit de rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ne peut être efficacement restreint quant à ses motifs d'exercice, de sorte que toute rupture décidée pour un motif autre que ceux contractuellement prévus serait nécessairement illicite ? En effet, comment justifier que la rupture intervenant en dehors des cas spécifiés au contrat peut néanmoins valablement produire ses effets ? Selon M. Mestre, « peu importait que, en l'occurrence, les parties aient pris la peine d'inventorier les cas de résiliation : leur liste était simplement indicative, non limitative »¹⁶⁶⁹. Il semble résulter de la solution que si les contractants ont la faculté de créer un droit contractuel finalisé de rupture, ils conservent toutefois la possibilité de rompre le contrat sans que soient respectées les modalités et conditions qu'ils se sont pourtant eux-mêmes fixées ! En

¹⁶⁶⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n° 917, p. 523. V. égal. dans le même sens, W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Résiliation (aménagement) », p. 798 et s., spéc. p. 807 : « Il faut toutefois veiller à ce que les motifs pouvant fonder la résiliation soient suffisamment largement entendus afin de ne pas limiter excessivement la possibilité de rompre la relation contractuelle ».

¹⁶⁶⁸ Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-12.548 : *Bull. civ.* IV, n° 194 ; *RTD civ.* 1995, p. 108, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1994, I, 3803, n° 1, obs. G. VIRASSAMY, *LPA* 23 janv. 1995, p. 13, note DAGORNE-LABBE.

¹⁶⁶⁹ J. MESTRE, obs. sur Cass. com., 31 mai 1994, *RTD civ.* 1995, p. 108.

d'autres termes, il semble que l'insertion d'une clause de résiliation conditionnée dans un contrat à durée indéterminée n'évince pas la possibilité pour les parties de rompre le contrat en vertu de la faculté de résiliation *ad nutum* qui leur est en principe reconnue. En tout état de cause, la poursuite par l'auteur de la rupture des cas déterminés contractuellement devrait rendre plus malaisée la caractérisation d'un abus du droit de résiliation.

323. Clause résolutoire nécessairement finalisée ? – Les parties peuvent instituer une clause résolutoire dont l'application entraîne la résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution, par l'une ou l'autre des parties, des obligations qui y sont visées¹⁶⁷⁰. La résiliation anticipée du contrat pourra ainsi valablement intervenir pour l'un des cas listés par la clause résolutoire sans que le juge ne puisse apprécier la gravité du manquement reproché au débiteur¹⁶⁷¹. S'agissant de la détermination des obligations dont l'inexécution provoque la résolution du contrat, la clause résolutoire peut-elle valablement viser, en des termes généraux, toutes les obligations du contrat sans autre précision ? En exigeant que la clause résolutoire « précise les engagements dont l'inexécution entraîne la résolution du contrat », l'article 1225, alinéa 1^{er}, du Code civil pourrait invalider les clauses résolutoires n'identifiant pas avec suffisamment de précision les obligations visées¹⁶⁷². Quoiqu'il en soit, la clause résolutoire consacre un droit finalisé de rupture en ce qu'elle ne peut être mise en œuvre que dans certains cas précis contractuellement prévus. Cette clause accorde à chacune des parties au contrat, ou seulement à l'une d'entre elles, une prérogative fermée, en ce sens que son exercice se trouve cantonné aux cas qui y sont visés¹⁶⁷³. Un parallèle peut être réalisé avec les clauses contenues dans les statuts d'une société prévoyant des causes d'exclusion d'un associé en cas de faute. De telles clauses opèrent à la manière de clauses résolutoires de plein droit¹⁶⁷⁴. Par conséquent, les

¹⁶⁷⁰ En ce sens, v. par ex., Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 57 et s., spéc. p. 57 : « La clause résolutoire est la convention par laquelle les parties prévoient que le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par l'une de ses obligations ».

¹⁶⁷¹ V. Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-20.060 : *RTD civ.* 2012, p. 726, obs. B. FAGES.

¹⁶⁷² Sur la question de la validité de telles clauses, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 499 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 113 et s., spéc. n° 30, p. 123 ; F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 128.182 ; Th. GENICON, « Clause résolutoire », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 218 et s., spéc. p. 220.

¹⁶⁷³ Rapp. Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 57 et s., spéc. p. 62 : « La qualification de clause abusive ne doit être retenue que lorsque la clause résolutoire est détournée de sa fonction pour devenir un moyen de rupture arbitraire du contrat ».

¹⁶⁷⁴ En ce sens, P. HOANG, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 205 et s., spéc. n° 27, p. 219 :

dispositions statutaires peuvent valablement restreindre les motifs pour lesquels un associé sera exclu de la société¹⁶⁷⁵. La décision d'exclusion devra ainsi être justifiée soit par l'un des motifs légaux soit par l'une des causes prévues statutairement. La validité de la décision d'exclusion est subordonnée, selon M. Mousseron, à quatre autres conditions : un vote de l'assemblée, le respect d'un processus contradictoire, l'existence d'un motif significatif d'exclusion ainsi qu'une rémunération de l'associé exclu¹⁶⁷⁶. La clause d'exclusion institue donc nécessairement un droit finalisé d'exclusion en ce sens qu'il ne pourra être mis en œuvre que conformément aux motifs statutairement admis. C'est en ce sens que la jurisprudence prive d'effet la décision d'exclusion intervenant en dehors des hypothèses particulières prévues par les dispositions statutaires¹⁶⁷⁷.

324. L'efficacité de la clause résolutoire dans l'encadrement des conditions de rupture du contrat est néanmoins à relativiser dans la mesure où demeure la possibilité pour les cocontractants de résoudre unilatéralement le contrat sans avoir à y recourir¹⁶⁷⁸. Le droit contractuel finalisé que consacre la clause résolutoire se trouve concurrencé par d'autres modes de rupture du contrat, aussi bien légaux que conventionnels¹⁶⁷⁹.

« En réalité, la situation se présente selon l'alternative suivante. Soit les statuts prévoient des causes spéciales d'exclusion. Dans ce cas, pour que la sanction prononcée par les instances sociales soit justifiée il suffit que les manquements en cause, quelle que soit leur gravité, correspondent aux prévisions statutaires. Ces stipulations constituent la loi des parties et s'imposent au juge. Elles produisent dès lors les mêmes effets qu'une clause résolutoire de plein droit ».

¹⁶⁷⁵ Sur la validité d'une telle clause, Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692 : *JCP G* 2005, p. 1402, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et J. WICKER ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. sociétés* 2005, p. 618, note D. RANDOUX ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. LIENHARD : « il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire d'un associé lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public » – Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855 (exclusion statutaire d'un associé d'une société civile en cas de perte de la qualité de salarié du groupe de sociétés) : *RTD com.* 2012, p. 348, obs. A. CONSTANTIN ; *RTD com.* 2012, p. 355, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *Dr. sociétés* 2012, p. 77 ; obs. H. HOVASSE ; *D.* 2012, p. 1584, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2012, 1310, note R. MORTIER.

¹⁶⁷⁶ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, 2^e éd., LGDJ, 2014, p. 286-287, n° 407.

¹⁶⁷⁷ Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-10.797 : « après avoir relevé que la procédure d'information avait été respectée par la société, la cour d'appel a pu en déduire, sans dénaturer les stipulations claires et précises du règlement intérieur du GIE, que la résolution prononçant l'exclusion du GIE de cette société avait été prise "hors l'hypothèse prévue, en cas de changement du contrôle d'un membre, à l'article 8 du règlement intérieur" et ne correspondait pas à une exécution loyale de la convention des parties, de sorte que l'exclusion constituait un trouble manifestement illicite qu'il appartenait au juge des référés de faire cesser en ordonnant la suspension de ses effets ».

¹⁶⁷⁸ Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480 : *JCP G* 2004, I, 1275, n° 149, obs. J. ROCHFELD ; *RTD civ.* 2004, p. 731, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶⁷⁹ Sur ce dernier point, E. PUTMAN, « La disparition du lien contractuel par volonté commune », in B. FAGES (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Fluwer France, nov. 2014, étude 470, spéc. n° 470-61 : « il ne devrait pas y avoir de difficulté à admettre qu'après avoir opté pour le jeu de la clause résolutoire, le contractant se rapproche de l'autre partie et opte pour la révocation amiable. Si, entre deux modes de rupture unilatérale, on

325. Clause d'agrément et refus d'agrément finalisé. – La clause d'agrément peut être définie *lato sensu* comme celle ayant « pour objet de soumettre la perfection d'un contrat à l'autorisation d'un tiers, le bénéficiaire de la clause »¹⁶⁸⁰. En pratique, il est fréquent que les cocontractants recourent à des clauses d'agrément dans les contrats conclus *intuitu personae*. En effet, la considération de la personne conduit assez naturellement à conditionner la réalisation de certains actes juridiques, par l'une des parties, à l'accord préalable de son partenaire contractuel. L'hypothèse de la cession de contrat en constitue un exemple topique puisque celui qui souhaite céder son contrat doit généralement, dans la mesure où il est conclu *intuitu personae*, obtenir l'agrément du cessionnaire de la part de son cocontractant¹⁶⁸¹.

326. Pendant longtemps, s'est posée la question de savoir si, en raison de son caractère discrétionnaire, le refus d'agrément était susceptible d'abus¹⁶⁸². Aujourd'hui, il n'est plus guère contestable que l'usage d'une telle prérogative se trouve contrôlé par les juridictions¹⁶⁸³. Le débat s'est déplacé et porte désormais sur la nécessité d'une motivation du refus d'agrément et du contenu de celle-ci. En cas de refus d'agrément, il est admis que l'agrément n'a pas, en principe, à fournir les raisons l'ayant poussé à prendre une telle décision. L'exercice du droit d'agrément ne devrait donc pas donner lieu à un contrôle judiciaire des motifs du refus d'agrément, ce qui n'exclut aucunement l'éventualité d'un refus abusif d'agrément¹⁶⁸⁴. Dans ce contexte, une clause d'agrément peut-elle avoir pour

peut se demander lequel a primauté sur l'autre, la question se pose moins entre un mode de rupture unilatérale et un mode conventionnel ».

¹⁶⁸⁰ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V^o « Agrément », p. 20 et s., spéc. p. 21. *Adde*, Le Robert définit l'agrément, au sens du droit, comme l'« adhésion expresse ou tacite donnée par un tiers à un acte juridique et donnant effet à celui-ci ».

¹⁶⁸¹ Pour une telle affirmation, v. par ex., CA Rouen, 16 avril 2009, n^o 07/01513 : CCC 2009, n^o 217, obs. N. MATHEY ; RLDA 2009, n^o 2675, obs. Ph. GRIGNON : « Le contrat d'agent commercial étant conclu en considération de la personne, l'agent a l'obligation de solliciter l'agrément de son mandant mais ce dernier, qui ne peut faire échec de façon arbitraire au droit patrimonial de son agent, ne peut refuser cet agrément sans motif sérieux tenant à l'insuffisance professionnelle ou morale du candidat cessionnaire ».

¹⁶⁸² V. sur cette question, HALLOUIN J.-Cl., « Sur le refus d'agrément... », in *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 313, cité par N. TAGLIARINO-VIGNAL, « L'agrément », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, juin 2012, Étude 142, spéc. n^o 142-60.

¹⁶⁸³ Par exemple, Cass. com., 3 nov. 2004, n^o 02-17.919 : RDC 2005, p. 288, note Ph. STOFFEL-MUNCK : « le droit d'agrément est limité par l'abus » – Cass. 3^e civ., 10 févr. 2009, n^o 08-11.818 (abus dans le refus d'agrément d'un sous-traitant) : RDC 2009, p. 1132, obs. P. PUIG ; RDI 2009, p. 354, obs. H. PERINET-MARQUET. V. égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 21 et s., spéc. p. 24.

¹⁶⁸⁴ Il convient néanmoins de remarquer que la jurisprudence a pu exiger que le refus d'agrément repose sur des motifs légitimes Cass. Req., 16 nov. 1927, DP 1928, 1, 61.

effet de soumettre le refus d'agrément à une exigence de justes motifs ? À ce titre, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 juillet 2002 suscite l'intérêt¹⁶⁸⁵. En l'espèce, une clause d'un contrat de concession automobile prévoyait que le concédant s'engageait à « examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire ». Se posait, d'une part, la question de savoir si la clause litigieuse instaurait une obligation de motivation/justification du refus d'agrément à la charge du concédant et, d'autre part, si les motifs fournis uniquement en cours d'instance par ce dernier étaient recevables. La Cour de cassation a retenu que « la cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels ». Est-il permis d'en déduire que la Haute juridiction ait entendu imposer une obligation générale de motivation de la décision d'agréer et surtout celle de refuser l'agrément ? L'admettre reviendrait certainement à conférer à cet arrêt une portée que la Cour de cassation n'a pas entendu lui attribuer. C'est uniquement en considération de la stipulation litigieuse insérée dans le contrat de concession que les juges ont imposé *in casu* une obligation de motivation et corrélativement admis le contrôle judiciaire des motifs du refus d'agrément délivrés par le concédant¹⁶⁸⁶. En témoigne le contrôle léger opéré en l'espèce par la Cour de cassation : « la cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde des intérêts commerciaux légitimes »¹⁶⁸⁷. Selon les mots de M. Ferrier, « sans affirmer une exigence générale de motivation du refus des candidats à la reprise d'un contrat de concession, cette décision traduit un recul de son caractère discrétionnaire et invite à une

¹⁶⁸⁵ Cass. com., 2 juill. 2002, *Sté Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a.*, n° 01-12.685 : *Bull. civ. IV*, n° 113 ; *RTD com.* 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *D.* 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; *ibid.* 2003, p. 2426, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2003, p. 50, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2003, II, 10023, note D. MAINGUY ; *CCC* 2003, n° 10, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *JCP E* 2003, 543, n° 5, obs. RESPAUD. V. égal. à propos de la nécessité pour un crédit-bailleur de fonder son refus d'agrément sur des motifs légitimes : Cass. 3^e civ., 4 déc. 2002, n° 00-21.390.

¹⁶⁸⁶ V. en ce sens, D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 2 juill. 2002, *D.* 2003, p. 93 et s., spéc. n° 6 : « si, en l'espèce, une telle obligation est imposée au concédant, c'est parce que le contrat qu'il avait conclu la portait en germe, à raison du libellé de la clause d'agrément qu'il comportait. Certes, cette clause ne contraignait pas *expressis verbis* celui-ci à justifier son refus d'agrément. Mais [...], elle engendrait implicitement une obligation de motivation à sa charge et, sur ce point, les juges du fond ne pouvaient pas se voir reprocher d'avoir par trop sollicité la volonté des cocontractants ».

¹⁶⁸⁷ Nous soulignons.

rédaction prudente des clauses d'agrément »¹⁶⁸⁸. Apportant quelques nuances à cette interprétation, l'un des annotateurs de l'arrêt a relevé que « si l'obligation de motiver était d'origine contractuelle, la sanction de l'abus serait fondée sur l'article 1147 du Code civil. Or, dans sa réponse au deuxième moyen (relatif à l'existence ou non de l'abus en l'espèce), la Cour de cassation casse sur le fondement de l'article 1382 [devenu 1240] du Code civil, ce qui peut en tout état de cause surprendre »¹⁶⁸⁹. L'auteur précise également que « cela conduit à tout le moins à raisonner comme si l'arrêt avait une portée générale, indépendante de la clause stipulée en l'espèce »¹⁶⁹⁰. Par ailleurs, l'intensité de l'obligation de motivation reconnue est relative dans la mesure où l'agréant n'est pas tenu de communiquer les motifs de non-agrément au moment de la prise de décision. En effet, la Haute juridiction a reproché à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale en ne vérifiant pas « si les motifs avancés par le concédant, même tardivement, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément ». La Cour de cassation est par la suite venue admettre que des motifs étrangers à la personne du candidat pouvaient légitimer le refus d'agrément¹⁶⁹¹. Alors qu'elle limite d'un côté le caractère discrétionnaire du refus d'agrément en reconnaissant qu'une clause contractuelle d'agrément puisse être à l'origine d'un droit finalisé, la Haute juridiction adopte d'un autre côté une conception extensive des motifs justifiant le refus d'agrément en admettant la légitimité de motifs ne tenant pas à la personne du candidat. En admettant aussi largement les motifs susceptibles de justifier le refus d'agrément, la Cour n'offre-t-elle pas finalement à l'agréant un moyen de contourner la finalité du droit d'agrément ? À moins que les parties aient elles-mêmes assigné à la clause d'agrément une finalité aussi étendue, une telle solution se justifie difficilement au regard de la fonction traditionnellement assignée à une telle stipulation¹⁶⁹². Il convient pourtant de remarquer

¹⁶⁸⁸ D. FERRIER, obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, *D.* 2003, p. 2426 et s.

¹⁶⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 152.

¹⁶⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 152. V. égal. M. MALAURIE-VIGNAL avec la collaboration de D. HEINTZ, *Droit de la distribution*, 4^e éd., Dalloz, 2018, n° 660, p. 19 : « Autant il est légitime de contrôler une prérogative contractuelle telle qu'une clause d'agrément, autant ce contrôle ne se justifie pas lorsqu'est en cause une prérogative légale telle que le droit à résiliation d'un contrat à durée indéterminée. L'exercice d'une telle prérogative n'a pas à intégrer l'intérêt d'autrui (décision unilatérale, par opposition à un pouvoir unilatéral d'origine conventionnelle) ».

¹⁶⁹¹ Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D.* 2005, p. 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *D.* 2006, p. 512, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 2005, p. 127, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2005, p. 407, obs. B. BOULOC.

¹⁶⁹² J. MESTRE et B. FAGES, obs. sur Cass. com., 5 oct. 2004, *RTD civ.* 2005, p. 127 : « [...] si par clause d'agrément on entend la stipulation permettant à une partie d'exercer un droit de regard sur la personne avec laquelle, par suite d'une cession de position contractuelle, elle pourrait être conduite à poursuivre une relation, alors force est d'admettre que c'est détourner la clause de sa finalité, et donc porter atteinte aux prévisions du contrat, que de l'utiliser à des fins étrangères à sa raison d'être : il y a alors abus ». Comp. Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 5 oct. 2004, *RDC* 2005, p. 288 : « l'arrêt recommande à l'évidence d'adopter

que certaines juridictions du fond se prononcent effectivement en ce sens¹⁶⁹³. C'est donc aux rédacteurs d'actes qu'il revient d'être précautionneux et de déterminer, avec suffisamment de précision, les motifs qu'ils entendent exiger ou exclure au titre de la justification de l'exercice du droit d'agrément¹⁶⁹⁴.

327. En tout état de cause, il ne fait guère de doute que la clause d'agrément instaure un droit contractuel finalisé¹⁶⁹⁵ dès lors que sa présence dans le contrat conduit à un contrôle judiciaire des motifs de mise en œuvre de cette prérogative à l'aune des finalités contractuellement déterminées. Il a justement été affirmé que « le contrôle en ce domaine devrait être fondé sur une analyse de l'économie du contrat, se traduisant par une appréciation objective de l'adéquation entre les motifs de l'exercice de la prérogative et la finalité conventionnelle de celle-ci »¹⁶⁹⁶.

328. Clause de résiliation finalisée d'une convention de crédit. – Dans le but d'écartier toute incertitude quant aux implications de l'exigence de motivation instituée par la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009¹⁶⁹⁷, les parties ont la possibilité de prévoir contractuellement les cas pour lesquels le banquier pourra légitimement rompre en totalité ou partiellement le crédit consenti. La jurisprudence donne plein effet aux clauses d'une convention de prêt déterminant les causes de rupture du crédit lorsque celle-ci est à l'initiative de l'établissement de crédit. C'est ce qui résulte d'une décision de 2007 dans

une conception large des motifs pertinents. À ce propos, nous avons suggéré que la finalité de la clause d'agrément était de protéger les intérêts de l'agréant. Partant, le refus devait être motivé par référence à ces mêmes intérêts de l'agréant, ce qui ne se limite effectivement pas au sentiment qu'il se fait des qualités personnelles du repreneur mais peut, par exemple, résulter de la poursuite d'une politique de réorganisation du réseau. Cette formule n'est pas compréhensive à l'excès ».

¹⁶⁹³ V. par ex., CA Paris, 30 juin 2006, n° 05/13211 : « Considérant que les appelants sont mal fondés à se plaindre d'une limitation au droit de cession reconnu au concessionnaire, cette limitation résultant de l'économie du contrat et non pas des circonstances de l'espèce ; qu'en effet l'article 24 du contrat de concession pose un principe d'incessibilité, avec cependant droit de présenter un successeur que le concédant ne peut refuser sans motif légitime ; que les besoins de restructuration du réseau du concédant peuvent constituer ce motif légitime ».

¹⁶⁹⁴ En ce sens, N. TAGLIARINO-VIGNAL, « L'agrément », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, juin 2012, Étude 142, spéc. n° 142-50.

¹⁶⁹⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sur Cass. com. 2 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 50 : « la clause d'agrément est une clause finalisée dont l'exercice suppose, pour cette raison, une motivation adéquate. Cela [...] ressort, nous semble-t-il, de la nature même de cette clause ». V. également, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préface de L. AYNES, Postface de F. TERRE, LGDJ, 2012, n° 426.

¹⁶⁹⁶ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. mai* 2017, V° « Abus de droit », spéc. n° 197. V. déjà en ce sens, Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, *RDC* 2003, p. 50 : « En contrôlant les motifs du refus, le juge contrôle simplement si la clause a joué conformément à la loi des parties, si son jeu est, comme l'exprime l'arrêt, "conforme [aux] engagements contractuels", ce qui ne sera pas le cas s'il apparaît qu'elle a été détournée de sa finalité initiale ».

¹⁶⁹⁷ V. not. l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

laquelle la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir caractérisé une rupture abusive d'un concours en retenant que « les causes autorisant la banque à mettre fin aux concours bancaires limitativement énoncés au § 10 de l'acte de prêt [litigieux] ne visent aucunement l'hypothèse de la résiliation du contrat d'architecte »¹⁶⁹⁸. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît non seulement la validité des clauses limitant les hypothèses conventionnelles de rupture du crédit mais leur confère au surplus une efficacité redoutable en admettant, contrairement au droit commun de la rupture des contrats à durée indéterminée¹⁶⁹⁹, qu'un abus sera caractérisé dès lors que la résiliation intervient en dehors des cas limitativement prévus au contrat. Les parties disposent donc de la faculté de faire de la rupture de leur contrat de prêt une prérogative finalisée. Si tel est leur souhait, les rédacteurs d'actes devront toutefois veiller à indiquer précisément les causes qu'ils entendent autoriser pour l'exercice du droit de rupture du crédit ainsi que le caractère exhaustif ou non de la liste qu'ils auront pu dresser¹⁷⁰⁰.

329. Droit légal de rétractation. Illicéité de l'exigence contractuelle de justes motifs. – La clause imposant des motifs particuliers pour la mise en œuvre d'une faculté légale de rétractation est-elle licite ? La détermination de la validité d'une telle stipulation nécessite au préalable de revenir sur le contenu du droit de rétractation. Au sens strict, les droits de rétractation ou de repentir constituent des facultés légales qui ouvrent à leur titulaire la possibilité, pendant un délai déterminé, de revenir unilatéralement, et en principe gratuitement, sur leur engagement. Cette possibilité exceptionnelle de reprendre son consentement a pour conséquence juridique la destruction d'un contrat considéré formé *ab initio*¹⁷⁰¹. Si le caractère discrétionnaire du droit de rétractation se trouve généralement admis¹⁷⁰², les conséquences qu'il convient d'attacher à cette qualification posent toutefois

¹⁶⁹⁸ Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325 : *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *JCP E* 2008, 2101, note Y. PACLOT et Ph. ROUSSEL GALLE.

¹⁶⁹⁹ V. Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-12.548 : *Bull. civ.* IV, n° 194 ; *RTD civ.* 1995, p. 108, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1994, I, 3803, n° 1, obs. G. VIRASSAMY ; *LPA* 23 janv. 1995, p. 13, note DAGORNE-LABBE.

¹⁷⁰⁰ En ce sens, N. MATHEY, « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? », *JCP E* 2010, 1550, spéc. n° 34 : « Ces aménagements conventionnels sont licites dans la mesure où ils ne restreignent pas les droits que le client tient de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Leur rédaction doit toutefois faire l'objet d'une grande attention en particulier si l'on prétend dresser une liste limitative mais exhaustive des causes de résiliation ».

¹⁷⁰¹ Sur les effets de la rétractation, Cass. 3^e civ., 13 févr. 2008, n° 06-20.334 : *D.* 2008, p. 1530, obs. Y. DAGORNE-LABBE ; *RTD civ.* 2008, p. 293, obs. B. FAGES ; *RLDC* 2008/48, n° 2935, obs. C. LE GALLOU.

¹⁷⁰² V. par exemple à propos du droit de rétractation de l'article L. 312-19 du Code de la consommation, D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation, Droit interne et européen*, Dalloz, 2020, n° 322.164, p. 911 : « Lorsque l'emprunteur exerce sa faculté de rétractation il n'a pas à en préciser le motif. Son droit de rétractation est donc un droit discrétionnaire ».

question. Alors que certains estiment que l'exercice du droit de rétractation est insusceptible d'être sanctionné au titre de l'abus¹⁷⁰³, d'autres soutiennent au contraire que les rétractations abusives doivent pouvoir être sanctionnées. En tout état de cause, il n'est guère contesté que le titulaire d'un droit légal de rétractation puisse en faire usage sans avoir à fournir de justification¹⁷⁰⁴. Ainsi, quand bien même le débat doctrinal relatif à l'absolutisme du droit légal de rétractation n'est pas définitivement clos, le droit de rétractation constitue *a minima* une prérogative « semi-discrétionnaire », en ce sens que son exercice ne se trouve subordonné à aucune exigence de motivation ni de justification¹⁷⁰⁵. Le titulaire d'une faculté légale de rétractation n'a pas à en justifier l'exercice, ce qui permet d'en écarter le caractère finalisé. En présence d'une telle faculté discrétionnaire de rétractation, les parties peuvent-elles librement en soumettre l'exercice à une exigence de justification ? Autrement dit, les parties peuvent-elles contractuellement neutraliser le caractère *ad nutum* de la faculté légale de rétractation afin d'en faire une prérogative finalisée, de sorte que la licéité de son usage serait dépendance de la poursuite de justes motifs ? Afin de répondre à cette interrogation, il est utile de s'intéresser au régime des facultés légales de rétractation accordées au consommateur¹⁷⁰⁶. L'article L. 221-18, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation accorde au consommateur une telle faculté tout en écartant expressément toute exigence de motivation à la charge du consommateur. Le texte prévoit en effet que « le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour *exercer*

¹⁷⁰³ En ce sens, v. par ex., É. BAZIN, « Le droit de rétractation en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028 : « il est inconcevable que la dynamique de la protection du consommateur soit enrayée par une recherche de l'abus de droit. La majeure partie de la doctrine est en ce sens » ; S. DETRAZ, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC* 2004, étude 7, spéc. n° 4 : « La théorie de l'abus de droit n'est donc pas applicable, même si, de lege ferenda, certains aimeraient voir le juge pouvoir sanctionner les rétractations abusives » ; Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* mai 1998, p. 78 et s., spéc. p. 83 : « D'aucuns pensent, cependant, qu'il serait opportun de « moraliser » quelque peu l'exercice des facultés de rétractation en sanctionnant le contractant qui en userait de mauvaise foi. C'est la solution qui a parfois été retenue en dehors du droit de la consommation à propos de la clause de dédit, le juge refusant de faire produire effet à une telle clause utilisée de mauvaise foi. Nous voyons mal cependant comment pourrait être transposée ici cette solution sans priver les facultés de rétractation de toute portée ».

¹⁷⁰⁴ V. toutefois, s'agissant des contrats d'enseignement à distance conclus avec un établissement privé, l'article L. 444-8 du Code de l'éducation limite les cas dans lesquels l'élève peut se rétracter sans qu'aucune indemnité ne soit due au cocontractant.

¹⁷⁰⁵ En ce sens à propos de la faculté conventionnelle de dédit, L. BOYER, « La clause de dédit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 42 et s., spéc. n° 12 : « En réalité, il faut bien voir ce que recouvre le qualificatif de discrétionnaire : il postule seulement que celui qui exerce un droit de ce type n'a ni à légitimer son acte en indiquant le motif ni à se préoccuper des dommages qu'il peut ce faisant causer à d'autres... ». Rapp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 21 et s., spéc. n° 30, p. 30.

¹⁷⁰⁶ Pour une étude du droit de rétractation en droit de la consommation : S. DETRAZ, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation », *CCC* 2004, étude 7 ; É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028. *Adde* de manière plus générale, R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 226 et s.

son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, *sans avoir à motiver sa décision* »¹⁷⁰⁷. Cette absence de nécessité de fournir les motifs de la rétractation a été également affirmée par la jurisprudence notamment à propos d'une vente à distance¹⁷⁰⁸. De la même manière, le Code de la consommation prévoit, en matière de crédit à la consommation, la possibilité pour l'emprunteur de se « *rétracter sans motifs* dans un délai de quatorze jours »¹⁷⁰⁹. Le législateur écarte ainsi expressément toute exigence de motivation pour l'exercice de ces facultés de rétractation. La lettre de ces textes suggère que les parties ne peuvent valablement stipuler une clause imposant au consommateur une exigence de justes motifs. Non seulement l'impérativité de ces dispositions empêche la soumission de la faculté de rétractation en droit de la consommation à une exigence contractuelle de motivation, mais c'est encore l'esprit d'une telle institution qui s'oppose à la limitation de l'exercice de la rétractation. En toute rigueur, les raisons ayant amené le consommateur à user de la faculté légale de rétractation ne devraient autoriser aucune remise en cause de sa décision de reprendre son consentement. La jurisprudence relève en ce sens que le consommateur dispose de la faculté de se rétracter sans avoir à démontrer qu'il ait été influencé ou manipulé par le professionnel¹⁷¹⁰. Dans ce contexte, l'instauration d'un contrôle de la légitimité de la rétractation se conçoit difficilement. En dehors du respect des conditions formelles prévues par les textes, l'exercice de la faculté de rétractation ne saurait être soumis à aucune autre condition. Comme l'a très justement affirmé un auteur : « Le droit de rétractation vise à protéger l'humilié dont la légèreté même est présumée. Limiter l'exercice de ce droit viderait l'instrument de toute utilité et affecterait substantiellement le caractère impératif des dispositions qui l'envisagent »¹⁷¹¹. L'effectivité de la faculté de

¹⁷⁰⁷ Nous soulignons.

¹⁷⁰⁸ CA Rouen, 17 déc. 2008, *Sté JP3 c/L. F.* : CCC 2009, n° 238, note G. RAYMOND.

¹⁷⁰⁹ Article L. 312-19 du Code de la consommation (nous soulignons).

¹⁷¹⁰ CJCE, 22 avr. 1999, *Travel Vac SC c/ Manuel José Antelm Sanchis*, aff. C-423/97 : JCP G 1999, I, 187, obs. M.-Ch. BOUTARD-LABARDE.

¹⁷¹¹ L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel vac*, aff. C-423/97 », *JCP G* 2000, I, 218, spéc. n° 23. V. déjà en ce sens, Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* mai 1998, p. 78 et s., spéc. p. 82 : « L'idée d'un droit de repentir est incompatible avec une quelconque exigence de justification des motifs de la rétractation ». *Adde* S. DETRAZ, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », CCC 2004, étude 7, spéc. n° 21 : « pour assurer une protection efficace des consommateurs, il est nécessaire que leur décision ne puisse jamais être remise en cause, sous peine, dans les hypothèses où un vice du consentement (*lato* ou *stricto sensu*) existe vraiment, que le droit de rétractation perde toute son effectivité ; admettre le professionnel à renverser la présomption de vice du consentement en réponse à l'exercice du repentir aurait donc été contraire au souhait du législateur » ; É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028 : « La finalité même du droit de repentir en droit de la consommation, qui, prenant acte de la violence économique, cherche à protéger les consommateurs en situation de faiblesse, a largement fait de l'exercice du repentir un droit qui repose

rétractation passe ainsi par l'impossibilité pour le professionnel d'imposer à son cocontractant une clause de renonciation au droit de repentir accordé par le législateur. L'ordre public attaché aux dispositions susvisées s'oppose à toute renonciation anticipée à la protection offerte par le législateur¹⁷¹². En ce sens, certains textes du Code de la consommation prévoient expressément la nullité des clauses de renonciation à un droit légal de rétraction¹⁷¹³. La stipulation imposant au consommateur souhaitant se rétracter la nécessité d'une justification tomberait sans doute sous le coup de la prohibition légale.

De façon plus générale, ce sont les règles relatives à la sanction des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs qui semblent s'opposer à ce qu'une disposition contractuelle impose au consommateur d'avoir à justifier la mise en œuvre de son droit de rétractation. En effet, il pourrait être soutenu qu'une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en ce qu'elle prive, ne serait-ce qu'indirectement, le consommateur d'une prérogative que le législateur a entendu lui accorder¹⁷¹⁴. Les stipulations soumettant l'exercice d'une faculté légale du consommateur à une exigence de motivation ou encore celles limitant l'exercice de cette prérogative légale à certaines hypothèses contractuellement prévues pourraient ainsi constituer des clauses abusives au sens de la législation consumériste.

Ce refus d'admettre que les parties puissent limiter contractuellement les motifs d'exercice des droits légaux de rétractation se retrouve également à propos de facultés de résiliation unilatérale dont le caractère *ad nutum* est reconnu par des textes impératifs. Ainsi, dès lors que des dispositions protectrices d'ordre public attribuent un droit de résiliation *ad nutum* à un contractant, le juge sanctionne les clauses ayant pour objet ou pour effet de restreindre l'exercice de ce droit. Plus largement, c'est la validité de toute clause ayant un effet dissuasif quant à la mise en œuvre d'un droit légal de rupture d'ordre

exclusivement sur la volonté du contractant le plus faible, à savoir le consommateur. Son efficacité doit rester indépendante de la volonté du professionnel ».

¹⁷¹² V., par ex., Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 : *Bull. civ.* I, n° 120 ; *JCP G* 1998, II, 10148, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 1998, 1731, note S. PIEDELIEVRE ; *CCC* 1998, n° 86, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1998, p. 670, obs. J. MESTRE ; *RDI* 1998, p. 675, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN et F. SCHAUFELBERGER ; *ibid.* p. 392, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN : « S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ».

¹⁷¹³ Article L. 242-3 du Code de la consommation : « Est nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation défini à l'article L. 221-18 ». V. égal. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, 10^e éd., Dalloz, 2020, n° 585, p. 628 : « Le droit de rétractation est impératif, il ne peut être éliminé par la convention des parties. Il est discrétionnaire : le consommateur qui se rétracte n'a pas à motiver sa décision ».

¹⁷¹⁴ En ce sens, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP E* 2009, 178. L'auteur relève entre autres que la gravité du déséquilibre peut résulter de la privation directe ou indirecte d'un droit du consommateur.

public qui paraît menacée. Un arrêt rendu le 17 mars 2015 à propos de la rupture d'un bail professionnel en fournit une illustration¹⁷¹⁵. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu que « clause litigieuse avait pour but de dissuader les cessionnaires d'user de la faculté légale de résiliation du bail, sous peine de les rendre personnellement redevables de l'indemnisation du manque à gagner subi par les associés de la bailleuse, du fait de la perte du locataire ». Selon la Haute juridiction, la cour d'appel a pu en déduire à bon droit que « cet engagement était contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986, en ce qu'il avait pour objet de priver la société locataire de la faculté de notifier à tout moment au bailleur son intention de quitter les locaux en respectant un délai de préavis de six mois ». Dès lors, les stipulations contractuelles restreignant, même indirectement, l'exercice par le preneur d'un bail professionnel de son droit de rupture encourent la nullité. Une telle solution atteste qu'« un droit d'ordre public accordé à un contractant peut faire échec à une convention conclue par d'autres contractants qui rejaillit de manière négative sur ce droit »¹⁷¹⁶. Autrement dit, « l'ordre public ne connaît pas ici l'effet relatif des conventions ni l'écran de la personnalité morale »¹⁷¹⁷ ! Par analogie avec la clause litigieuse, la stipulation d'un bail professionnel limitant expressément les motifs d'exercice du droit de résiliation *ad nutum* devrait, en raison de son caractère dissuasif, être considérée comme contraire aux dispositions de l'article 57 A de la loi précitée. Une telle solution peut raisonnablement être étendue à l'ensemble des droits de résiliation *ad nutum* reconnus à un contractant par des dispositions impératives¹⁷¹⁸. En définitive, qu'il s'agisse d'un droit légal de rétractation ou encore d'une faculté légale de résiliation *ad nutum*, l'impérativité des textes reconnaissant de telles prérogatives s'oppose à leur soumission à une exigence contractuelle de justification. Il devrait donc en aller autrement s'agissant d'une faculté de dédit d'origine conventionnelle¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁵ Cass. com., 17 mars 2015, n° 14-12.185 : *RTD civ.* 2015, p. 378, obs. H. BARBIER.

¹⁷¹⁶ H. BARBIER, obs. sur Cass. com., 17 mars 2015, *RTD civ.* 2015, p. 378.

¹⁷¹⁷ H. BARBIER, obs. sur Cass. com., 17 mars 2015, *RTD civ.* 2015, p. 378.

¹⁷¹⁸ En ce sens, W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, V° « Résiliation (aménagement) », p. 798 et s., spéc. p. 801. En effet, l'auteur affirme, de manière générale, que les clauses entravant l'exercice du droit de résiliation unilatéral « sont nulles lorsqu'elles limitent les droits de résiliation d'ordre public, même lorsque cette limitation est indirecte ».

¹⁷¹⁹ En ce sens, C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p. 169 et s., spéc. n° 23 : « rien n'empêche le promettant de se protéger par avance en précisant dans le contrat les motifs du repentir ce qui lui permet de brider la liberté du débiteur du dédit »

330. Clause de rupture finalisée et concurrence des autres modes de rupture du contrat. – En présence d’une clause de résiliation imposant des motifs légitimes de rupture, une partie peut-elle s’affranchir des conditions contractuellement prévues en usant d’autre mode de rupture admis par la loi ou la jurisprudence ? Ainsi, les parties qui instaurent un droit finalisé de rupture doivent-elles nécessairement rompre le contrat en mettant en œuvre cette prérogative ou demeurent-elles libres de choisir le mode de rupture ? Autrement posée, la question est celle de savoir si la création d’un droit finalisé de rupture vaut renonciation aux autres modes de résolution du contrat¹⁷²⁰. La réponse à ces interrogations permettra d’apprécier la portée de la clause instituant un droit de rupture finalisé. Il conviendra donc de déterminer comment s’articulent les différents modes de résolution du contrat entre eux. Pour ce faire, il est utile de s’intéresser à la jurisprudence relative aux relations qu’entretiennent la clause de résiliation anticipée et les autres modes de rupture du contrat. S’agissant des rapports entre la résolution conventionnelle et la résolution judiciaire, la présence dans le contrat d’une clause de résiliation ou d’une clause résolutoire n’évince pas l’éventualité d’une résolution judiciaire du contrat. En effet, il résulte d’un arrêt de 1984 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 »¹⁷²¹. Ainsi, la présence d’une clause de résiliation conditionnée ne vaut pas *per se* renonciation des parties à l’exercice des prérogatives légales de rupture qui leur sont reconnues par ailleurs¹⁷²². Le créancier demeure par conséquent libre d’intenter une action en résolution judiciaire du contrat sans avoir à se soumettre aux modalités et conditions de rupture prévues par la clause résolutoire. Comme l’a justement affirmé l’annotateur de la décision précitée, « en stipulant une clause de résiliation [...], le consentement des parties a porté uniquement sur cet avantage supplémentaire résultant du jeu de la liberté contractuelle. Leur accord s’est fait sur un

¹⁷²⁰ L’article 1224 du Code civil énonce ces différents modes de rupture en disposant 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 ». V. égal. P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.* oct. 2014, p. 70 ; G. CHANTEPIE, « La gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130 ; Th. GENICON, « “Résolution” et “résiliation” dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, 960.

¹⁷²¹ Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13.041 : *Bull. civ.* IV, n° 93 ; *JCP G* 1985, I, 20407, note Ph. DELEBECQUE. La solution a par la suite été réaffirmée, Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-16.294.

¹⁷²² En ce sens, C. CHABAS, *Rép. civ.* sept. 2017, V° « Résolution – Résiliation », spéc. n° 114 : « L’insertion de telles clauses ne peut valoir renonciation à la résolution judiciaire ou même extrajudiciaire ».

“plus” par rapport à ce qu’octroie le droit commun. À aucun moment les contractants n’ont voulu évacuer les règles légales »¹⁷²³. En tout cas, le créancier a la possibilité de préférer, en présence d’une clause résolutoire, la voie de la résolution judiciaire s’il estime celle-ci plus opportune. La réforme du Code civil opérée par l’ordonnance du 10 février 2016 n’entend pas remettre en cause une telle solution puisque l’article 1227 dispose que « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice »¹⁷²⁴. Cette option pour « la règle la plus favorable »¹⁷²⁵ est-elle également reconnue en cas de résolution unilatérale par notification intervenant en présence d’une clause de résiliation conditionnée ? La jurisprudence est divisée quant à l’articulation qu’il convient de réaliser entre ces deux modes de résolution extrajudiciaire. D’une part, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, par un arrêt en date du 10 février 2009, 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 »¹⁷²⁶. Il s’agissait en l’espèce d’une clause de résiliation anticipée contenue dans un contrat à durée déterminée et aux termes de laquelle la résiliation ne pouvait intervenir qu’après trois lettres recommandées motivées. La chambre commerciale est venue par la suite confirmer à plusieurs reprises sa position¹⁷²⁷. Ainsi que l’a très justement remarqué un auteur, « voici donc une rupture unilatérale toute-puissante puisqu’elle permet de passer outre les formes et obligation de motivation que les cocontractants se sont eux-mêmes imposées conventionnellement »¹⁷²⁸ ! Ainsi, disposant de plusieurs prérogatives dont l’objet est identique, celui d’anéantir le contrat, les contractants ne se trouveraient pas contraints de recourir au droit finalisé de rupture qu’ils ont contractuellement aménagé. Il convient d’approuver une telle solution dès lors que, comme cela a été justement dit, « si trois voies sont ouvertes pour résoudre un contrat parce que les conditions en sont réunies, on ne voit

¹⁷²³ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 7 mars 1984, *JCP G* 1985, I, 20407, spéc. n° 6.

¹⁷²⁴ Le rapport adressé au Président de la République est en ce sens : « l’article 1227 rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été engagée, conformément à la jurisprudence ». Adde, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 661 et s., p. 610 et s. ; F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 128.201, p. 159 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 580 et s.

¹⁷²⁵ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 7 mars 1984, *JCP G* 1985, I, 20407, spéc. n° 6.

¹⁷²⁶ Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415 : *RTD civ.* 2009, p. 318, obs. B. FAGES ; *CCC* 2009, n° 123, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2010, p. 44, obs. Th. GENICON.

¹⁷²⁷ Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.830 : *RTD civ.* 2014, p. 118, obs. B. FAGES – Cass. com. 20 oct. 2015, n° 14-20.416 ; *JCP G* 2016, 345, obs. P. GROSSER ; *CCC* 2016, comm. 3, note L. LEVENEUR.

¹⁷²⁸ Th. GENICON, obs. Sur Cass. com., 10 févr. 2009, *RDC* 2010, p. 44.

pas pourquoi le créancier ne pourrait en emprunter qu'une ou deux... Et si telle n'était pas la volonté des parties, encore faudrait-il que cette volonté soit suffisamment caractérisée »¹⁷²⁹. Cette pluralité de prérogatives remplissant une fonction analogue conduit à une mise en concurrence des droits susceptibles de déboucher sur une neutralisation du dispositif contractuel de rupture. Cet « effet “coupe-circuit” »¹⁷³⁰ provoqué par le recours à résolution par notification n'est semble-t-il pas admis par l'ensemble des chambres de la Cour de cassation. En effet, la position de la troisième chambre civile contredit, *a priori*, celle de la chambre commerciale puisqu'elle a jugé, dans une décision de 2013, qu'une société civile immobilière (maître d'ouvrage) était tenue de respecter les conditions contractuelles de résiliation unilatérale du contrat de maîtrise d'œuvre¹⁷³¹. La Haute juridiction censure par conséquent la décision des juges du fond ayant retenu que le maître d'ouvrage pouvait choisir entre différents modes de rupture du contrat et ainsi s'affranchir des conditions fixées par la clause résolutoire. Comment justifier cette apparente divergence jurisprudentielle ? Alors que la chambre commerciale se réfère dans sa décision de 2009 aux modalités formelles de résiliation contractuelle, la troisième chambre civile refuse quant à elle que le créancier puisse écarter les modalités financières déterminées par la clause résolutoire. Dans ce contexte, la nature des modalités en cause permettrait-elle de délimiter les cas dans lesquels le créancier victime d'une inexécution est fondé à résoudre unilatéralement le contrat, sans être tenu de respecter les modalités de résiliation contractuellement fixées ? En d'autres termes, est-il possible d'opérer une distinction entre les exigences de forme imposées par la clause résolutoire, susceptibles d'éviction en cas d'option pour la résolution unilatérale par notification, et les exigences de fond, toujours applicables indépendamment du mode de résolution choisi ? Il serait pour le moins imprudent de prétendre pouvoir dégager un tel critère des décisions susvisées¹⁷³². En tout état de cause, par une décision de 2018, la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est récemment prononcée dans le sens d'une inapplicabilité des

¹⁷²⁹ C. GRIMALDI, obs. sur CA Versailles, 28 nov. 2017, n° 16/04524, *RDC* 2018, p. 71, spéc. n° 3. V. déjà en ce sens, B. FAGES, obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 318 : « la possibilité de mettre fin à un contrat de façon unilatérale à ses risques et périls [...] doit pouvoir exister en marge des dispositions contractuelles organisant, y compris sur le fond, la rupture du contrat ou la sortie de l'une ou l'autre des parties » (nous soulignons). V. not. en sens contraire, L. LEVENEUR, obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, *CCC* 2009, comm. 123 : « L'article 1134, pourtant visé par la Cour de cassation, avec la force obligatoire du contrat qu'il proclame (al. 1^{er}), devrait imposer le respect des stipulations de la clause résolutoire ».

¹⁷³⁰ B. FAGES, obs. sur Cass. com., 1^{er} oct. 2013, *RTD civ.* 2014, p. 118.

¹⁷³¹ Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n° 12-23.379 : *JCP G* 2014, 115, n° 16, obs. P. GROSSER ; *RDC* 2014, p. 181, obs. Y.-M. LAITHIER.

¹⁷³² V. en ce sens les propos convaincants de P. GROSSER, *in JCP G* 2014, 115, spéc. n° 16. Rapp. B. FAGES, obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 318.

modalités contractuelles de résiliation, en l'espèce d'ordre procédural, en cas de résolution unilatérale du contrat¹⁷³³. Par ailleurs, il est à noter que l'ordonnance du 10 février 2016 ne règle pas directement la question de l'articulation entre résolution unilatérale et clause résolutoire. Toutefois, certains textes qui en sont issus semblent pencher du côté de la position retenue par la chambre commerciale et donc de la possibilité pour le créancier de se soustraire, en cas de résolution unilatérale par notification, aux modalités déterminées par la clause de rupture anticipée. Il en va tout d'abord de la sorte du nouvel article 1217, alinéa 2, du Code civil qui prévoit la possibilité de cumuler les sanctions de l'inexécution du contrat qui ne sont pas incompatibles¹⁷³⁴. Ensuite, l'article 1224 du même code évoque, dans un alinéa unique, les trois modes de résolution du contrat sans établir *a priori* de hiérarchie entre eux¹⁷³⁵. Néanmoins, il convient de remarquer que la codification de la résolution unilatérale par notification à l'article 1226 du Code civil a, dans une certaine mesure, rendu cette prérogative moins attrayante que par le passé, en raison notamment du renforcement des contraintes pesant sur son exercice¹⁷³⁶. Cela pourrait en pratique avoir pour conséquence la réduction future des cas de recours préférentiel à la résolution unilatérale par notification en présence d'une clause résolutoire. Quoi qu'il en soit, en l'état actuel de la jurisprudence, les modes de rupture du contrat que sont la résolution judiciaire ainsi que la résolution unilatérale peuvent constituer des portes de sortie contractuelle à la disposition du créancier relativisant l'efficacité des clauses de résiliation anticipée et des clauses résolutoires. Il est à noter également, qu'en sus de la résolution judiciaire et de la résolution unilatérale par notification, c'est encore le *mutuus dissensus* qui est susceptible

¹⁷³³ Cass. 3^e civ., 8 févr. 2018, n° 16-24.641 : *RTD civ.* 2018, p. 404, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2018, 1418, obs. J.-B. SEUBE.

¹⁷³⁴ En ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 660, p. 610 : « [...] si la jurisprudence maintient sa position antérieure, ce à quoi l'invite l'article 1217 du Code civil, qui autorise le cumul des remèdes qui ne sont pas incompatibles, il sera toujours possible au créancier de recourir à la résolution par notification, même après avoir invoqué dans un premier temps une clause résolutoire ».

¹⁷³⁵ Le rapport adressé au Président de la République indique à ce titre que : « La résolution unilatérale n'est [...] plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale ». Adde, C. GRIMALDI, obs. sur CA Versailles, 28 nov. 2017, *RDC* 2018, p. 71, spéc. n° 3. Comp. P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr. oct.* 2014, p. 70.

¹⁷³⁶ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 660, p. 610 : « [...] à l'évidence, la nécessité de prouver la gravité de l'inexécution est bien plus contraignante que la démonstration des engagements inexécutés qui avaient été précisés par la clause. Ensuite, quitte à vouloir privilégier la rapidité et l'efficacité, la clause résolutoire permet d'éviter toute mise en demeure préalable, ce que le texte sur la résolution par notification ne permet qu'en cas d'urgence ».

de supplanter le droit finalisé de rupture institué par une clause contractuelle¹⁷³⁷. Ainsi, l'efficacité des droits finalisés de rupture instaurés par les parties semble en partie menacée par la possibilité parfois reconnue au créancier d'exercer, si les conditions d'un tel exercice se trouvent réunies, d'autres prérogatives ayant une fonction identique. Cette concurrence que subissent les modes contractuels de rupture ne se retrouve pas s'agissant des droits légaux finalisés dès lors que ceux-ci sont reconnus par des dispositions impératives limitant les modes et/ou les causes de rupture du contrat (pour des raisons tenant notamment à la protection d'une partie au contrat). C'est semble-t-il en ce sens que la Cour de cassation a, dans un arrêt de 2009, reproché aux juges du fond d'avoir « donné des effets à l'action unilatérale » d'une société bailleuse ayant mis fin à un bail commercial sans se conformer aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce¹⁷³⁸. Autrement dit, le bailleur souhaitant congédier le preneur doit nécessairement se soumettre aux conditions de forme et de fond exigées par le statut impératif des baux commerciaux. L'ordonnance du 10 février 2016 ayant consacré la résolution extrajudiciaire par notification, l'articulation entre cette prérogative légale de rupture et les autres prérogatives de rupture reconnues ailleurs par des législations particulières devrait se faire en application de la règle « *specialia generalibus derogant* »¹⁷³⁹. Les dispositions spéciales du droit des baux commerciaux dérogeant aux dispositions générales du droit commun de la rupture. La solution vaut, semble-t-il, pour l'ensemble des situations dans lesquelles le législateur instaure un droit finalisé par des dispositions spéciales impératives.

331. Conclusion de la section. – La liberté contractuelle permet de transformer certains droits légaux discrétionnaires en droits contractuels finalisés. Néanmoins, il n'en va pas toujours de la sorte. En effet, une telle possibilité dépend largement du caractère impératif, ou non, des dispositions qui instituent le droit discrétionnaire en cause. En effet, pour reprendre l'exemple de l'article 2004 du Code civil, la libre révocabilité du mandat que le texte reconnaît possède un caractère supplétif, ce qui autorise les parties, en application de leur liberté contractuelle, à renoncer au caractère discrétionnaire de la révocation par le biais de stipulations contraires. En pareil cas, par une contractualisation

¹⁷³⁷ H. BARBIER, obs. sous Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, *RTD civ.* 2015, p. 879 : « Une résiliation du contrat fondée sur le *mutuus dissensus* de l'article 1134, alinéa 2, peut s'évader des modalités de mises en œuvre légalement ou contractuellement prévues pour une résiliation unilatérale ».

¹⁷³⁸ Cass. 3^e civ., 28 oct. 2009, n° 08-16.758 : *JCP G* 2010, 50, note Ch. LACHIEZE.

¹⁷³⁹ Article 1105, alinéa 3, du Code civil : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

des motifs légitimes, les contractants font d'un droit légal originellement discrétionnaire un droit contractuel finalisé. En revanche, dès lors que des droits légaux sont d'ordre public, tels que les droits de rétractation, la validité des clauses instaurant une exigence de justification se trouve écartée. Cela se comprend aisément dans la mesure où le caractère discrétionnaire de ces prérogatives répond à un objectif de protection de l'un des contractants. L'impérativité des dispositions reconnaissant un droit discrétionnaire au profit d'un contractant ne saurait, pour des raisons tenant à la protection de celui-ci, s'accommoder d'une exigence contractuelle de justification. L'admission de la validité d'une telle clause porterait atteinte à l'efficacité du dispositif légal de protection d'une partie au contrat.

SECTION 2 : L'AMENAGEMENT CONTRACTUEL DE DROITS LEGAUX FINALISES

332. L'aménagement par les parties des droits finalisés d'origine légale peut prendre la forme d'une exclusion (§1) ou d'une définition des justes motifs d'exercice (§2).

§1 : Exclusion contractuelle de l'exigence de justification

333. Création de droits contractuels discrétionnaires. – Les contractants peuvent-ils instaurer un droit contractuel discrétionnaire, en ce sens que son exercice n'aurait à être ni motivé ni justifié ? Par ailleurs, les parties disposent-elles de la faculté de neutraliser contractuellement une exigence légale de juste motif, de sorte qu'un droit légal à l'origine finalisé puisse, par l'effet de la volonté des parties, être exercé *ad nutum* ? La jurisprudence reconnaît de longue date aux cocontractants la faculté d'instituer, par le biais de clauses, de véritables droits contractuels discrétionnaires en ce sens que leur exercice ne requiert pas l'énoncé de motifs et que leur titulaire n'a aucune justification à fournir. Usant de leur liberté contractuelle et, plus particulièrement, celle de déterminer le contenu du contrat, les parties peuvent convenir des conditions d'exercice d'un droit contractuel, notamment en excluant expressément la nécessité d'en justifier l'exercice. L'existence de droits discrétionnaires en matière contractuelle tire ainsi sa justification de la liberté contractuelle reconnue aux parties.

334. Droit commun des contrats. Clause de résiliation *ad nutum*. – Il arrive fréquemment en pratique qu’une clause de résiliation unilatérale soit insérée dans un contrat¹⁷⁴⁰. Celle-ci peut avoir pour objet d’exclure expressément toute exigence de motivation ou de justification de la rupture unilatérale du contrat¹⁷⁴¹. À titre d’illustration, la jurisprudence a admis, dans un contrat conclu entre une clinique et un médecin, la validité d’une clause de résiliation unilatérale excluant toute obligation de motiver la rupture ou de justifier de son bien-fondé¹⁷⁴². Il n’est pas inutile de revenir sur les circonstances de fait ayant donné lieu à cette affaire afin d’apprécier la portée de la décision rapportée. En l’espèce, un contrat a été conclu entre un centre médico-chirurgical et un médecin. Une clause de résiliation insérée dans ce contrat stipulait que « manifestant une volonté réciproque, les parties décident de pouvoir chacune mettre fin au présent contrat quand bon lui semblera, sans qu’elles aient à motiver ou justifier le bien-fondé de leur décision ». Le centre médico-chirurgical décide de mettre fin à la relation contractuelle conformément aux exigences de forme et de délai de préavis prévues par le contrat. Par un arrêt du 2 juillet 1999, après avoir constaté le respect des conditions de forme contractuellement déterminées, la Cour d’appel de Versailles a estimé que la résiliation intervenue sans motif, alors même que le médecin avait demandé par une lettre restée sans réponse que les motifs de cette décision lui soient communiqués, caractérise un abus de droit. Pour aboutir à une telle solution la juridiction d’appel s’appuie sur « la compétence et la notoriété [du médecin], le fait que durant douze années aucun reproche ne lui avait jamais été adressé, son investissement personnel dans le Centre avec d’autres médecins, et le fait qu’il n’avait jamais ménagé ni son temps ni sa peine ». Au visa de l’ancien article 1134 du Code civil, la Haute juridiction censure la décision attaquée aux motifs qu’en se prononçant comme

¹⁷⁴⁰ Sur la licéité d’une telle clause : Cass. 3^e civ., 4 oct. 1995, n° 93-15.218 (à propos d’une clause insérée dans un contrat de bail).

¹⁷⁴¹ Sur l’intérêt d’une telle stipulation : B. FAGES, *Droits des obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2016, p. 305-306, n° 360 : « Une telle stipulation est utile pour régler des aspects importants comme le préavis ou l’éventuelle indemnité de rupture, qu’il s’agit d’accorder ou d’exclure. Elle peut rappeler que la résiliation pourra intervenir à tout moment, sans justification ou motivation de son bien-fondé ; ou, à l’inverse, prévoir des causes spécifiques de résiliation, ce qui n’empêche pas que celle-ci puisse toujours intervenir en dehors des cas prévus par le contrat » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, p. 523, n° 917 : « Une clause du contrat peut expressément décharger l’auteur de la rupture de toute obligation de motivation, ce qui a intérêt quand l’autre partie réclame des explications sur la décision prise à son détriment ».

¹⁷⁴² Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, n° 99-18.442 : *Bull. civ.* I, n° 98 ; *D.* 2001, p. 3087, obs. J. PENNEAU ; *D.* 2001, p. 3240, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2001, I, 354, obs. J. ROCHFELD ; *Defrénois* 2001, p. 1048, obs. É. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, p. 584, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. égal., Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, p. 523, n° 917 : « Une clause du contrat peut expressément décharger l’auteur de la rupture de toute obligation de motivation, ce qui a un intérêt quand l’autre partie réclame des explications sur la décision prise à son détriment ».

elle l'a fait, la cour d'appel a violé la loi des parties ainsi que le texte susvisé. Il ne saurait être déduit de cette décision que la présence d'une telle clause de résiliation *ad nutum* écarte toute possibilité de caractériser un abus dans l'exercice de ce droit unilatéral d'origine conventionnelle. Elle signifie simplement qu'en présence d'une telle clause, dès lors que celle-ci exprime clairement la volonté des cocontractants de ne pas soumettre l'exercice du droit unilatéral de rupture à une exigence de motivation et/ou de justification, le juge n'est pas fondé, sous peine de dénaturer la clause, à contrôler les motifs d'exercice de ce droit au titre de l'abus. Ainsi, bien qu'un abus de droit ne puisse en pareille situation résulter de l'absence de cause légitime ou de fourniture des motifs de la rupture¹⁷⁴³, la possibilité d'un contrôle judiciaire demeure¹⁷⁴⁴. Deux arguments militent en ce sens. Tout d'abord, en l'absence de clause de résiliation anticipée, la jurisprudence sanctionne l'abus du droit reconnu aux parties à un contrat à durée indéterminée de rompre unilatéralement le contrat. En effet, la Cour de cassation retient que « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre »¹⁷⁴⁵. Ensuite, l'exercice de mauvaise foi du droit de rupture unilatérale instauré par les parties, constitutif d'une faute, devrait pouvoir être sanctionné par le juge sur le fondement de l'article 1104 du Code civil¹⁷⁴⁶. L'analogie avec les clauses de dédit rend difficilement soutenable l'hypothèse d'un droit contractuel de rupture soustrait à tout contrôle du juge dans la mesure où l'exercice d'une faculté de dédit, alors même que celui-ci est considéré en principe comme discrétionnaire¹⁷⁴⁷, est susceptible d'être sanctionné au titre de l'exigence de bonne foi¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴³ V. en ce sens, Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158 : *Bull. civ.* IV, n° 252 ; *D.* 1998, p. 413, note Ch. JAMIN. Il ressort de cette décision que le concédant peut, sous réserve de respecter un délai de préavis et sauf abus de droit, résilier le contrat de concession sans donner de motifs. L'absence de communication des motifs ne permet donc pas de caractériser une rupture abusive du contrat.

¹⁷⁴⁴ L. LEVENEUR, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, *CCC* 2006, n° 99 : « D'où peut naître l'abus ? S'il n'y a pas de motifs à donner, il est difficilement concevable que l'abus puisse être recherché dans les motifs... En revanche l'abus peut tenir aux circonstances qui ont entouré la rupture lorsqu'elles révèlent l'existence d'une faute ». V. égal. en ce sens, J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. 1^{re}, 3 avr. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 584.

¹⁷⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 : *CCC* 2006, n° 99, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2006, p. 704, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES ;

¹⁷⁴⁶ Cass. com., 10 juill. 2007, 06-14.768.

¹⁷⁴⁷ C. LE GALLOU, « La rétractation et le dédit », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Juin 2014, Étude 138, spéc. n° 138-50 : « La faculté conventionnelle de dédit s'exerce de manière discrétionnaire. Ainsi, à l'instar du dédit légal, le bénéficiaire de ce droit n'a pas à légitimer sa décision en la motivant ».

¹⁷⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 11 mai 1976, 75-10.854 : *Bull. civ.* III, n° 199 ; *D.* 1978, p. 269, note J.-J. TAISNE – Cass. 3^e civ., 15 févr. 2000, n° 98-17.860, *RTD civ.* 2000, p. 564, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. égal. pour la sanction de l'usage abusif d'une clause de dédit, M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1998, p. 21 et s.,

Un tel contrôle se justifie aisément : « Dans l'ordre économique, il n'est pas satisfaisant de favoriser outre mesure les destructions de contrats, et l'on peut craindre, dans les rapports entre contractants, que la partie dominante n'impose à l'autre des clauses trop dures. C'est pourquoi la jurisprudence s'est efforcée d'apporter aux clauses une interprétation restrictive et de garder un certain contrôle équitable de la résolution en faisant appel à la bonne foi »¹⁷⁴⁹. En tout état de cause, la jurisprudence se montre favorable à la force obligatoire de la clause de résiliation excluant toute exigence de motivation insérée dans un contrat, que celui-ci soit conclu pour une durée indéterminée ou même déterminée¹⁷⁵⁰. Dès lors qu'elle exclut les motifs d'exercice de la prérogative du débat judiciaire¹⁷⁵¹, cette « clause très catégorique » a pour principal intérêt « de rendre plus difficile la caractérisation, par les tribunaux, d'un abus dans l'exercice de la faculté de résiliation »¹⁷⁵².

335. Clause de révocation *ad nutum* insérée dans un mandat d'intérêt commun. – La jurisprudence reconnaît aux parties à un mandat d'intérêt commun la possibilité de prévoir contractuellement que le contrat pourra être résilié tant en l'absence de justes motifs que de toute indemnisation. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1989 a admis la validité de la clause fixant les conditions de révocation¹⁷⁵³. En l'espèce, un mandat d'intérêt commun a été révoqué par le mandant conformément aux prévisions d'une clause de dénonciation insérée dans le contrat. Aux termes de la stipulation litigieuse, chacune des parties disposait d'une faculté de dénonciation à tout moment par simple lettre recommandée, sous réserve de l'observation d'un préavis d'un

spéc. n° 30, p. 30. Par ailleurs, la jurisprudence neutralise également l'exercice de mauvaise foi d'une clause résolutoire : Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.654 : *Bull. civ.* I, n° 57 ; *D.* 1995, p. 389, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1995, p. 623, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁴⁹ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, 2015, t. 2, n° 180, p. 249, spéc. §4.

¹⁷⁵⁰ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-19.736 : *JCP G* 2009, II, 10052, note C. CHABAS.

¹⁷⁵¹ Ce que regrettent certains auteurs qui sont favorables à un contrôle judiciaire de la motivation de la décision unilatérale de résiliation (notamment dans les contrats relationnels ou les contrats de coopération), v. en ce sens : D. MAZEAUD, obs. sous Cass. 1^{re}, 3 avr. 2001, *D.* 2001, p. 3240 ; J. ROCHFELD, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, *JCP G* 2001, I, 354.

¹⁷⁵² B. FAGES, « La disparition du lien contractuel par volonté d'un seul contractant – La résiliation unilatérale », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Mai 2010, Étude n° 465, spéc. n° 465-110. V. égal. en ce sens, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd., Francis Lefebvre, 2017, n° 1054, p. 335 : « On s'interroge, alors, sur le correctif que l'emploi des mots "discrétionnairement" ou "non motivé" pourrait apporter. À notre sentiment, s'il restreint sensiblement le champ de l'abus de droit et l'éventualité d'un contrôle judiciaire, il ne saurait les supprimer complètement et ce, d'autant moins que l'article 1226, al. 3 nouveau du Code civil impose une protection. Les parties peuvent, donc, graduer la liberté de la résiliation ».

¹⁷⁵³ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, n° 87-15.973 : *Bull. civ.* I, n° 229 ; *RTD com.* 1990, p. 249, obs. B. BOULOC. V. déjà en ce sens, Civ., 13 mai 1885 : *D.* 1885, 1, 350 – Cass. com., 10 oct. 1984, n° 83-13.636 : *Bull. civ.* IV, n° 260.

mois. Invoquant le caractère injustifié de la révocation, le mandataire conteste celle-ci et demande, en dépit de l'existence de la clause de dénonciation, le versement de dommages-intérêts. Après avoir rappelé que le mandat d'intérêt commun peut être révoqué par consentement mutuel, pour une cause légitime ou encore selon les stipulations et formes du contrat, la Cour de cassation en déduit logiquement que l'exercice par le mandant de la faculté conventionnelle de dénonciation à tout moment est licite. La Haute juridiction décide ensuite que « la révocation d'un mandat d'intérêt commun, effectuée selon les formes prévues par la convention, n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice causé au mandant ». Une telle solution attribue un plein effet à la clause de dénonciation litigieuse en ce sens que celle-ci peut efficacement écarter l'examen des motifs de révocation du mandat. Cette décision a ainsi « le mérite de rappeler que la révocation d'un mandat, aux conditions fixées par les parties elles-mêmes, n'est pas de nature à être contestée devant les juges »¹⁷⁵⁴. En dépit de la présence d'un intérêt commun liant les parties au mandat, le mandant peut ainsi se ménager une importante marge de manœuvre pour décider unilatéralement de la rupture du contrat¹⁷⁵⁵. Comme pour le mandat ordinaire, la révocation unilatérale du contrat reste en théorie soumise au contrôle de l'abus. Néanmoins, l'existence d'une faculté conventionnelle de révocation *ad nutum* restreint *de facto* les possibilités pour le mandataire de contester l'usage du droit afin d'obtenir des dommages-intérêts pour rupture abusive du mandat. En effet, « à partir du moment où la convention a été respectée, il n'y a plus guère de place pour une telle solution. À bien y regarder, donc, le retour au droit commun est encore plus dur que le droit commun lui-même »¹⁷⁵⁶.

336. Clause statutaire de révocation *ad nutum* d'un dirigeant. – L'étude des conditions de révocation des dirigeants sociaux permet également d'apprécier la validité des clauses instaurant une faculté de révocation *ad nutum*¹⁷⁵⁷, autrement dit sur un signe de

¹⁷⁵⁴ B. BOULOC, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, n° 87-15.973, *RTD com.* 1990, p. 249.

¹⁷⁵⁵ V. égal. sur cette possibilité d'écarter l'exigence de cause légitime de révocation et donc d'indemnisation du mandataire, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, n° 31279, p. 1129 : « [...] toute autre cause de révocation que les parties ont expressément prévue est considérée comme légitime. Par là se manifeste le fait que la jurisprudence relative au mandat d'intérêt commun n'est pas d'ordre public : l'aménagement contractuel de ce type de mandat est licite. Il prend généralement la forme d'un retour au droit commun du mandat ».

¹⁷⁵⁶ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, n° 31281, p. 1130.

¹⁷⁵⁷ V. not. sur la question, J.-L. AUBERT, « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com.* 1968, p. 977 ; M.-C. SORDINO, « Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 245 ; M.-H. DE LAENDER, « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés* 2000, p. 9.

tête. De façon générale, la liberté statutaire¹⁷⁵⁸ ainsi que de la libre révocabilité des dirigeants constituent les principes applicables à la matière. Il n'est d'ailleurs pas rare que la loi elle-même attribue expressément aux associés la possibilité de déterminer, par le biais de clauses statutaires, les conditions et modalités de révocation des dirigeants. En ce sens, l'article L. 226-2, alinéa 3, du Code de commerce prévoit que la révocation du gérant de société en commandite par actions, qu'il soit associé ou non, peut intervenir selon les conditions fixées par les statuts. Il en est *a priori* de même s'agissant des dirigeants de société par actions simplifiée dans la mesure où les articles L. 227-1 et suivants du Code de commerce ne se prononcent pas expressément sur les conditions de leur révocation. Dans de telles hypothèses, il est par conséquent loisible aux associés d'insérer des clauses statutaires prévoyant que les dirigeants pourront être révoqués à la fois sans motif et sans indemnité de rupture. Néanmoins, à côté de ces textes laissant aux associés le soin de préciser les modalités de révocation des dirigeants sociaux, nombreuses sont les dispositions prévoyant la faculté pour le dirigeant révoqué sans juste motif de solliciter l'octroi d'une indemnité de rupture. Il en va notamment de la sorte s'agissant des gérants de société civile¹⁷⁵⁹, de société en nom collectif¹⁷⁶⁰ et de société à responsabilité limitée¹⁷⁶¹, du directeur général de société anonyme et des directeurs généraux délégués¹⁷⁶², ou encore des membres du directoire¹⁷⁶³. S'agissant de ces dirigeants, des clauses statutaires peuvent-elles valablement évincer l'exigence légale d'un juste motif de révocation ? Autrement dit, est-il envisageable pour les associés d'en faire des dirigeants révocables *ad nutum* ? La validité de telles stipulations se trouve admise de longue date¹⁷⁶⁴. Cette possibilité de déroger statutairement à l'exigence légale de juste motif a notamment été admise par la jurisprudence à propos du gérant de société civile. En effet, dans un arrêt du 6 janvier 1999, la Cour de cassation a jugé que « les statuts d'une société civile peuvent valablement contenir une clause prévoyant que la révocation du gérant, même décidée sans juste motif, ne donnera pas lieu à dommages-intérêts »¹⁷⁶⁵. La Haute juridiction n'entend donc pas

¹⁷⁵⁸ Sur l'étendue d'une telle liberté, V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1836, p. 394 : « Les parties sont libres d'insérer dans leurs traités toutes les clauses qu'elles jugent convenables ; rien de ce qui est honnête et permis ne doit être exclu ». *Adde, ibid.* p. 400 : « les conventions des associés sont leurs premières lois, si elles ne se trouvent empêchées par aucune prohibition ».

¹⁷⁵⁹ Article 1851, al. 1, du Code civil.

¹⁷⁶⁰ Article L. 221-12, al. 4, du Code de commerce.

¹⁷⁶¹ Article L. 223-25 al. 1, du Code de commerce.

¹⁷⁶² Article L. 225-55, al. 1, du Code de commerce.

¹⁷⁶³ Article L. 225-61, al. 1, du Code de commerce.

¹⁷⁶⁴ V. par ex. : Req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939, I, 974.

¹⁷⁶⁵ Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-22.249 : *Bull. civ.* III, n° 6 ; *Dr. sociétés* 1999, p. 34, note Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1999, p. 451, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *JCP E* 1999, p. 666, obs. J.-J. CAUSSAIN et A.

restreindre, comme l'avait fait la juridiction d'appel, les possibilités statutaires de dérogation à la seule différence de majorité. En apparence, la solution respecte la lettre de l'article 1851, alinéa 1, du Code civil puisque celui-ci dispose que : « Si la révocation est décidée sans juste motif, *elle peut* donner lieu à dommages-intérêts ». À lire le texte, le versement d'une indemnité ne constitue, semble-t-il, qu'une éventualité en cas de révocation sans justes motifs. Pour autant, faut-il en déduire que l'exigence légale d'indemnisation, en l'absence de juste motif, soit dépourvue d'impérativité ? Il est permis d'en douter tant au regard de la structure du texte que des règles de la responsabilité extracontractuelle¹⁷⁶⁶. En tout état de cause, la Cour de cassation valide par cette décision les clauses statutaires écartant l'indemnisation du gérant de société civile en cas de révocation sans juste motif. La solution est-elle transposable aux dirigeants de sociétés commerciales révocables pour justes motifs¹⁷⁶⁷ ? La proximité rédactionnelle des dispositions du Code de commerce applicables à la révocation du dirigeant social avec celles de l'article 1851 du Code civil incite fortement à reconnaître la possibilité de déroger statutairement à l'exigence légale d'un juste motif¹⁷⁶⁸. En effet, la règle contenue dans l'article 1851, alinéa 1^{er}, du Code civil se trouve reprise, en des termes analogues, par les articles L. 221-12, L. 223-25, L. 225-55 et L. 225-61 du Code de commerce. Ce faisant, la convergence des régimes de révocation offre une illustration du « règne discret de l'analogie »¹⁷⁶⁹.

VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1999, p. 380, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 498, note A. COURET. Pour une étude de la question de la validité des clauses statutaires excluant l'exigence légale de juste motif à la lumière des tendances actuelles du droit des sociétés, J. ATTARD, « La révocation des dirigeants sociaux : "De la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ?" », *JCP G* 2000, I, 217.

¹⁷⁶⁶ En ce sens, M.-H. MONSERIE-BON, obs. sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, *RTD com.* 1999, p. 451 : « D'une part, la construction du texte ne conduit pas naturellement à cette liberté statutaire généralisée. [...] D'autre part, fonder cette nouvelle solution sur le fait que le texte précise que la révocation sans juste motif peut donner lieu à des dommages et intérêts implique de négliger les principes les plus élémentaires du droit de la responsabilité ». V. égal. pour une telle interprétation de l'article 1851 du Code civil, B. SAINTOURENS, note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 380.

¹⁷⁶⁷ Faisant état des principaux éléments du débat doctrinal suscité par cette question : D. MIELLET, « Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux "protégés" », *JCP E* 1999, p. 1278.

¹⁷⁶⁸ V. égal. en ce sens, M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 22^e éd., LGDJ, 2017, n° 1714, p. 191. Adde, J.-J. CAUSSAIN et A. VIANDIER, obs. sous Cass. 3^e civ. 6 janv. 1999, *JCP E* 1999, p. 666, spéc. n° 34 : « La solution devrait être transposable à certaines formes de sociétés commerciales, les textes visant la révocation des gérants (SNC, SCS et SARL) ou des membres du directoire étant rédigés en des formes identiques à ceux de l'article 1851, alinéa 2, du Code civil ». En sens contraire, se prononçant en faveur de l'impérativité d'une telle formule en ce qui concerne la révocation des membres du directoire, J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, t. 1, n° 1079, p. 951 : « Si le caractère impératif de cette règle n'est pas douteux, toute clause statutaire étant certainement nulle, son interprétation appelle quelques précisions ».

¹⁷⁶⁹ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 et s. Rapp. J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in *Débats, Une Théorie générale des contrats spéciaux ?*, RDC 2006, p. 597

337. Accueillie favorablement par les juridictions, la neutralisation de l'exigence légale d'un juste motif de révocation du dirigeant social ne se présume toutefois pas. La volonté des parties doit être clairement exprimée en ce sens. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2013¹⁷⁷⁰. En l'espèce, une lettre d'engagement d'un directeur général stipulait qu'il pourra être mis fin aux fonctions de celui-ci à tout moment, sans préavis, et qu'en pareille situation une indemnité d'un montant égal à une annuité de salaire lui serait due. La juridiction d'appel estime notamment que la stipulation institue une faculté de révocation *ad nutum* du directeur général de société anonyme. La Haute juridiction censure la décision des juges du fond en leur reprochant d'avoir déduit de la possibilité de révoquer à tout moment le directeur général l'existence d'une exclusion contractuelle de l'exigence légale de justification de la révocation. Loin d'écarter la licéité des clauses aménageant les conditions et modalités de révocation d'un dirigeant de société, la solution l'admet au moins implicitement¹⁷⁷¹. De manière opportune, la Cour de cassation condamne toute confusion entre la possibilité de révoquer à tout moment un dirigeant et l'admission d'une révocabilité *ad nutum*. Autrement dit, le fait que la révocation puisse intervenir à tout moment ne signifie pas, *ipso facto*, que l'auteur de la révocation soit dispensé de justifier sa décision. Quoi qu'il en soit, lorsque les parties souhaitent substituer un véritable droit contractuel de révocation *ad nutum* au droit légal de révocation pour juste motif, elles ne peuvent se contenter de mentionner que la révocation du dirigeant est susceptible d'intervenir à tout moment, sans quoi l'exigence légale de juste motif sera considérée comme maintenue.

338. **Clause de retrait *ad nutum* de la chose prêtée.** – S'agissant d'un contrat de prêt à usage, ou commodat, dès lors que le besoin de l'emprunteur s'évanouit, celui-ci se retrouve contraint de restituer la chose prêtée. Cette obligation relève, pour reprendre les

et s., spéc. p. 602-603 : « Ainsi est-il commun de relever la porosité des catégories contractuelles et la diffusion de règles spéciales au-delà de la catégorie contractuelle d'origine [...]. Ces phénomènes de propagation témoignent de l'aptitude du juge, et de notre droit, à dégager de son cadre étroit une règle générale souvent liée à la protection d'une partie au contrat. [...] Au fond, tout se passe comme si l'argument analogique jouait à fond dans le monde des contrats spéciaux ».

¹⁷⁷⁰ Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-25.004 : *Rev. sociétés* 2014, p. 387, note V. THOMAS ; *RTD com.* 2014, p. 142, obs. B. DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 169, note M. ROUSSILLE.

¹⁷⁷¹ V. en ce sens, V. THOMAS, note sous Cass. com., 26 nov. 2013, *Rev. sociétés* 2014, p. 387, spéc. n° 7 : « Mais en énonçant en substance que les parties n'avaient pas voulu écarter l'exigence légale de juste motif, la Chambre commerciale semble indiquer qu'elles auraient pu en prendre la liberté ».

termes utilisés par la Cour de cassation, de « l'essence du commodat »¹⁷⁷². Il n'est toutefois pas rare que le prêteur souhaite récupérer sa chose avant que l'emprunteur cesse d'en avoir besoin. La possibilité d'une restitution anticipée de la chose dépend en grande partie de la durée déterminée ou indéterminée du prêt. S'agissant du commodat à durée indéterminée, c'est le droit commun de la rupture qui s'applique de sorte que le prêteur possède la faculté d'y mettre fin à tout moment sous réserve du respect d'un délai de préavis raisonnable¹⁷⁷³. Pour ce qui est du commodat à durée déterminée, il ressort des articles 1888 et suivants du Code civil qu'en cas de prêt à usage à durée déterminée, le prêteur ne peut en principe retirer sa chose qu'à compter du terme à moins qu'il ne justifie d'un besoin pressant et imprévu de celle-ci¹⁷⁷⁴. En ce qu'elle permettrait d'écarter l'exigence d'un besoin pressant et imprévu, l'insertion d'une clause réservant au prêteur un droit de retrait sans avoir à fournir de justification trouverait un intérêt particulier dans les contrats de prêt à durée déterminée¹⁷⁷⁵. Qu'en est-il de la validité d'une telle clause instaurant au bénéfice du prêteur un droit de rupture *ad nutum*, c'est-à-dire sans justification d'un besoin pressant et imprévu à fournir ? Au regard de la supplétivité des dispositions du Code civil régissant le prêt à usage, la jurisprudence a admis qu'une clause pouvait valablement laisser le retrait de la chose à la libre discrétion du prêteur¹⁷⁷⁶. En effet, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a admis, en dépit des maladresses rédactionnelles dont faisait l'objet la clause litigieuse¹⁷⁷⁷, qu'une stipulation d'un prêt à usage pouvait reconnaître au prêteur la faculté de mettre fin à tout moment au contrat sans avoir à motiver ni justifier sa décision¹⁷⁷⁸. Rien ne s'oppose

¹⁷⁷² Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, n° 02-17.256 : *Bull. civ. I*, n° 204 ; *RTD com.* 2006, p. 187, obs. B. BOULOC ; *D.* 2005, p. 2439, note Y. DAGORNE-LABBE.

¹⁷⁷³ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, n° 01-00.004 : *Bull. civ. I*, n° 34 ; *JCP E* 2004, 831, note M. GARNIER ; *RTD civ.* 2004, p. 312, obs. P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2004, p. 903, note C. NOBLOT ; *CCC* 2004, n° 53, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2004, p. 714, obs. J.-B. SEUBE.

¹⁷⁷⁴ Sur l'affirmation en jurisprudence de l'exigence de justification d'un besoin pressant et imprévu, Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, n° 89-18.467 : *D.* 1994, p. 248, note A. BENABENT ; *RTD civ.* 1994, p. 125, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 1994, II, 22239, note V. MORGAND-CONTEGRIT.

¹⁷⁷⁵ Sur l'intérêt de stipuler une clause de résiliation *ad nutum* dans un prêt à usage, J.-F. SAGAUT, « Le commodat : un prêt bien accommodant », *RDC* 2006, p. 929 et s.

¹⁷⁷⁶ V. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 612, p. 539 : « Il reste que les dispositions du Code civil ne sont pas d'ordre public, si bien que les parties peuvent convenir d'une restitution "à la discrétion du prêteur" ou, à l'inverse, décider que la restitution ne pourra intervenir qu'au terme prévu, quels que soient les besoins du prêteur ».

¹⁷⁷⁷ La clause du contrat de prêt était rédigée dans les termes suivants : « le matériel ci-dessus est et restera la propriété des filatures Prouvost et l'autorisation de l'utilisateur ne fait acquérir aucun droit incorporel sur les marques Puingouin-Stemm qui sont la propriété exclusive des filiales "Prouvost". Celles-ci peuvent donc éventuellement (c'est nous qui soulignons) sur simple demande faire retirer ledit matériel ». Sur les interprétations divergentes pouvant résulter d'une telle écriture de la clause, v. F. BORIES, note sous CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676.

¹⁷⁷⁸ CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973 : *D.* 1974, p. 676, note F. BORIES. V. déjà en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1963 : *Bull. civ. I*, n° 231.

donc à ce qu'une clause d'un contrat de prêt à usage ait pour objet ou effet d'écartier l'exigence d'un besoin pressant et imprévu, en reconnaissant au profit du prêteur le droit de retirer la chose prêtée à tout moment et sans avoir à fournir de justification. Encore convient-il qu'une clause du contrat de prêt exprime clairement la volonté des parties de conférer au prêteur un tel droit de retrait de sa chose¹⁷⁷⁹. L'admission par la jurisprudence de la validité d'une clause de retrait *ad nutum* a suscité quelques réserves de la part de la doctrine dès lors qu'une telle stipulation est insérée dans un commodat. De l'avis d'un auteur, « une telle clause semble dénaturer le contrat de prêt »¹⁷⁸⁰. Celui-ci poursuit en ajoutant que « cette clause modifie le sens profond du prêt à usage et diminue la portée du service rendu. La révocation *ad nutum* est alors possible dans le prêt à usage, comme dans les contrats de dépôt ou de mandat. Mais contrairement au prêt conclu dans l'intérêt de l'emprunteur, ces deux derniers contrats sont passés dans l'intérêt du déposant ou du mandant »¹⁷⁸¹. Force est néanmoins de constater que les arrêts rendus en la matière se caractérisent par leur rareté et que la solution dégagée en 1973 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence n'a, semble-t-il, pas été contredite postérieurement.

339. Droits contractuels *ad nutum* et clauses abusives. – Si elles sont en principe valides, les clauses instituant des droits contractuels *ad nutum* peuvent néanmoins devenir illicites dès lors qu'elles sont constitutives d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'existence d'un tel déséquilibre significatif dépendra, pour l'essentiel, de l'équilibre résultant de la mise en balance des prérogatives et devoirs mis à la charge de chacun des contractants¹⁷⁸². Il n'est d'ailleurs qu'à observer en ce sens que les dispositifs légaux sanctionnant le déséquilibre significatif accueillent avec une certaine méfiance les clauses aux termes desquelles une partie se réserve une prérogative pouvant être exercée *ad nutum*. À ce titre, semblent tout particulièrement visées les facultés contractuelles de rupture ou de modification du contrat pouvant être exercées

¹⁷⁷⁹ F. BORIES, note sous CA Aix-en-Provence 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676 : « en aucun cas, la faculté de mettre fin au contrat, unilatéralement et sans justification, ne peut être tirée de la seule nature juridique du contrat de prêt du code civil. Seule, la volonté exprimée ou présumée des parties fonde l'exercice du droit de reprise ». V. égal. J.-F. SAGAUT, « Le commodat : un prêt bien accommodant », *RDC* 2006, p. 929 et s.

¹⁷⁸⁰ V. MORGAND-CANTEGRIT, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22239.

¹⁷⁸¹ V. MORGAND-CANTEGRIT, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22239.

¹⁷⁸² C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 46, p. 46-47 : « Le contrôle portera essentiellement sur le déséquilibre dans les prérogatives (fixation unilatérale du prix, mise en œuvre d'une sanction en cas d'inexécution, etc.) et incombances (devoirs mis à la charge d'une partie comme préalables à l'exercice d'une créance ou d'une prérogative, telle l'exigence de mise en demeure, d'information, etc.) des parties, non le contenu de l'échange ou de la collaboration des parties (équilibre du contrat, intensité des obligations, etc.) ».

unilatéralement et sans justification. Il convient par conséquent d'apprécier la licéité de telles stipulations à l'aune du droit de la consommation, du droit de la concurrence ainsi que du droit commun des contrats.

340. S'agissant tout d'abord du dispositif consumériste de lutte contre les clauses abusives, l'article R. 212-1 8° du Code de la consommation répute non écrites, parce qu'irréfragablement présumées abusives, les clauses ayant pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel le droit de résilier *discrétionnairement* le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ». Il ressort de l'article R. 212-5 du Code de la consommation que de telles clauses sont également réputées non écrites dans les contrats conclus entre un professionnel et non-professionnel¹⁷⁸³. La licéité de l'attribution par le contrat d'un droit de résiliation discrétionnaire au professionnel se trouve ici subordonnée à sa bilatéralisation au profit du cocontractant. Mme Sauphanor-Brouillaud relève en ce sens que pour certaines clauses, « la gravité de l'atteinte à l'équilibre contractuel résulte de ce qu'elles octroient un avantage au professionnel dépourvu de réciprocité »¹⁷⁸⁴. La validité d'une clause de résiliation *ad nutum* au profit du professionnel passe donc en principe par la reconnaissance du même droit au cocontractant¹⁷⁸⁵. Par ailleurs, il ressort de l'article R. 212-4, alinéa 3, du même Code que cette disposition ne fait cependant pas à obstacle à ce qu'en certaines situations des stipulations contractuelles reconnaissent au professionnel la possibilité de rompre unilatéralement et sans préavis un contrat conclu avec un consommateur dès lors qu'il existe un motif légitime de rupture. Sont visées par le texte les « clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce sans préavis *en cas de motif légitime*, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement ». La prérogative unilatérale de rupture reconnue au fournisseur de services financiers se trouve ici subordonnée à une double exigence de justification et d'information.

¹⁷⁸³ L'article liminaire du Code de la consommation désigne par non-professionnel « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ».

¹⁷⁸⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP E* 2009, 178. Selon l'auteur, la gravité du déséquilibre peut également résulter de l'attribution d'un pouvoir unilatéral au professionnel ; de la trahison des atteintes légitimes du consommateur ou encore de la privation directe ou indirecte d'un droit du consommateur. V. plus récemment, Cl.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, préf. de L. LEVENEUR, LGDJ, 2018 ; S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. de N. FERRIER, LGDJ, 2021.

¹⁷⁸⁵ Estimant qu'« une parfaite symétrie devra être observée afin de faire échec à tout grief fondé sur l'article 1^{er}, 8° », J.-D. BRETZNER, « La durée, l'abus et le contrat », *RDC* 2009, p. 1662 et s., spéc. n° 23.

341. S'agissant de la sanction du déséquilibre significatif par l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce au titre des pratiques restrictives de concurrence, il apparaît là encore que les clauses octroyant un pouvoir unilatéral au profit d'un seul des contractants ne revêtent pas en soi un caractère illicite. Elles peuvent néanmoins constituer la source d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans la mesure où « le pouvoir unilatéral est réservé à un contractant et laissé à sa discrétion »¹⁷⁸⁶. Une clause ne saurait ainsi être considérée comme créant un déséquilibre significatif lorsqu'elle confère à l'ensemble des parties la même prérogative et qu'elle prévoit pour celle-ci des conditions d'exercice similaires, indépendamment de la personne de son titulaire¹⁷⁸⁷. La Cour de cassation a en ce sens estimé qu'une cour d'appel a pu retenir que ne créait pas un déséquilibre significatif entre les parties « la clause de résiliation anticipée [qui] confère au concédant comme au concessionnaire *le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute* »¹⁷⁸⁸ puisque, nous dit celle-ci, « les intérêts de l'un comme de l'autre peuvent varier en fonction de l'évolution de leurs situations et de la conjoncture économique »¹⁷⁸⁹. Dès lors que la clause du contrat confère aux parties la même prérogative de rupture pouvant être exercée dans des conditions identiques, l'existence d'un déséquilibre significatif se trouverait écartée. Toutefois, certaines décisions paraissent enclines à lever le voile apparent de la bilatéralité d'une stipulation afin de caractériser un déséquilibre significatif dès lors que « la réciprocité de la mise en jeu de la clause, son utilisation par le fournisseur restent grandement théoriques »¹⁷⁹⁰. Cette possibilité de relever le caractère abusif d'une clause attribuant aux parties la même prérogative repose sans doute sur l'idée selon laquelle « un même droit accordé à deux parties ne donne pas nécessairement le même avantage pour chacune d'elles »¹⁷⁹¹. Il est tout à fait concevable que la clause attribuant de manière réciproque une prérogative soit génératrice d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dès lors qu'elle n'est en réalité stipulée que dans le seul intérêt du contractant dominant. La possibilité de relever le caractère abusif d'une telle clause mérite donc une

¹⁷⁸⁶ CEPC, avis, n° 14-06 du 19 juin 2014 : *AJCA* 2014, p. 382, obs. B. MATHIEU.

¹⁷⁸⁷ V., par ex., CA Paris, 15 janv. 2014, n° 12/13845.

¹⁷⁸⁸ Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712 : *CCC* 2016, n° 142, note N. MATHEY ; *RTD civ.* 2016, p. 618, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2016, 1474, note S. LE GAC-PECH (nous soulignons).

¹⁷⁸⁹ Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712 : *CCC* 2016, n° 142, note N. MATHEY ; *RTD civ.* 2016, p. 618, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2016, 1474, note S. LE GAC-PECH.

¹⁷⁹⁰ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : *D.* 2015. 996, chron. J. LECAROZ, F. ARBELLOT, S. TRÉARD et Th. GAUTHIER ; *ibid.* 2016. 964, obs. D. FERRIER ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. CHAGNY.

¹⁷⁹¹ H. BARBIER, obs. sous Cass. com., 12 avr. 2016, *RTD civ.* 2016, p. 618.

entière approbation. Comme l'a justement soutenu M. Barbier, « la prime à l'octroi à l'autre partie d'une prérogative chimérique pour soi-même se garantir de la validité d'une prérogative bien réelle n'a rien de satisfaisant »¹⁷⁹². Bien qu'une telle assertion semble difficilement contestable au fond, certains considèrent que les juges devraient, principalement pour des raisons de sécurité juridique, s'en tenir à une approche strictement juridique de la mise en balance des droits et obligations des parties¹⁷⁹³.

342. S'agissant enfin de l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil, il est fort à parier que les juges s'inspireront, au terme d'un raisonnement analogique, des solutions d'ores et déjà dégagées par la jurisprudence à propos des deux autres dispositifs de lutte contre les clauses abusives prévus par le Code de la consommation et le Code de commerce¹⁷⁹⁴. Le rapport adressé au Président de la République invite d'ailleurs à opérer un tel rapprochement en indiquant que « les critères d'appréciation du déséquilibre significatif sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le Code de la consommation »¹⁷⁹⁵. À n'en pas douter, le défaut de réciprocité, de justification ou encore de contrepartie constituera également, dans les contrats

¹⁷⁹² H. BARBIER, obs. sous Cass. com., 12 avr. 2016, *RTD civ.* 2016, p. 618.

¹⁷⁹³ V. N. MATHEY, note sous Cass. com., 12 avr. 2016, *CCC* 2016, n° 142 : « L'approche juridique est sans doute un peu formelle mais elle est un facteur de sécurité juridique. Les parties qui ont négocié le contrat régissant leur relation commerciale pourront légitimement espérer échapper à la critique si elles veillent à bilatéraliser les prérogatives contractuelles sensibles telles que la faculté de résiliation. Demander au juge d'aller au-delà deviendrait risqué ».

¹⁷⁹⁴ V. en ce sens, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRAUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation, Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018, n° 951, p. 889. En effet, selon ces auteurs, la méthode adoptée par le juge en ce qui concerne l'application du dispositif consommériste constitue une « source d'inspiration pour le juge du droit commun des contrats dans la mise en œuvre de l'article 1171 du Code civil ». *Adde*, H. AUBY, « La protection de la partie faible », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 31 et s., spéc. p. 38 : « [...] le législateur a fait le choix de reprendre exactement les mêmes définitions et sanction que celles de l'article L. 212-1 du code de la consommation. Cette similitude terminologique risque de conduire les juges à apprécier de la même façon l'abus en droit commun et en droit de la consommation ».

¹⁷⁹⁵ Cette unité d'interprétation de la notion de « déséquilibre significatif » avait également été suggérée par le Conseil constitutionnel à propos des deux dispositifs spéciaux de lutte contre les clauses abusives prévus par le droit de la consommation et celui des pratiques restrictives de concurrence. V. en ce sens, Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC : *D.* 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES. La Cour de cassation est venue par la suite préciser opportunément que « la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux art. L. 132-1, devenu art. L. 212-1, C. consom., et L. 442-6-I-2° C. com., relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janv. 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 » (Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 : *D.* 2017, p. 481, note F. BUY ; *AJ contrat* 2017, p. 132, obs. D. FERRE et R. PIHERY ; *RTD com.* 2017, p. 601, obs. M. CHAGNY ; *RTD civ.* 2017, p. 383, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2017, 255, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *CCC* 2017, n° 77, obs. N. MATHEY ; *RDC* 2017, p. 470 note C. GRIMALDI).

d'adhésion relevant de l'article 1171 du Code civil¹⁷⁹⁶, les principaux critères de détermination du caractère abusif d'une clause instaurant une prérogative unilatérale.

343. En définitive, il apparaît que la validité de la clause reconnaissant un droit contractuel *ad nutum* au profit d'un seul des contractants dépendra, dans certains contrats, de la bilatéralisation d'une telle prérogative. En l'absence de réciprocité, la reconnaissance par une clause du contrat d'un pouvoir unilatéral au seul professionnel pourra néanmoins s'avérer licite si elle se trouve par ailleurs contrebalancée. L'exigence de justification de l'exercice du droit est, à ce titre, susceptible d'écarter le caractère abusif d'une clause de pouvoir. Un avis rendu en 2016 par la commission d'examen des pratiques concurrentielles résume parfaitement les critères d'appréciation du déséquilibre significatif : « Dès lors qu'elle n'est pas réciproque ou qu'elle est dépourvue de contrepartie ou qu'elle apparaît dépourvue de justification objective et qu'elle n'est pas compensée par d'autres avantages, une clause de non-concurrence peut être à l'origine d'un déséquilibre significatif contraire à l'article L. 442-6-I et être annulée à ce titre »¹⁷⁹⁷. Ainsi, loin de condamner la présence de pouvoirs unilatéraux au sein des rapports contractuels, l'exigence de justification permet au contraire d'en légitimer l'existence par un encadrement des raisons d'agir du contractant qui en est titulaire.

344. Droits contractuels *ad nutum* et exigence légale de justification imposée par des dispositions impératives. – Lorsqu'une disposition légale impérative attribue une prérogative à un contractant sous réserve qu'il l'exercice pour un juste motif ou une cause légitime, les contractants ne sauraient valablement écarter cette exigence. S'agissant par exemple de la faculté de congédiement d'un salarié par l'employeur, l'article L. 1232-1 du Code du travail énonce en des termes impératifs que :

« Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre.

¹⁷⁹⁶ Quelques hésitations demeurent quant au champ d'application du nouvel article 1171 du Code civil. V. en ce sens, S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016, dossier 5, spéc. n° 9 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, 391.

¹⁷⁹⁷ CEPC, avis n° 16-09 du 12 mai 2016. *Adde* X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174 : « à défaut de réciprocité, l'existence d'une contrepartie ou d'autres clauses propres à permettre un rééquilibrage, à tout le moins d'une justification de la clause au regard de l'économie de la convention, permet de considérer que le déséquilibre n'a pas le caractère significatif propre à le faire dégénérer en abus ». Rapp. M. MEKKI, « Fiches pratiques sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n° 17, p. 11 : « L'art de la clause doit amener les rédacteurs à identifier, définir, anticiper, contextualiser, expliquer et justifier ».

Il est justifié par une cause réelle et sérieuse ».

La tournure du texte ne permet pas d'envisager la licéité d'une clause supprimant l'exigence légale de cause réelle et sérieuse du licenciement. De plus, cette exigence revêt un caractère général dans la mesure où tous les licenciements sont concernés¹⁷⁹⁸. Par ailleurs, la jurisprudence estime que la présence d'une clause de résiliation dans un contrat de travail ne dispense pas le juge de rechercher si le licenciement est bel et bien fondé sur une cause réelle et sérieuse¹⁷⁹⁹. Il peut être déduit de cette solution que l'insertion dans un contrat de travail d'une clause de résiliation *ad nutum* ne saurait avoir pour effet de neutraliser l'exigence légale de justification du licenciement par une cause réelle et sérieuse. En ce sens, l'article L. 1231-4 du Code du travail prévoit que l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer de manière anticipée au droit de se prévaloir des règles relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. L'exigence de justification du licenciement posée par l'article L. 1232-1 susvisé figure au titre de ces règles. À la lumière du droit du travail, il apparaît ainsi que les parties ne disposent pas de la faculté de créer des droits contractuels non finalisés en présence d'une obligation légale de justification imposée par des dispositions impératives. Ainsi, la volonté de neutraliser contractuellement l'exigence de justes motifs de l'exercice d'un droit se heurte à l'impérativité des dispositions instaurant celle-ci.

En résumé, les rédacteurs de contrat peuvent, sauf dispositions impératives contraires et sous réserve de la caractérisation d'un déséquilibre significatif, exclure contractuellement l'exigence de justification attachée à un droit légal.

§2 : Définition contractuelle des motifs légaux d'exercice d'un droit

345. Validité de principe de la clause de définition des motifs légaux. – À ce stade, se pose la question de savoir si les parties peuvent, par le biais de stipulations contractuelles, définir les motifs légaux limitativement admis pour l'exercice d'une prérogative finalisée. Dit autrement, disposent-elles de la faculté de se saisir contractuellement des finalités imposées par le législateur pour l'exercice d'un droit ? Il s'agit donc de s'interroger sur la possibilité pour les cocontractants de déterminer le contenu des motifs admis en présence d'une exigence légale de justification de l'exercice

¹⁷⁹⁸ Cass. soc., 20 oct. 1976 : *Dr. ouvrier* 1976, p. 431.

¹⁷⁹⁹ Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45.394 : *D.* 2006, p. 344, note J. MOULY ; *RTD civ.* 2006, p. 308, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

d'un droit. De manière générale, il n'existe aucun obstacle à ce que les parties prévoient une stipulation précisant le contenu de notions juridiques auxquelles le législateur fait expressément référence. Ainsi, « la rubrique définition participe du pouvoir des parties d'aménager à leur discrétion des concepts juridiques relevant de dispositions supplétives »¹⁸⁰⁰. Il devrait par conséquent en aller de la sorte lorsque le législateur encadre l'exercice de prérogatives juridiques par le recours à des standards de justification tels que l'exigence d'un juste motif, d'un motif légitime, d'une cause réelle et sérieuse, d'une faute grave, etc. Afin de définir ces notions, plusieurs méthodes peuvent être empruntées par les parties, chacune réservant son lot d'inconvénients. D'une part, elles peuvent préférer recourir à l'énumération et ainsi établir une liste des motifs légitimes ou illégitimes d'exercice d'un droit¹⁸⁰¹. D'autre part, il est envisageable de procéder de manière plus générale en élaborant une définition. La liberté contractuelle ne pouvant autoriser les parties à déroger par le biais de stipulations à des dispositions impératives, la faculté pour les parties de définir contractuellement les motifs légaux d'exercice des droits ne devrait pas être reconnue en présence de telles dispositions.

346. Clause de définition de la cause réelle et sérieuse de licenciement. – Le licenciement d'un salarié constitue un acte unilatéral finalisé en ce sens que sa validité est conditionnée à l'existence d'un motif inhérent soit à la personne du salarié soit d'ordre économique. S'agissant du licenciement pour motif personnel, il ressort de l'article L. 1232-1 du Code du travail que l'employeur a la faculté de congédier un salarié à condition que les motifs qui justifient une telle décision constituent une cause réelle et

¹⁸⁰⁰ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd., Francis Lefebvre, 2017, n° 168, p. 76. V. égal., M. LAMOUREUX, « Clause de définition », in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, n° 447, p. 223 : « Les clauses de définition sont en principe valables et efficaces, dès lors qu'elles sont claires et précises. Elles s'imposent alors aux parties comme au juge. [...] Les clauses de définitions constituent ainsi un outil précieux pour évacuer certaines difficultés d'interprétation et les aléas de l'interprétation judiciaire ou arbitraire » ; G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1986, n° 289 : « [...] il serait bon de limiter et de contrôler les moyens mis en œuvre par les parties pour éluder les règles de protection élaborées soit par la jurisprudence, soit par le législateur, nous pensons notamment à la définition par eux des causes légitimes de rupture ».

¹⁸⁰¹ V. D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *RDA* 2019, n° 19, p. 34 et s., spéc. n° 21, p. 43 : « Une clause exigeant l'expression du motif de la rupture, voire une clause imposant l'invocation d'un motif légitime ou limitativement énuméré peut être insérée dans la convention. L'essentiel ne varie cependant pas : la motivation impulsive n'appartient qu'aux parties. Il est vrai que ses conséquences sont molles » ; M. LAMOUREUX, « Clause de définition », in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, n° 450, p. 225 : « Aucune méthode n'est, dans l'absolu, meilleure qu'une autre. Mais il faut en tout cas être conscient des risques de la méthode énumérative. Il convient d'être parfaitement clair sur la portée limitative ou non de l'énumération [...] ».

sérieuse de licenciement. N'étant ouvert que pour certains motifs particuliers, dont la réalité et la pertinence sont contrôlées par le juge, le droit de licencier constitue un droit légal finalisé. Les parties à un contrat de travail peuvent-elles valablement définir la cause réelle et sérieuse de licenciement ? Dans un arrêt rendu le 12 février 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation a répondu par la négative en jugeant qu'« aucune clause du contrat ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement »¹⁸⁰². En l'espèce, un employeur avait exclusivement justifié (dans une lettre de licenciement) une décision de licenciement par l'application d'une stipulation contractuelle prévoyant la possibilité de rompre le contrat de travail en cas de perte par le salarié de son permis de conduire. Les contractants avaient ainsi contractuellement érigé la perte du permis de conduire en cause réelle et sérieuse de licenciement. En d'autres termes, les motifs pour lesquels l'employeur peut légitimement user de son droit légal de licencier avaient fait l'objet d'une contractualisation. Il ressort de cette décision de 2014 que les parties ne peuvent déterminer positivement le contenu de la cause réelle et sérieuse, finalité légale qui conditionne la prérogative de licenciement reconnue par l'article L. 1232-1. Parce qu'elle respecte tant la lettre que l'esprit des dispositions applicables au licenciement, une telle solution mérite approbation¹⁸⁰³. En effet, dans la mesure où il revient au juge, en application de l'article L. 1235-1, alinéa 3, du Code du travail, d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, il n'est pas surprenant que les contractants ne puissent le déposséder de son office¹⁸⁰⁴. En ce sens, l'arrêt susmentionné a été rendu au visa de ce texte. Ainsi, lorsque les motifs admis par le législateur pour l'exercice d'un droit prennent la forme d'un standard légal de justification tel que celui de « cause réelle et sérieuse », les parties ne sont pas autorisées à en figer le contenu dans le marbre du contrat. La détermination *in concreto* des finalités admises par les dispositions légales relève dans

¹⁸⁰² Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-11.554 : *Bull. civ.* V, n° 49 ; *D.* 2014, p. 1115, obs. P. LOKIEC ; *Dr. soc.* 2014, p. 479, obs. J. MOULY ; *Dr. soc.* 2014, p. 479, obs. S. TOURNAUX. V. déjà en ce sens, Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-42.371 : *Bull. civ.* V, n° 367.

¹⁸⁰³ Comp. S. TOURNAUX, obs. sur Cass. soc. 12 févr. 2014, *Dr. soc.* 2014, p. 760 : « Plutôt que de considérer qu'une clause du contrat de travail ne peut prédéterminer une cause de licenciement, pourquoi ne pas considérer que, malgré l'existence d'une telle clause, le juge reste libre d'apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse ? Ce raisonnement aurait permis, en l'espèce, de considérer que la perte du permis de conduire, visée par le contrat de travail et reprise par la lettre de licenciement, constituait la cause du licenciement invoquée par l'employeur qui aurait fixé les limites du litige. Il est vrai que ce raisonnement priverait de tout intérêt les clauses de prédétermination des causes de rupture, mais n'est-ce pas déjà en réalité le cas ? ».

¹⁸⁰⁴ En ce sens, P. LOKIEC, obs. sur Cass. soc., 12 févr. 2014, *D.* 2014, p. 1115 ; S. TOURNAUX, obs. sur Cass. soc., 12 févr. 2014, *Dr. soc.* 2014, p. 760 ; J. MOULY, obs. sur Cass. soc., 12 févr. 2014, *Dr. soc.* 2014, p. 479. Rapp. Cass. soc., 13 juin 2001, n° 99-42.674 : « il appartenait au juge de rechercher si ces faits étaient constitutifs d'une faute et d'apprécier s'ils devaient être qualifiés de faute grave, indépendamment de la qualification qu'avait pu en donner le salarié ».

ce cas de l'office du juge. La jurisprudence reconnaît néanmoins aux partenaires sociaux la possibilité d'exclure conventionnellement certaines causes de licenciement du salarié, à condition que toute rupture du contrat de travail ne devienne pas pour autant impossible¹⁸⁰⁵. S'il n'est pas possible pour les parties au contrat de préciser positivement quels motifs sont constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la possibilité est néanmoins reconnue aux partenaires sociaux d'établir en, creux, les hypothèses qui sont non constitutives d'une telle cause. Une telle solution s'explique aisément dans la mesure où l'exclusion contractuelle de certains faits au titre de la cause réelle et sérieuse de licenciement ne contredit aucunement l'exigence de celle-ci. Le droit de licencier peut donc, dans une certaine mesure, faire l'objet d'un encadrement conventionnel sans pour autant aller jusqu'à autoriser les parties à préciser concrètement les causes pour lesquelles l'employeur est fondé à licencier le travailleur. La finalité protectrice des textes d'ordre public régissant le licenciement du salarié permet de l'expliquer. Ainsi, les stipulations du contrat de travail, ou encore celles des conventions ou accords collectifs, ne sauraient retrancher à la protection légale en prévoyant par avance que certains événements seraient constitutifs d'un motif réel et sérieux de licenciement. L'employeur ne peut, par conséquent, se préconstituer une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁸⁰⁶. En revanche, il est admis que le salarié obtienne un surcroît de protection par l'exclusion contractuelle ou conventionnelle de certains motifs de licenciement. Si le droit de l'employeur de licencier peut, dans une certaine mesure, faire l'objet de restrictions contractuelles, il ne saurait en revanche être étendu au détriment du salarié.

347. Définition contractuelle du motif légitime et sérieux de congédiement.

L'impossibilité pour les parties de définir contractuellement les finalités posées par la loi pour l'exercice d'un droit n'est pas circonscrite au droit du travail. La réglementation relative aux baux d'habitation permet, là encore, de s'en convaincre. Alors que la loi prévoit

¹⁸⁰⁵ Cass. soc., 3 févr. 1993, n° 91-42.409 : *D.* 1994, p. 305, obs. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD ; Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 92-40.157 ; Cass. soc., 28 févr. 1996 : *RJS* 1996. 233, n° 390 ; Cass. soc., 24 oct. 1995, n° 93-45.926 ; Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-41.496 : *RJS* 2002. 826, n° 1008 ; Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-46.055 : *D.* 2003. IR 105 ; *Dr. soc.* 2003. 235, obs. SAVATIER ; *JS Lamy* 2003, n° 116-32. V. égal. Th. LAHALLE, « L'articulation des normes applicables à la rupture du contrat de travail », in B. TEYSSIE (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 83 et s., spéc. n° 182, p. 106 : « [...] dès lors que la convention, voire le règlement intérieur, dresse une liste de motifs de rupture, l'employeur doit la respecter. À défaut, le licenciement serait injustifié ».

¹⁸⁰⁶ En ce sens, E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, 15^e éd., Dalloz, 2021, n° 649, p. 435 : « La notion de "cause réelle et sérieuse" est une notion légale impérative, d'ordre public social : la préqualification contractuelle de cause réelle et sérieuse de licenciement de tel ou tel événement ou comportement est donc dénué d'effets ».

que le bailleur peut congédier le locataire, notamment pour un « motif légitime et sérieux »¹⁸⁰⁷, les parties ne sauraient valablement déterminer par des stipulations contractuelles le contenu de cette finalité posée par le législateur. À l'instar de la cause réelle et sérieuse en droit du travail, les juges considèrent que l'appréciation du motif légitime et sérieux relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁸⁰⁸. Par conséquent, lorsque les motifs légaux d'exercice d'une prérogative prennent la forme d'un standard juridique impératif, les contractants ne peuvent en déterminer contractuellement le contenu. En pareille situation, la finalisation de certaines prérogatives reconnues aux contractants entrave leur liberté contractuelle.

348. Clause de définition de la faute grave de l'agent commercial. – L'article L. 134-4 du Code de commerce désigne le contrat d'agence commerciale comme un mandat d'intérêt commun. Il en résulte classiquement pour l'agent commercial le droit à une indemnité de rupture visant à compenser le préjudice subi par lui¹⁸⁰⁹. Cette indemnité n'est toutefois pas due si le mandant parvient à rapporter la preuve de la réalisation des cas (événements) énumérés à l'article L. 134-13. Au titre de ces faits, justifiant une rupture sans indemnité, figure notamment l'existence d'une faute grave de l'agent commercial. *Quid* de la validité de la clause ayant pour objet de définir la notion de faute grave au sens de ce texte ? Refusant de reconnaître aux parties une telle faculté, la Cour de cassation a jugé le 28 mai 2002 qu'au regard du caractère d'ordre public des dispositions textuelles en cause et à défaut de définition légale, « il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis »¹⁸¹⁰. Il en résulte dès lors que « les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé constituera une faute grave et que la clause contractuelle, qui définit la non-atteinte du chiffre d'affaires minimum à réaliser comme une faute grave

¹⁸⁰⁷ Article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

¹⁸⁰⁸ Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996 : *AJPI* 1996, p. 897, note BLATTER.

¹⁸⁰⁹ Article L. 134-12 du Code de commerce. V. égal. Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1158, p. 1172 : « Mis à part le statut des agents généraux d'assurance, l'objet des indemnités légales est la réparation du préjudice essentiellement matériel consécutif à la rupture du contrat, indépendamment de son caractère licite ou non. De cette nature indemnitaire ressort un régime juridique particulier » ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615 et s., spéc. n° 12, p. 624 : « Certaines personnes jouissent de la sollicitude du législateur en raison des investissements qu'elles ont consentis dans le cadre des relations contractuelles, et de la perte qu'entraînerait pour eux la disparition prématurée du contrat ».

¹⁸¹⁰ Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857 : *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *RTD com.* 2003, p. 158, obs. B. BOULOC ; *D.* 2002, p. 3004, obs. D. FERRIER ; *D.* 2003, p. 459, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2002, p. 833, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* 2003, p. 85, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

justifiant le non-renouvellement du contrat sans indemnité doit être réputée non écrite »¹⁸¹¹. Comme pour l'insertion d'une clause de définition de la cause réelle et sérieuse dans le contrat de travail, le caractère impératif des règles protectrices de l'agent commercial s'oppose à la validité des stipulations par lesquelles les parties conviennent des circonstances de nature à exclure l'indemnité prévue par le législateur.

349. Conclusion de la section. – L'obligation de justification pèse de plus en plus fortement sur les contractants qui se trouvent ainsi confrontés à la nécessité d'exposer les raisons de leur action et de les soumettre à l'appréciation d'un juge. En dépit de l'accroissement d'un tel encadrement, la liberté contractuelle conserve une place importante à partir du moment où l'exigence de justes motifs ne relève pas de dispositions d'ordre public. Toutefois, dès lors qu'elle est instituée par des législations impératives, l'exigence de justification ne saurait être neutralisée contractuellement. De la même manière, la possibilité de définir contractuellement les motifs d'exercice d'un droit légal finalisé se trouve le plus souvent écartée par le législateur ou le juge.

350. Conclusion du chapitre. – Au terme de ce chapitre, il apparaît que la volonté contractuelle peut être à l'origine de la finalisation de droits. Cette source de droits finalisés est néanmoins moins importante au regard des autres sources que constituent la loi et la jurisprudence. Par ailleurs, la clause contractuelle imposant une exigence de juste motif à la charge d'un contractant est susceptible de revêtir un caractère abusif. En effet, si la finalisation d'une prérogative permet parfois d'écarter l'existence d'un déséquilibre significatif, elle est également susceptible, en sens inverse, de générer un tel déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Concrètement, la caractérisation ou non d'un déséquilibre dépendra du type de prérogative concernée par l'encadrement de ses finalités d'exercice ainsi que de la qualité de celui qui en est le titulaire. C'est dire que la finalisation des droits permet de chasser le déséquilibre autant qu'il est capable d'en constituer la source.

351. Conclusion du titre. – Le déséquilibre contractuel en pouvoirs peut puiser sa source dans une inégalité structurelle entre les parties. Dans cette situation, le

¹⁸¹¹ Cass. com., 28 mai 2002, préc. *Adde*, M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 265 : « Ces clauses nous semblent inopportunes car, de toute manière, réputées non écrites ».

déséquilibre ne découle pas d'une appréciation concrète des clauses présentes dans le contrat mais d'une présomption de faiblesse de l'un des contractants. Une telle présomption conduit à la mise en place, essentiellement par le législateur, d'une protection égalitaire dans laquelle s'insèrent des dispositions emportant une exigence de justification à la charge de la partie présumée forte. Ainsi, alors que des obligations de justification sont imposées au bailleur, à l'employeur ou encore au mandant, leur cocontractant ne se trouve pas soumis à de telles contraintes dans l'exercice de leurs droits, créant de la sorte une asymétrie dans les conditions d'exercice des prérogatives juridiques en fonction de la qualité des parties. Par où s'observe le rôle de la finalisation des droits dans l'essor d'un droit de protection du contractant économiquement vulnérable. L'instauration d'une exigence de justes motifs d'exercice des droits à la charge d'une partie participe par conséquent au développement d'une protection catégorielle. Une telle protection s'applique de manière systématique sur la base d'un déséquilibre présumé des forces en présence.

352. L'influence de la finalisation des droits sur l'équilibre en pouvoirs du contrat se manifeste encore à l'aune de l'appréciation de la validité des clauses contractuelles. Les rapports entre l'équilibre du contrat et la justification sont à cet égard ambivalents. Tantôt l'instauration d'une exigence de justes motifs d'exercice d'un droit constituera la source d'un déséquilibre, tantôt elle permettra au contraire de l'évincer.

353. Conclusion de la partie. – La finalisation des droits dans le contrat exerce tout d'abord une influence sur l'action individuelle du contractant. Cette influence se concrétise par la nécessité pour le contractant de faire la démonstration du bien-fondé de ses décisions, provoquant ainsi leur rationalisation. La rationalisation des décisions contractuelles traduit un certain recul de l'autonomie de la volonté contractuelle¹⁸¹². Tout en définissant les contours des pouvoirs unilatéraux des contractants, l'exigence de justification contribue à légitimer leur reconnaissance au sein des rapports contractuels de droit privé. Ainsi, le concept de droits finalisés, ordonné autour de l'exigence de justification de leur exercice, se présente comme un élément d'une théorie de l'action

¹⁸¹² Rappr. J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 135 et s., spéc. p. 162 : « L'axiomatique de l'intérêt s'inscrit ainsi dans un mouvement plus global de rationalisation des modes de domination, traduit par l'avènement de l'État moderne ; elle montre que le pouvoir, exposé au regard de la Raison critique, ne peut plus se contenter de s'appuyer sur un système de croyances indiscutables mais est tenu désormais de convaincre de son bien-fondé ».

unilatérale des contractants, permettant d'apprécier la rationalité des décisions contractuelles¹⁸¹³ et, partant, celle des règles encadrant la prise de ces décisions. Dans cette perspective, la finalisation des droits implique de ne plus avoir seulement en vue l'existence de la volonté du contractant qui exerce son droit mais également l'expression de celle-ci¹⁸¹⁴.

354. Outre son influence directe sur l'action du contractant, l'instauration d'exigences de justification de l'exercice des droits rejaillit sur l'équilibre en pouvoirs du contrat. Les incidences du processus de finalisation des droits se matérialisent aussi bien dans les règles assurant la protection d'une catégorie de contractants que celles relatives à la licéité des clauses du contrat. Dans ce contexte, l'exigence de justification constitue un mécanisme employé dans le traitement de déséquilibres structurels mais également de déséquilibres qui se manifestent plus ponctuellement. La réglementation des motifs d'exercice des droits participe ainsi à la réduction des déséquilibres en pouvoirs, conformément à un objectif de justice contractuelle aujourd'hui nettement affirmé. Il en résulte une certaine convergence, *de lege lata*, des régimes d'exercice des droits assortis d'une exigence de justification, renforçant ainsi le constat de l'existence de droits finalisés dans le contrat.

¹⁸¹³ Elle se rapproche à ce titre d'autres théories de l'action, v. par ex. J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. de G. WICKER, LGDJ, 2019, n° 18, p. 7 : « Une théorie juridique des conflits d'intérêts pourrait ainsi être définie comme la théorie de l'action, de la décision, qui permet de régler juridiquement un conflit d'intérêts ».

¹⁸¹⁴ Comp. X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890 et s., spéc. n° 1 : « De manière générale, lorsqu'une manifestation de volonté se voit reconnaître des effets de droit, c'est la volonté qui importe et non son expression. D'où le rejet de principe de l'obligation de motiver ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

355. Avoir à donner les raisons de l'exercice de son droit... Une telle obligation de justification, lorsqu'elle repose sur un contractant, ne constitue-t-elle pas, pour celui-ci, la négation même de son droit ? N'y a-t-il pas une sorte de contradiction dans la volonté d'octroyer un pouvoir juridique à une partie et, dans le même temps, contraindre celle-ci à donner les raisons l'ayant poussé à en faire usage ? Le droit positif des contrats donne pourtant à voir l'existence de telles prérogatives juridiques qui, si elles ne se dénomment pas « droits finalisés », en possèdent les caractères. L'ambition principale de la présente étude a été de décrire à travers le concept de droits finalisés le rôle de l'exigence de justification dans l'évolution de la nature des prérogatives et de leur régime d'exercice.

356. La réalité contractuelle que saisit le concept de droits finalisés est à la fois évolutive et fuyante. En effet, la finalisation des droits constitue un phénomène dont l'essor a été progressif au cours du XX^e siècle et qui s'est intensifié avec le développement croissant de l'unilatéralisme dans la sphère contractuelle. L'exigence de justification de l'exercice des droits se diffuse à mesure que le droit vient reconnaître des pouvoirs unilatéraux aux contractants. De la sorte, la finalisation des droits marque leur relativisation. Longtemps confondue avec la théorie de l'abus de droit, la question des motifs a désormais acquis suffisamment d'indépendance par rapport à celle-ci pour qu'émerge un concept autonome de « droits finalisés ». Tout en étant le plus souvent présents dans des contrats spéciaux s'étalant dans le temps¹⁸¹⁵, les droits finalisés relèvent de matières très diverses. À cette diversité des matières concernées par le phénomène de finalisation des droits s'ajoute celle de ses sources. Principalement le fait du législateur, l'encadrement positif des motifs d'exercice des droits peut également être d'origine prétorienne ou encore contractuelle. Les manifestations des droits finalisés dans le droit positif des contrats possèdent ainsi un caractère éclaté. N'écartant pas l'intérêt d'un concept

¹⁸¹⁵ Sur l'opportunité d'étendre l'obligation de motivation aux relations de distribution de longue durée, C. CHABAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, *JCP G* 2009, II, 10052 : « Peut-être le temps est-il venu d'imposer une obligation de motivation pour tous les rapports déséquilibrés : par exemple dans les contrats de consommation, dans les contrats de distribution du moins s'ils sont de longue durée [...] ». Rapp. M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s., spéc. p. 577 : « L'obligation de motivation, liée à l'état de dépendance économique, doit alors être strictement limitée aux contrats ayant pour objet d'assurer la subsistance "économique" de l'un des contractants ».

de droits finalisés, un tel constat en révèle au contraire l'intérêt. Celui-ci réside précisément dans la réunion d'éléments séparés dans le droit positif mais revêtant suffisamment de caractéristiques communes pour faire l'objet d'un regroupement autour d'un même concept : celui de « droits finalisés ».

357. Au sens de la présente étude, constituent ainsi des droits finalisés *les prérogatives juridiques ne pouvant être exercées que pour certains motifs concrets déterminés par la loi, le juge ou le contrat et dont le respect est judiciairement contrôlé.* La construction du concept de droits finalisés ne marque pas son achèvement mais son ouverture au champ de la controverse...

BIBLIOGRAPHIE

I- Traités, manuels et ouvrages généraux

- ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.) et GRIGNON (Ph.),** *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005.
- ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.),** *Cours de droit des obligations*, 4^e éd., Gualino, 2019.
- AUBERT (J.-L.) et COLLART DUTILLEUL (F.),** *Le contrat. Droit des obligations*, 5^e éd., Dalloz, 2017.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.),** *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.
- BENABENT (A.),** *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021.
- BENABENT (A.),** *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^e éd., LGDJ, 2019.
- BERGEL (J.-L.),** *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e éd., 2003.
- BERGERON-CANUT (F.) et GAUDU (F.),** *Droit du travail 2021*, 7^e éd., Dalloz, 2021.
- BOFFA (R.),** *Droit civil, 1^{re} année, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2020.
- BRUN (Ph.),** *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018.
- CABRILLAC (R.),** (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017.
- CABRILLAC (R.),** *Droit des obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2020.
- CABRILLAC (R.),** *Introduction générale au droit*, 14^e éd., Dalloz, 2021.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015.
- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.),** *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., 2018.
- CHAPUS (R.),** *Droit administratif général*, Domat-Montchrestien, t. 1, 14^e éd., 2000.
- CHENEDE (F.),** *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, 2^e éd., Dalloz, 2018.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.),** *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7^e éd., Dalloz, 1932.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.),** *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019.
- CORNU (G.),** *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.),** *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019.
- FABRE-MAGNAN (M.),** *Droit des obligations*, t. 1, 4^e éd., PUF, 2016.
- FABRE-MAGNAN (M.),** *Le droit des contrats*, PUF, 2018.
- FAGES (B.),** *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018.
- FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P.-Y.),** *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 2020.
- FERRIER (D.) et FERRIER (N.),** *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017.

- GAUDU (F.) et VATINET (R.),** *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001.
- GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.),** *Les sociétés commerciales*, 22^e éd., LGDJ, 2017.
- GHESTIN (J.), et BARBIER (H.),** *Introduction générale, t. 2, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, 5^e éd., LGDJ, 2020.
- GHESTIN (J.) et H. BARBIER (H.), avec la collaboration de BERGE (J.-S.),** *Introduction générale, t. 1, Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit*, 5^e éd., LGDJ, 2018.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), avec la participation de FABRE-MAGNAN (M.),** *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- GOUBEAUX (G.),** *Les personnes*, LGDJ, 1989.
- GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.),** *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017.
- HOUTCIEFF (D.),** *Droit des contrats*, 2^e éd., Larcier, 2016.
- HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.), avec la collaboration de MOREL-MAROGER (J.),** *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012.
- LAFOND (J.) et VIAL-PEDROLETTI (B.),** *Les baux d'habitation*, 8^e éd., LexisNexis, 2017.
- LARROUMET (Ch.),** *Introduction à l'étude du droit civil, t. 1*, 4^e éd., Economica, 2004.
- LARROUMET (Ch.) et BROS (S.),** *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021.
- LE TOURNEAU (Ph.),** *Les contrats de concession*, 2^e éd., LexisNexis, 2010.
- LE TOURNEAU (Ph.),** *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., Dalloz, 2020.
- LEVINET (M.),** *Théorie générale des droits et libertés*, Anthemis et Nemesis, 4^e éd., 2012.
- LOKIEC (P.),** *Droit du travail*, PUF, 2019.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.),** *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020.
- MALINVAUD (Ph.) et BALAT (N.),** *Introduction à l'étude du droit*, 21^e éd., LexisNexis, 2021.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),** *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972.
- MERCADAL (B.),** *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016.
- MOUSSERON (P.),** *Les conventions sociétaires*, 2^e éd., LGDJ, 2014.
- MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.),** *Technique contractuelle*, 5^e éd., Francis Lefebvre, 2017.
- OBERDOFF (H.),** *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5^e éd., LGDJ, 2015.
- PONSARD (A.) et DEJEAN de la BATIE (N.),** *Droit civil français, 7^e éd., t. VI*, Libraires techniques, 1975.
- PUIG (P.),** *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2019.
- RAYMOND (G.),** *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, 2017.
- RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.),** *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019.
- ROCHFELD (J.),** *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013.
- RUET (L.),** *Les baux commerciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2017.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRAUNAUX (G.) et USUNIER (L.),** *Les contrats de consommation, Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018.

SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, 7^e éd., PUF, 2019.

TERRE (F.) et MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2021.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018.

TESTU (F. X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010.

TEYSSIE (B.), *Droit civil, Les personnes*, 10^e éd., LexisNexis, 2007.

TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail, Relations individuelles*, 3^e éd., LexisNexis, 2014.

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008.

VOIRIN (P.) ET GOUBEAUX (G.), *Droit civil, t. 1, Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, 36^e éd., LGDJ, 2016.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Cours de droit civil. Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, PUF, 2014.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006.

II- Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

ANDRE (M.-E.), *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1991, préf. de J.-M. MOUSSERON.

ANDREU (L.) et MIGNOT (M.), (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017.

ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis, 2011.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 2005.

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, préf. de M. GRIMALDI, LGDJ, 2016.

BARBAUD (M.-O.), *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. de B. TEYSSIE, LGDJ, 2014.

BAREGE (A.), *L'éthique et le rapport de travail*, préf. de B. BOSSU, LGDJ, 2008.

BENTO DE CARVALHO (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. de G. AUZERO, LGDJ, 2018.

BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, préf. de J.-Ch. SAINT-PAU, LGDJ, 2010.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1976.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999.

BLANC-JACOB (B.), *Le congé dans le bail immobilier urbain*, avant-propos de J.-L. AUBERT, préf. de Ph. DELEBECQUE, LGDJ, 2006,

BLOCH (P.), DUVERT (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Economica, 2006.

BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, préf. de P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. de M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005.

BOLTANSKI (L.) et THEVENOT (L.), *De la justification, Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.

CADIET (L.), *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997.

- CARBONNIER (J.)**, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.
- CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014.
- CASSIEDE (M.)**, *Les pouvoirs contractuels, Étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018.
- CHAUDOUET (S.)**, *Le déséquilibre significatif*, préf. de N. FERRIER, LGDJ, 2021.
- COMBALUZIER-VAUDE (A.)**, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008.
- CORDIER-DUMONNET (N.)**, *Le détournement d'institution*, th. Université de Bourgogne, 2010.
- CORNU (G.)**, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, préf. de A. AMIAUD, La mémoire du droit, 2010 (réimpr. de l'éd. de 1951).
- COULON (C.)**, *La clause réputée non écrite, Tentative de rationalisation d'un procédé d'assainissement contractuel*, Mémoire de DEA, 1997, sous la dir. de Ch. Jamin.
- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- DEFOORT (B.)**, *La décision administrative*, préf. de B. SEILLER, LGDJ, 2015.
- DESHAYES (O.)**, **GENICON (Th.)**, **LAITHIER (Y.-M.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- DIDIER (Ph.)**, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.
- DISSAUX (N.)**, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. de Ch. JAMIN, LGDJ, 2007.
- DOCKES (E.)**, *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005.
- DONNIER (J.-B.)**, *L'autorité en Droit privé*, th. Aix-Marseille, 1992.
- DUPRE DE BOULOIS (X.)**, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.
- DURAND (P.)**, (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de Droit privé*, LGDJ, 1960.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.)**, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.
- FABRE (A.)**, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1992.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.
- FAGES (B.)**, *Le comportement du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997.
- FARJAT (G.)**, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, 1963.
- FIN-LANGER (L.)**, *L'équilibre contractuel*, préf. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.
- FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.)**, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996.
- FRELETEAU (B.)**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017.
- GAHDOUN (P.-Y.)**, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. de D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008.
- GAILLARD (E.)**, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985.
- GALBOIS-LEHALLE (D.)**, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2020.

- GAUDEMET (J.)**, *Sociologie historique, Les maîtres du pouvoir*, Montchrestien, 1994.
- GENIAUT (B.)**, *La proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe*, préf. de A. JEAMMAUD, Dalloz, 2009.
- GENICON (Th.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. de L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.
- GILSON-MAES (A.)**, *Mandat et responsabilité civile*, préf. de C. PERES, LGDJ, 2016.
- GOLDIE-GENICON (Ch.)**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1992.
- GUILLERMET (C.-J.)**, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006.
- GUIOMARD (F.)**, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Paris-X-Nanterre, 2004.
- HAGE-CHAHINE (N.)**, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE Éd. Panthéon-Assas, 2017.
- HALPERIN (J.-L.)**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012.
- HAMELIN (J.-F.)**, *Le contrat-alliance*, Economica, préf. de N. MOLFESSIS, 2012.
- HELLERINGER (G.)**, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. AYNES, postface de F. TERRE, LGDJ, 2012.
- HOEPFFNER (H.)**, *La modification du contrat administratif*, préf. de Y. GAUDEMET, LGDJ, 2009.
- JABBOUR (R.)**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. de L. AYNES, LGDJ, 2016.
- JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.)**, (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.
- JOSSERAND (L.)**, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939 (réimp. 2006).
- KARIMI (A.)**, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, préf. de Ph. SIMLER, LGDJ, 2001.
- LAFUMA (E.)**, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2008.
- LAGARDE (X.)**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1994.
- LASBORDES (V.)**, *Les contrats déséquilibrés*, t. 1 et 2, préf. de C. SAINT-ALARY HOUIN, PUAM, 2000.
- LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.)**, *La pérennité contractuelle*, préf. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2005.
- LE GAC-PECH (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR WATT, LGDJ, 2000.
- LEMAY (P.)**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, avant-propos de G. CHANTEPIE, préf. de S. CHASSAGNARD-PINET, Mare & Martin, 2014.
- LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de Cl. BRENNER, Economica, 2012.

- LEVENEUR (L.)**, *Situations de fait et droit privé*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 1990.
- LITTY (O.)**, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999.
- LOKIEC (P.)**, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.
- LUCAS-PUGET, (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005.
- MARTINON (A.)**, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. de B. TEYSSIE, Dalloz, 2005.
- MAURIN (L.)**, *Contrat et droits fondamentaux*, avant-propos de R. CABRILLAC, préf. de E. PUTMAN, LGDJ, 2013.
- MAZIERE (P.)**, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. TEYSSIE, PUAM, 2003.
- MEHANNA (M.)**, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, th. Paris II, 2014.
- MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2004.
- MOLINA (L.)**, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.
- MORIN (G.)**, *La révolte du droit contre le code, La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, 1945.
- MOTULSKY (H.)**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd., Dalloz, 2002.
- NAJJAR (I.)**, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1967.
- NEAU-LEDUC (Ph.)**, *La réglementation de droit privé*, préf. de Th. REVET, Litec, 1998.
- NOBLOT (C.)**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative*, préf. F. de LABARTHE, LGDJ, 2002.
- OST (F.)**, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit privé*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- PAGNERRE (Y.)**, *L'extinction unilatérale des engagements*, avant-propos de B. TEYSSIE, préf. de J.-M. OLIVIER, Éd. Panthéon-Assas, 2012.
- PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, préf. de L. LEVENEUR, LGDJ, 2018.
- PICOD (Y.)**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. de G. COUTURIER, LGDJ, 1989.
- RANOUIL (V.)**, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préf. de J.-Ph. Lévy, PUF, 1980.
- RAYNAUD (J.)**, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. de É. GARAUD, PUAM, 2003.
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949.
- RIPERT (G.)**, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.
- ROUBIER (P.)**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963.

- SAVAUX (É.),** *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. de J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997.
- SFEZ (L.),** *La décision*, 3^e éd., PUF, 1994.
- SIMON (H. A.),** *Administration et processus de décision*, Economica, 1983.
- SONET (A.),** *Le préavis en droit privé*, préf. de F. BUSSY, PUAM, 2003.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000.
- SUPIOT (A.),** *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éd. du Seuil, 2005.
- SUPIOT (A.),** *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979.
- TARDIVEL (B.),** *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, th. Montpellier I, 2002.
- TERRE (F.),** *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, LGDJ, 1957.
- TOURNAUX (S.),** *L'essai en droit privé, Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, préf. de Ch. RADE, LGDJ, 2011.
- VIRASSAMY (G.),** *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 1986.
- WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., 1949, rééd., préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2007.
- ZANG NDONG (R.-M.),** *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, th. Lille 2, 2014.

III- Encyclopédies, dictionnaires, répertoires et lexiques

- ALLAND (D.) et RIALS (S.),** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- ARNAUD (A.-J.),** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.
- BISSARDON (S.),** *Guide du langage juridique*, 4^e éd., LexisNexis, 2013.
- BUCHER (Ch.-É.),** « Fraude », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 607
- BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.) et RODA (J.-Ch.),** *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018.
- CABRILLAC (R.),** « Sociologie », D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 1028.
- CADIET (L.),** *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.
- CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.),** *Rép. civ.* juin 2015, V^o « Abus de droit ».

- CHABAS (C.)**, *Rép. civ.* sept. 2017, V° « Résolution – Résiliation ».
- CHAZAL (J.-P.)**, « Justice contractuelle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 743.
- CHONE-GRIMALDI (A.-S.)**, « Abus », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 19.
- COMBE (Ch.)**, « Prérogative », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1187.
- CORNU (G.)**, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2014.
- CORNU (M.)**, **ORSI (F.)** et **ROCHFELD (J.)**, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.
- DISSAUX (N.)**, « Consensualisme », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 260.
- DROSS (W.)**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020.
- ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.)**,
- « Durée », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 517 ;
 - « Perpétuité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 834.
- FRIEDBERG (E.)**, « Rationalité », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012, p. 607.
- GAUDEMET (Y.)**, « Légalité (Principe de) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 917.
- GAUDU (F.)**, *Les 100 mots du droit*, PUF, 2010.
- GENICON (Th.)**,
- « Clause résolutoire », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 218 ;
 - « Réputé non écrit », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 960.
- GREAU (F.)**, « Silence », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 1012.
- GUINCHARD (S.)** et **DEBARD (Th.)**, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016.
- JEULAND (E.)**, « La motivation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 911.
- JAOUEN (M.)**, « Essai », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 561.
- LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010.
- LATINA (M.)**, « Contrat », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 267.
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *Rép. civ.* juill. 2017, V° « Mandat ».

- MARAIS (A.)**, « Droits fondamentaux », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511.
- MATHEY (N.)**, *Rép. civ.* juill. 2017, V° « Représentation ».
- MAZEAUD (D.)**, « Déséquilibre significatif », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 478.
- MEKKI (M.)**, « Intérêt commun », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 678.
- PERES (C.)**, « Liberté contractuelle », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 714
- PFERSMANN (O.)**, « Antinomies », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 67.
- ROCHFELD (J.)**, « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in D. MAZEAUD, R. BOFFA et N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 201, p. 844 s.
- VAN LANG (A.)**, **G. GONDOUIN (G.)** et **INSERGUET-BRISSET (V.)**, *Dictionnaire de droit administratif*, 4^e éd., Armand Colin, 2005.

IV- Articles, chroniques et rapports

- ADOM (K.)**, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 488.
- ALBIGES (Ch.)**, « Rapport introductif », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 63.
- AMMAR (D.)**, « Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499.
- AMRANI-MEKKI (S.)**, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009, p. 1617 ;
- ANCEL (M.-É.)**,
- « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 ;
 - « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in Th. REVET (dir.), *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 285.
- ANCEL (P.)**,
- « Dirigisme contractuel et publicisation du contrat », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 245 ;
 - « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis-Dalloz, 2011, p. 61 ;
 - « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1999, n° 6, p. 30.

- ANCEL (P.) et DIDRY (Cl.),** « L’abus de droit : une notion sans histoire ? L’apparition de la notion d’abus de droit en droit français au début du XX^e siècle », in *L’abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publications de l’Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51
- ANTONMATTEI (P.H.),** « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 3.
- ARMAND-PREVOST (M.) et RICHARD (D.),** « Le contrat déstabilisé (de l’autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP* 1979, I, 2952.
- ATIAS (Ch.),** « Le droit de nuire », *D.* 1997, p. 385.
- ATTARD (J.),** « La révocation des dirigeants sociaux : “De la licéité des clauses écartant l’exigence légale du juste motif ?” », *JCP G* 2000, I, 217.
- AUBERT (J.-L.),**
- « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 165 ;
 - « Rapport sur la législation relative aux baux d’habitation », *RDI* 1991, p. 427.
- AUBRY (H.),** « L’apport du droit de la consommation », in S. Le GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 33.
- AUBY (H.),** « La protection de la partie faible », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 31.
- AUBY (J. M.),** « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, p. 27.
- AUQUE (F.),** « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », *Loyers et copr.* oct. 2016, dossier 11, p. 41.
- AUZERO (G.),** « L’exercice du pouvoir de licencier », *Dr. soc.* 2010, p. 289.
- D’AVOUT (L.),** « La “fonction sociale” des droits selon et depuis Josserand », in W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 29.
- AYNES (A.),**
- « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.* juin 2016, p. 49 ;
 - « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 45.
- AYNES (L.),**
- « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant – Synthèse », *RDC* 2018, p. 528 ;
 - « Rapport de synthèse », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, *Gaz. Pal.*, 12 juin 2017, hors-série, n° 3, p. 88 ;
 - « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC* 2011, p. 687 ;
 - « La contrainte en droit des contrats », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 35 ;
 - « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence à la Cour de cassation, 11 mai 2006 (disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation) ;
 - « Rupture unilatérale du contrat », *RDC* 2004, p. 273 ;
 - « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 ;
 - « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier Rupture unilatérale : vers un nouveau pouvoir*, *Dr. et patr.* mai 2004, p. 64.
- BAILLOD (R.),**
- « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 226 ;
 - « Le “juste motif” de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395.

- BALAT (N.),**
- « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le “formalisme méthodique”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 985.
- BALLOT (É.),** « Le conflit des droits fondamentaux lors de la rupture du contrat de travail », *JCP S* 2013, 1168.
- BANDRAC (M.),** « Unité ou pluralité de la notion de personne dans le Code civil, À la recherche de la personne de fait », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 11.
- BARBIER (H.),**
- « Propos introductifs », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, hors-série n° 3, p. 5 ;
 - « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l’ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 ;
 - « Protection du contractant : quand le droit commun n’est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire ! », *RTD civ.* 2015, p. 373.
- BARBIER (J.-D.),**
- « Jeux de baux et maux commerciaux », in *Liber Amicorum en l’honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 407 ;
 - « Ordre public, ordre privé, en droit des baux commerciaux », *Gaz. Pal.* 29 sept. 2012, n° 273, p. 7 ;
 - « Originalité et banalité du congé pour construire ou reconstruire en cours de bail », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. p. 250.
- BARBIERI (J.-J.),** « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Débats : Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, *RDC* 2006, p. 621.
- BARRET (O.),** « Variations autour du refus de contracter », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 3.
- BATTIFOL (H.),** « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.
- BAZIN (É.),** « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028.
- BEAUCHARD (J.),**
- « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 ;
 - « Remarques sur le Code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 9.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.),**
- « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, 391 ;
 - « L’équilibre du contrat en droit commercial », in G. LARDEUX (dir.), *L’équilibre du contrat*, PUAM, 2012, p. 27 ;
 - « Les remèdes unilatéraux à l’inexécution dans les contrats de distribution », in G. LARDEUX (dir.), *L’efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 21.
- BENABENT (A.),**
- « La résolution des contrats reconfigurée par la réforme », in *Droit sans frontières, Mélanges en l’honneur d’Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 597 ;
 - « Les nouveaux mécanismes », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016 Hors série, p. 17 ;

- « Le discrétionnaire », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 ;
 - « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* 6 mai 1998, p. 14 ;
 - « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat – Rapport français », in *La bonne foi (Journées louisianaises), Travaux de l'Association H. Capitant*, Tome XLIII, Litec 1992, p. 291.
- BENABOU (V.-L.)**, « Le libre », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, Postfaces de J.-L. BERGEL et Th. BONNEAU, LGDJ, 2010, p. 57.
- BERAUD (J.-M.)**, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 55.
- BERGEL (J.-L.)**,
- « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567 ;
 - « Le processus des concepts émergents », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, Postfaces de J.-L. BERGEL et Th. BONNEAU, LGDJ, 2010, p. 439 ;
 - « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.
- BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.)**, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 3.
- BERNARDEAU (L.)**, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble », *JCP G* 2000, I, 218.
- BERNARD (A.)**, « L'avenir de l'ordre public », *RRJ* 2017/4, p. 1327.
- BEROUJON (Ch.)**, « Baux d'habitation : quel avenir pour l'obligation de renouvellement ? », *RDI* 1998, p. 167.
- BERTRAND (E.)**, « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, chron. p. 151.
- BERTREL (J.-P.)**, « La cohabitation de la révocation *ad nutum* et du contradictoire », *Dr. et patr.* oct. 1998, p. 74.
- BIENVENU (J.-J.)**, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Revue Droits* 1999, p. 3.
- BINCTIN (N.)**, « La légalité procédurale en droit des sociétés – Contribution à l'étude de la révocation », *LPA* 12 sept. 2006, n° 182, p. 3.
- BISCHOFF (J.-M.)**, « La protection des engagements temporaires », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960, p. 109.
- BLAISE (H.)**, « Les conventions de travail », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. de G. CORNU, Economica, 1987, p. 49.
- BLATTER (J.-P.)**,
- « Bail dérogatoire : cinquante ans de désaveu », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 419 ;
 - « L'ordre public du statut des baux commerciaux, Portée et limites en matière de rédaction », *AJDI* 2003, p. 396.
- BON-GARCIN (I.)**, « L'abus de droit dans les contrats de crédit », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 4.
- BORENFREUND (G.) et SOURIAU (M.-A.)**, « Trouble dans les représentations d'une discipline », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 155 et s.
- BORGHETTI (J.-S.)**, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25.
- BORIES (A.)**, « La résolution aux risques et périls affranchie de la clause résolutoire de plein droit », *AJCA* 2016, p. 285.

- BORYSEWICZ (M.),** « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 91.
- BOUCRIS-MAITRAL (G.),** « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 25.
- BOULANGER (F.),** « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736.
- BOYER (L.),**
- « La clause de dédit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 42 ;
- BRAULT (Ch.-É.),**
- « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », *Loyers et copr.* 2016, dossier 13, p. 49 ;
 - « Vers un nouvel équilibre contractuel », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, n° 25, p. 49.
- BRETZNER (J.-D.),** « La durée, l'abus et le contrat », *RDC* 2009, p. 1662.
- BRIAND (Ph.),** « Le mandat en droit de la distribution », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 135.
- BRIERE DE L'ISLE (G.),**
- « Rapport relatif à la législation en matière de baux d'habitation », *RDI* 1991, p. 411 ;
 - « Quelques réflexions sur la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 », *RDI* 1989, p. 277.
- BROS (S.),** « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC* 2012, p. 1452.
- BRUN (Ph.),** « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* mai 1998, p. 78.
- BRUNET (A.),** « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 85.
- BRUNET (A.) et J.-Cl. OHLMANN,** « Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 129.
- BUGADA (A.),** « En droit du travail : équilibre contractuel et justice sociale », in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 75.
- BURGELIN (J.-F.),** « Introduction », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 1.
- CABRILLAC (M.),** « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.
- CABRILLAC (R.),** « La motivation des actes individuels : le contrat », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 91.
- CADIET (L.),**
- « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars 2006 ;
 - « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 ;
 - « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23 ;
 - « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29 ;

- « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. de G. CORNU, Economica, 1987, p. 7.
- CALAIS-AULOY (M.-T.)**, « De la limite des libertés et des libertés sans limites (liberté ordinaire, libertés privilégiées et libertés absolues) », *LPA* déc. 1999, p. 7.
- CAMERLYNCK (G.-H.)**, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP* 1958, I, 1425.
- CAPITANT (H.)**, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365.
- CARBONNIER (J.)**, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99.
- CARON (Ch.)**, « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3.
- CATALA (P.)**,
 - « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77 ;
 - « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 ;
 - « Linguistique et informatique juridiques », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 79 ;
 - « L'informatique et la rationalité du droit », in *Formes de rationalité en droit*, *APD* 1978, t. XXIII, p. 295.
- CAYROL (N.)**, « Réflexions sur la motivation en procédure civile », *RDA* déc. 2019, p. 27.
- CHALARON (Y.)**, « Le formalisme en matière de licenciement individuel ordinaire », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz/Litec, 1983, p. 121.
- CHAMPAUD (C.)**, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451.
- CHANTEPIE (G.)**,
 - « Les virtualités du contrat d'adhésion », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, Perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, p. 143 ;
 - « Réduction du prix et résolution par notification », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 83 ;
 - « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130 ;
 - « La notion d'équilibre contractuel », *Loyers et copr.* 2016, dossier 6, p. 12.
- CHAPUT (Y.)**, « De quelques mots engendrés par la faillite », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 909.
- CHASSAGNARD-PINET (S.)**,
 - « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le Code civil français », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, Perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, p. 7 ;
 - « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225.
- CHAZAL (J.-P.)**,
 - « La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir le compromis républicain », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 227 ;
 - « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? » in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99.
- CHEMINADE (Y.)**, « Une question toujours actuelle : la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services », *RTD civ.* 1972, p. 307.

CHENEDE (F.),

- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? » *D.* 2016, p. 796 ;
- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 655 ;
- « La "fondamentalisation" du droit des contrats : discours et réalité », *RDA* 2015, p. 51 ;
- « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709 ;
- « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p. 923.

CHEVALLIER (J.),

- « Le concept d'intérêt en science administrative », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I: Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 135 ;
- « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, p. 57 ;
- « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 11.

CLAUDEL (E.), « La protection du contractant vulnérable en droit de la concurrence : une approche pragmatique », in S. Le GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 83.

COHEN (D.),

- « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 91 ;
- « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF/Dalloz/Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s.

COLIN (A.), « Quelques réflexions contemporaines sur le refus de renouvellement et l'indemnité d'éviction », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 447.

COLLART DUTILLEUL (F.), « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in *Débats : « Une théorie générale des contrats spéciaux ? »*, *RDC* 2006, p. 604.

COLONNA D'ISTRA (F.), « Le concept de concept juridique », in F. ROUVIERE (dir.), *Les concepts en droit : usage et identité, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 26, *RRJ* 2012/5, p. 2242.

CONSTANS (L.), « Le droit positif comme désordre (Paradoxes sur la valeur instrumentale de la technique juridique) », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 35.

CORNU (G.),

- « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 ;
- « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le Droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 1 ;
- « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 ;
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 87.

COTTA (S.), « La question de la vérité du jugement », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 37.

- COULON (C.)**, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON, (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 29.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.)**, « La réforme du droit des contrats a-t-elle sonné le glas du solidarisme contractuel ? », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 617.
- COUTURIER (G.)**,
- « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 926 ;
 - « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 143 ;
 - « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.
- CROZE (H.)**, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 125.
- DEBBASCH (C.)**, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 127.
- DABOSVILLE (B.) et URBAN (Q.)**, « Préserver l'imagination normative en droit du travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 239.
- DARCY (G.)**, « La preuve et le juge administratif », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 99.
- DAURIAC (I.) et GAUDEMET (S.)**, « La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 141.
- DE LA MARNIERRE (E. S.)**, « Les législations de protection », *D.* 1950, p. 93.
- DELEBECQUE (Ph.)**,
- « L'anéantissement unilatéral du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 61 ;
 - « Les standards dans les droits romano-germaniques », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988/4, p. 871.
- DEMOGUE (R.)**, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245.
- DEPADT-SEBAG (V.)**, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13.
- DERRUPPE (J.)**,
- « Les rapports locatifs immobiliers à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 653 ;
 - « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », *AJDI* 2000, p. 510.
- DESAULNAY (O.)**, « La fondamentale des droits et des libertés », in R. BERNARD-MENORET (dir.), *Le grand oral. Les droits et libertés fondamentales*, Ellipses, 2016, p. 21.
- DESHAYES (O.)**,
- « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 726 ;
 - « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187.

- DETRAZ (S.),** « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC* 2004, étude 7.
- DIDIER (P.),** « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 635.
- DISSAUX (N.),**
- « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », in Dossier : « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution », *RDC* 2015, p. 991 ;
 - « Mandat et contrat de travail », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 49.
- DOCKES (E.),**
- « Décompositions et recompositions du travail et de ses maîtres », in A. SUPIOT (dir.), *Le travail au XXI^e siècle, Livre du centenaire de l'Organisation internationale du Travail*, Les Éditions de l'Atelier, 2019, p. 271 ;
 - « Le retour du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018, p. 541 ;
 - « Sur la reconstitution d'un droit de classe », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 75 ;
 - « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 203.
- DROSS (W.),**
- « Enseigner la réforme », in Dossier, *Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 622 ;
 - « Rapport de synthèse », in *La motivation*, *RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 97.
- DUPUY (J.),** « La démission du salarié », *D.* 1980, chron., p. 253.
- DUPRE DE BOULOIS (X.),**
- « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA-5), LexisNexis, 2012, p. 57 ;
 - « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211.
- DURAND (P.),** « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, 387.
- DURRY (G.),** « Solidarisme contractuel en droit des assurances », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, 2004, p. 125 ;
- DUTTO (V.),** « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat* 2017, p. 159.
- EISENMANN (Ch.),**
- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, *APD* 1966, t. XI, p. 25 ;
 - « Une nouvelle conception du droit subjectif : La théorie de M. Jean Dabin », *RDP* 1954, p. 753.
- ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.),**
- « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 1312 ;
 - « Le contrat à exécution successive, le contrat à durée indéterminée et l'engagement perpétuel : de quelques incertitudes persistantes avant et après la réforme », *D.* 2017, p. 678.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.) et PAQUIN (J.-P.), « La durée du contrat », *JCP N* 2015, 1213.

FABRE (A.), « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 4.

FABRE (R.), « Le logement et le propriétaire, Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le droit au logement (journées Mexicaines)*, t. XXXIII, 1982, *Economica*, 1984, p. 569.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435 ;
- « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvrier* juill. 2012, p. 459 ;
- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 ;
- « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL* 2002 supplément, n° 1095, p. 32 ;
- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 ;
- « Introduction », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, p. 1.

FAGES (B.),

- « Des motifs de débat... », *RDC* 2004, p. 563 ;
- « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 11.

FAVENNEC-HERY (F.),

- « Faut-il brûler le contrat de travail ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 157 ;
- « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de Droit du Travail*, Les éditions de l'atelier, 1998, p. 251 ;
- « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178.

FENOUILLET (D.),

- « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 ;
- « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 237.

FEREY (S.), « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. DEFFAINS et É. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit, Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 11.

FERRE (N.), « Les travailleurs dans le Code civil », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, *Economica*, 2006, p. 123.

FERRIER (D.),

- « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, p. 558 ;
- « La preuve et le contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 105.

FERRIER (N.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 127.

FIN-LANGER (L.), « L'équilibre contractuel du bail commercial », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 181.

- FLOUR (J.),** « L'influence du droit public sur le droit privé en France », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. II, 1946, Paris, Dalloz, 1947, p. 184.
- FONTAINE (M.),**
- « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 347 ;
 - « Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 615.
- FOYER (J.),** « Rapport de synthèse », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 235.
- FREUND (J.),** « La rationalisation du droit selon Max Weber », in *Formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 69.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),**
- « Unilatéralité et consentement », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 21 ;
 - « La redécouverte des “piliers du droit” : le contrat et la responsabilité, Introduction », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 279 ;
 - « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.
- GAMET (L.),** « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », in M. MEKKI, L. CADIET et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 29.
- GANTSCHNIG (D.),** « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », in H. KASSOUL et D. GANTSCHNIG (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 99 et s.
- GARAPON (A.),** « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 215.
- GARAUD (E.),** « La violation d'un droit fondamental », in B. FAGES (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwers France, nov. 2012, Étude 245.
- GAUDEMET (S.),** « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016, dossier 5.
- GAUDU (F.),**
- « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2010, p. 65 ;
 - « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, p. 566 ;
 - « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 363.
- GAUTIER (P.-Y.),**
- « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.* oct. 2014, p. 70 ;
 - « Nature et régime juridique du mandat : Jeux croisés », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 89 ;
 - « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in P. FLEURY-LE GROS (dir.), *Le temps et le droit*, LexisNexis, 2010, p. 53 ;
 - « La cessation du contrat, confrontée aux droits fondamentaux », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 487 ;

- « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in B. VALERIE-LAURE et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 109 ;
- « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », in Débats : « Une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2006, p. 610 ;
- « Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine), in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 255 ;
- « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 131.

GENICON (Th.),

- « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 961 ;
- « Notions nouvelles et notions abandonnées », *RDC* 2015, p. 625 ;
- « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in W. DROSS et Th. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 227.

GERMAIN (M.) et VATINET (R.), « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397.

GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 241.

GHESTIN (J.),

- « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2012, p. 11 ;
- « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, 155 ;
- « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Nantes (Journées nationales), t. IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 223 ;
- « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 251 ;
- « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly-Litec, 1991, p. 105 ;
- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77 ;
- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1 ;
- « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, p. 379.

GRIDEL (J.-P.), « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 195.

GRIGNON (Ph.), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127.

GRILLET-PONTON (D.), « Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ? », *JCP G* 2000, I, 240.

- GRIMALDI (C.)**, « Rapport introductif », in Dossier : « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution », *RDC* 2015, p. 987.
- GRIMALDI (M.)**, « Ouverture des travaux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Colloque Limoge 1998, LGDJ, 2000, p. 1.
- GROSLIERE (J.-C.)**, « Le congé en matière de bail », *JCP* 1959, 1537.
- GRYNBAUM (L.)**, « La notion de solidarisme contractuel », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 25.
- GRZEGORCYK (Ch.)**, « La rationalité de la décision juridique », in *Formes de rationalité en droit*, *APD* 1978, t. 23, p. 237.
- GUERIN (S.) et GENTY (N.)**, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p. 17.
- GUINAND (J.)**, « Le logement et le propriétaire, Rapport général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le droit au logement (Journées Mexicaines)*, t. XXXIII, 1982, Economica, 1984, p. 497.
- GUIOMARD (F.)**, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 61.
- GUTMANN (D.)**, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 329.
- HACHEMI (A.)**, « La motivation des actes administratifs », *RDA* déc. 2019, n° 19, p. 78.
- HAGE-CHAHINE (F.)**, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705.
- HAID (F.)**, « Le langage des concepts législatifs », in F. ROUVIERE (dir.), *Les concepts en droit : usages et identité, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 26, *RRJ* 2012/5, p. 2187.
- HAMELIN (J.-F.)**, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 514.
- HASSLER (T.)**, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581.
- HAURIOU (A.)**, « Le pouvoir discrétionnaire et sa jurisprudence », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 233.
- HAUSER (J.)**,
- « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 135 ;
 - « Rapport de synthèse, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 193 ;
 - « Pouvoir et contrat de travail », in J. PELISSIER (dir.), *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 65.
- HEINICH (J.)**, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 521.
- HEMARD (J.)**, « Les agents commerciaux », *RTD com.* 1959, p. 573.
- HERVIEU (M.)**, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317.
- HILGER (G.)**,
- « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA* 5 nov. 2019, n° 221, p. 6 ;
 - « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 18 juill. 2018, n° 143, p. 5.

HOANG (P.), « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 205.

HOUIN (R.), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial, Rapport général », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 233.

HOUTCIEFF (D.),

- « Le principe de cohérence : vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533 ;
- « La motivation en droit des contrats », *RDA (Revue de droit d'Assas)* déc. 2019, p. 34 ;
- « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 505.

HUMANN (C.), « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p. 169.

HYDE (A.-A.), « 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.

IVAINER (I.), « Le contrat moderne face à la prolifération des “statuts de personnes” », *JCP G* 1977, I, 2876.

JAMIN (Ch.),

- « Mort du droit civil ? », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 541 ;
- « Notations sur un solidarisme contractuel », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 433 ;
- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175 ;
- « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342 ;
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 159 ;
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ;
- « Typologie des théories juridiques de l'abus », *CCC* juillet-août 1996, n° 92, p. 7.

JAVILLIER (J.-Cl.), « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : “normalisation” du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 101.

JEAMMAUD (A.),

- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, Des concepts en jeu », in J. CLAM et MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47 ;
- « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, chron., p. 207 ;
- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron., p. 199.

JESTAZ (Ph.),

- « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 293 ;
- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 253 ;

- « Quel contrat pour demain ?, Synthèse », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 377 ;
- « La loi et le contrat, Synthèse », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 397 ;
- « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87.

JOSSERAND (L.),

- « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159 ;
- « À propos de la relativité des droits. Réponse à l'article de Ripert », *Rev. crit.* 1929, p. 277.

JULIEN (J.), « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 553.

KARILA DE VAN (J.), « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995, p. 533.

KARIMI (A.), « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 587.

KENDERIAN (F.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les baux commerciaux », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 209.

KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

LABORDE-LACOSTE (M.), « Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1964 », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 423.

LABRUSSE-RIOU (C.),

- « De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 499 ;
- « La relativité du contrat : les personnes », in *La relativité, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, p. 13.

LAENDER (M.-H. DE), « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés* 2000, chron. p. 9.

LAVABRE (Ch.), « L'abus en matière de baux statutaires », *Dr. et patr.* juin 2000, n° 83, p. 46.

LAGARDE (P.), « Le solidarisme contractuel en droit public », in RERDH (dir.), *La fraternité*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 93.

LAGARDE (X.),

- « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174 ;
- « Qu'est-ce qui est juste ? Propos de juriste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/LGDJ, 2009, p. 299 ;
- « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2010, p. 55 ;
- « Libres propos sur les évolutions du droit du travail », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 433 ;
- « La procéduralisation du droit (privé) », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141 ;
- « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP G* 2002, I, 254 ;

- « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association H. Capitant*, Colloque Limoges 1998, t. III, LGDJ, 2000, p. 73.
 - « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890 ;
 - « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996, p. 31.
- LAGELEE-HEYMANN (M.)**, « Le “raisonnable” dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.
- LAHALLE (Th.)**, « L’articulation des normes applicables à la rupture du contrat de travail », in B. TEYSSIE (dir.), *L’articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 83.
- LAITHIER (Y.M.)**, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.
- LANGLOIS (Ph.)**, « Le juge et l’employeur », *Dr. soc.* 2003, p. 283.
- LARDEUX (G.)**,
- « Rapport introductif », in G. LARDEUX (dir.), *L’équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 9 ;
 - « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in G. LARDEUX (dir.), *L’équilibre contractuel*, PUAM, 2012, p. 59 ;
 - « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* 14 sept. 2005, n° 183, p. 3.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, « La réception des principes de liberté et d’égalité en droit civil, du Code civil à aujourd’hui : un tableau impressionniste », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 83.
- LASCOUMES (P.)**, « Intérêt et rationalisation de l’action humaine : la notion d’intérêt en sociologie, Pesanteurs et redéfinitions de l’utilitarisme », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. I : Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 103.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, « Le droit de rompre un crédit octroyé à une entreprise, Analyse contemporaine de l’article L. 313-12 du Code monétaire et financier », in A. GOURIO et J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France*, t. VI, Revue Banque édition, 2013, p. 313.
- LATINA (M.)**,
- « Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion en droit français », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d’adhésion, Perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, p. 125 ;
 - « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 1 ;
 - « Apprécier la réforme », in *Dossier, Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 615.
- LATTES (J.-M.)**, « Pouvoir et juge », in J. PELISSIER (dir.), *Le pouvoir du chef d’entreprise*, Dalloz, 2002, p. 79.
- LAUNAY (L. DE)**, « La tectonique des motifs économiques de licenciement », *Dr. soc.* 2011, p. 570.
- LAURENT (Ph.)**, « La bonne foi et l’abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* mars 2000, p. 6.
- LE BARS (B.)**, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d’intérêt légitime », *D.* 2002, p. 381.
- LECOURT (A.)**, « Les limites du droit à l’indemnité compensatrice de l’agence commerciale », *AJCA* 2014, p. 360.

LECUYER (H.),

- « L'optimisme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 617 ;
- « La modification unilatérale du contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 47.

LE GAC-PECH (S.),

- « De la personne vulnérable au contractant vulnérable », in S. Le GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 11 ;
- « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *LPA* 24 sept. 2015, p. 4 ;
- « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581 ;
- « Retour sur la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 473.

LE GALLOU (C.), « La rétractation et le dédit », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Juin 2014, étude 138.

LELOUP (J.-M.),

- « Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale », *AJCA* 2014, p. 356 ;
- « Le droit de l'agence commerciale, droit commun ou droit spécial ? », in J.-Cl. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 209.

LEQUETTE (S.),

- « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541 ;
- « Éclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *RDC* 2018, p. 297 ;
- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 247.

LE TOURNEAU (Ph.), « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 7.

LEVASSEUR (M.), « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 95.

LEVENEUR (L.),

- « La détermination du prix dans les contrats : une double approche », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057 ;
- « Le solidarisme contractuel : un mythe », in L. GRYNBAUM et M. NICOT (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 173 ;
- « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 11 ;
- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998, p. 676.

LEVENEUR-AZEMAR (M.), « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », *D.* 2020, p. 165

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et le droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437.

LOISEAU (G.),

- « Le pouvoir normatif de l'employeur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 231 ;

- « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016 ;
- « Les droits du contractant vulnérable : droit commun », in S. Le GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 125 ;
- « Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise, in Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 293 ;
- « Petites leçons de droit social sur le profilage des discriminations », *RDC* 2010, p. 1436 ;
- « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in B. VALERIE-LAURE et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 97.

LOISEAU (G.) et MARTINON (A.), « L'ordre public, une vieille notion neuve », *Les Cahiers Sociaux*, oct. 2016, n° 289, p. 463.

LOKIEC (P.),

- « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.* 2014, p. 38 ;
- « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293 ;
- « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in Ch. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177.

LOKIEC (P.) et ROCHFELD (J.), « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? Travail sous *BIG DATA* : les transformations du pouvoir », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 545.

LONGCHAMPS (F.), « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », in *Le droit subjectif en question, APD* 1964, t. IX, p. 45.

LUCAS (F.-X.), « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, p. 901.

LYON-CAEN (A.),

- « Juger la gestion », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 19 ;
- « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 95 ;
- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68.

LYON-CAEN (G.),

- « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouvrier* 2004, p. 52 ;
- « Le langage en droit du travail », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 1 ;
- « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345.

LYON-CAEN (G.) et BONNETETE (M.-C.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p. 494.

MAINGUY (D.),

- « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », in *Débats : « Une théorie générale des contrats spéciaux ? »*, *RDC* 2006, p. 615.

- « Remarques sur les contrats de situation et de quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165 ;
- « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 23 ;
- « Premiers regards sur l'abus de droit dans les contrats », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 1 ;

MALAUURIE (Ph.),

- « Les antinomies des règles et leurs fondements », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 25 ;
- « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187.

MALAUURIE-VIGNAL (M.),

- « Un, deux ou trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Clause Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p. 359 ;
- « Solidarisme, distribution et concurrence », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 95.

MARCHADIER (F.), « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *RDC* 2016, p. 518.

MARGUENAUD (J.-P.),

- « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Association Henri Capitant, Journées Nationales*, t. I, Lille 1996, LGDJ, 1997, p. 45 ;
- « La fondamentalisation du droit privé », *RDA* oct. 2015, n° 11, p. 33.

MARNIERE (E. S DE LA), « Les législations de protection », *D.* 1950, p. 93.

MARTIN (A.-C.), « L'indemnisation du distributeur en raison de la seule rupture », in Dossier : « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution », *RDC* 2015, p. 999.

MARTIN (R.),

- « Personne et individu (Un arrière-plan de la bioéthique) », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 481 ;
- « Les mots du droit et les choses d'ailleurs », *D.* 1999, p. 231.

MARTIN (X.), « Nature humaine et Code Napoléon », *Revue Droits* 1985, n° 2, p. 117.

MASPETIOL (R.), « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », in *Le droit subjectif en question, APD* 1964, t. IX, p. 71.

MATHEY (N.), « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? », *JCP E* 2010, 1550.

MATHIEU (B.), « La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile », *Petites Affiches*, 29 nov. 2002, p. 27.

MATHIEU (M.-L.),

- « La liberté contractuelle », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, Maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 23^e éd., Dalloz, 2017 ;
- « Le contrôle de la motivation », in *La motivation, RLDC* janv. 2012, n° 89, p. 87.

MAUPAS (L.), « L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 431.

MAYMON-GOUTALOY (M.), « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.* 1982, p. 518.

MAZEAUD (D.),

- « La justice contractuelle dans la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p. 385 ;
- « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 517 ;
- « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2011, p. 690 ;
- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 325 ;
- « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129 ;
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57 ;
- « La formation du contrat », in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002, p. 87 ;
- « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 644 ;
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 603 ;
- « La protection par le droit commun », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 33 ;
- « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et patr.* juill.-août 1996, p. 44.

MEKKI (M.),

- « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 11 ;
- « Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover », *Dr. et patr.* sept. 2015, n° 250, p. 36 ;
- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297.

MELLERAY (F.), « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer, À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 211.

MESTRE (J.),

- « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005, p. 99 ;
- « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », in « L'abus dans le droit des affaires », *Dr. et patr.* juin 2000, n° 83, p. 39 ;
- « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 677 ;
- « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 157 ;
- « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 ;
- « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33 ;
- « De l'abus du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle », *RTD civ.* 1992, p. 393 ;

- « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988, p. 405 ;
 - « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 41.
- MEYRAT (I.)**, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail, Pour une approche critique », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 41.
- MICHAELIDES-NOUAROS (G.)**, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216.
- MIELLET (D.)**, « Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux "protégés" », *JCP E* 1999, 1278.
- MOLFESSIS (N.)**,
- « L'imprévision, une fausse avancée par rapport aux clauses de *hardship* ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 77 ;
 - « La perception commune du droit », in F. TERRE (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p. 63.
- MONÉGER (J.)**,
- « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* 2016, dossier 8, p. 21 ;
 - « Le bail commercial : entre liberté et réglementation, la quête de l'équilibre », in P. BLOCH et S. SCHILLER (dir.), *Quel Code de commerce pour demain ? Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, Litec, 2007, p. 155 ;
 - « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise : entre les statuts d'hier et les exigences de demain », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 507 ;
 - « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI* 2000, p. 484.
- MOREL (R.)**, « Le contrat imposé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, 1950, p. 116 ;
- MORIN (G.)**, « L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Rev. de métaph. et de morale* 1929, t. 36, n° 2, p. 267.
- MOULY (J.)**,
- « La réactivation de la théorie du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018, p. 824 ;
 - « La fondamentalisation du droit du travail », *RDA* 2015, p. 93 ;
 - « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », *D.* 2008, p. 196 ;
 - « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats », *Dr. soc.* 2005, p. 614.
- MOURY (J.)**, « La détermination du prix dans le "nouveau" droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.
- MOUSSERON (J.-M.)**, « Un principe de départ : la liberté contractuelle », in *Inventer*, 2001, p. 49.
- MOUSSERON (P.)**, « Conduite des négociations et responsabilité civile », *RTD com.* 1998, p. 243.
- MUIR WATT (H.)**, « Analyse économique et perspective solidariste », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 183.
- NAJJAR (I.)**,
- « La potestativité », *RTD civ.* 2012, p. 601 ;
 - « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, p. 708.

- NEIRINCK (Cl.)**, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 20 déc. 2007, n° 254, p. 28.
- NERSON (R.)**, « Exercices de vocabulaire », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 603.
- NOGUELLOU (R.)**, « La fin du contrat. Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Contrats publics*, vol. I, préf. A. Castagné, Université Montpellier I, 2006, p. 341.
- OLIVIER (J.-M.)**, « Requiem pour la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 “modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée”. Chronique d’une “petite mort” programmée de la cause réelle et sérieuse de licenciement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 291.
- PAGNERRE (Y.)**, « Le contrat de travail », in L. ANDREU et M. MIGNOT (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 209.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Les contrats d'affaires », in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 169.
- PAINCHAUX (M.)**, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ* 2004/3, p. 1567.
- PAISANT (G.)**, « La protection par le droit de la consommation », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 17.
- PANHALEUX (L.)**, « Le devoir d'information juridique », *Revue juridique de l'Ouest*, 1990/2, p. 125.
- PARLEANI (G.)**, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 881.
- PAULIAT (H.)**, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 49.
- PAULIN (Ch.)**, « La clause résolutoire », in *La cessation des relations contractuelles*, PUAM, 1997, p. 57.
- PAUTRAT (R.)**, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1994, p. 337.
- PELLE (S.)**, « Quels nouveaux paradigmes pour le droit de demain ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 857.
- PELLET (S.)**, « Contrat d'adhésion et négociation », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, Perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, p. 67.
- PERELMAN (Ch.)**, « Le raisonnable et déraisonnable en droit », in *Formes de rationalité en droit*, *APD* 1978, t. 23, p. 35.
- PERES (C.)**, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454 ;
- PERREAU (E.-H.)**, « Une évolution vers un statut légal des contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 2, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 354.
- PERULLI (A.)**, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006, p. 85.
- PIERRE-MAURICE (S.)**, « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in X. HENRY (dir.), *Des contrats civils et*

- commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 241.
- PICOD (Y.)**, « Bonne foi et droit de la consommation », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis-Dalloz, 2011, p. 121.
- PIGACHE (Ch.)**, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », *in Ch. PIGACHE (dir.), Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 107.
- PIGNARRE (L.-F.)**, « La codification des principes constitutionnels dans le Code civil », *RDC* 2018, p. 648.
- PIROVANO (A.)**,
- « Logique concurrentielle et logique contractuelle (à propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles) », *in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 293 ;
 - « La “boussole” de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.* 1997, p. 189 ;
 - « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Jossierand », *D.* 1972, chron., p. 67.
- POMART-NOMDEDEO (C.)**, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle : entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209.
- PONSARD (A.)**, « Vérité et justice (La vérité et le procès), Rapport français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit (Journées canadiennes)*, t. XXXVIII, 1987, Economica, 1989, p. 673.
- PUIG (P.)**,
- « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », *RTD civ.* 2017, p. 83 ;
 - « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70 ;
 - « Pour un droit commun spécial des contrats », *in Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 ;
- PUIGELIER (C.)**,
- « Conscience ou inconscience du droit ? », *in Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 857 ;
 - « Les mots de la décision en droit et en psychologie cognitive », *in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS (dir.), Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare et Martin, 2007, p. 93 ;
 - « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *in Le pluralisme, APD* 2005, t. 49, p. 337 ;
 - « Vrai, véridique et vraisemblable », *in C. PUIGELIER (dir.), La preuve*, Economica, 2004, p. 195 ;
 - « L'idée en droit », *RRJ* 2003/4, p. 2369.
- PUTMAN (E.)**, « La disparition du lien contractuel par volonté commune », *in B. FAGES (dir.), Lamy Droit du contrat*, Wolters Fluwer France, nov. 2014, étude n° 470.
- RACINE (J.-B.)**, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *LPA* sept. 2014, p. 7.
- RADE (Ch.)**,
- « L'autonomie du droit du travail », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 399 ;
 - « La contrainte en droit du travail », *in L. GRYNBAUM (dir.), La contrainte*, Economica, 2007, p. 83 ;

- « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 75.
- RAKOTOVAHINY (M.)**, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. sociétés* 2014, p. 152.
- RAY (J.-E.)**, « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83.
- RAYMOND (G.)**, « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 107.
- RAYNARD (J.)**, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in *Débats : « Une théorie générale des contrats spéciaux ? »*, *RDC* 2006, p. 597.
- REDET (J.)**, « Émotion et prise de décision », in F. JOUEN, C. PUIGELIER et Ch. TIJUS (dir.), *Décision et prise de décision, Droit et cognition*, Mare & Martin, 2017, p. 153.
- REMY (Ph.)**, « Droits des contrats : questions, positions, propositions », in L. CADTET, *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271.
- REMET (Th.)**,
 - « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La vulnérabilité*, Journées Québécoises, t. LXVIII, 2018, Bruylant/LB2V, 2020, p. 9 ;
 - « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 421 ;
 - « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 887 ;
 - « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016 hors-série, p. 5 ;
 - « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *RDC* 2015, p. 1005 ;
 - « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217 ;
 - « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327 ;
 - « 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 ;
 - « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 ;
 - « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 31 ;
 - « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD com.* 1997, p. 37 ;
 - « L'ordre public dans les relations de travail », in Th. REMET (dir.), *L'ordre public au XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 43 ;
 - « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195.
- RIALS (S.)**, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39.
- RIPERT (G.)**, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 347.
- RIVERO (J.)**,

- « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 421 ;
 - « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin *amicorum discipulorumque liber*, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Pedone, 1971, p. 311.
- RIZZO (F.)**, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.* janv. 2000, p. 60.
- ROBERT (A.)**, « La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis », in P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, LGDJ, 1960, p. 37.
- ROCHFELD (J.)**,
- « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Genièvre Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 ;
 - « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ 2001, p. 747.
- ROETS (D.)**, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, chron., p. 92.
- ROUAST (A.)**, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1.
- ROUBIER (P.)**,
- « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, *APD* 1964, t. IX, p. 83 ;
 - « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, *APD* 1960, t. V, p. 65.
- ROUHETTE (G.)**, « L'article premier des lois », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 37.
- ROUQUET (Y.)**, « Bail commercial : pour en finir avec quelques idées reçues en matière de congé », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 519.
- ROUVIERE (F.)**,
- « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in *Dossier, Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, p. 600.
- SAGAUT (J.-F.)**, « Le commodat : un prêt bien accommodant », *RDC* 2006, p. 929.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)**,
- « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP E* 2009, 178 ;
 - « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008, étude n° 7.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et BLOUD-REY (C.)**, « Catégories de personnes et droit des contrats », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 157.
- SAVATIER (R.)**, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron. p. 37.
- SAVAUX (É.)**, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 43.
- SEUBE (J.-B.)**,
- « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *AJDI* 2019, p. 756 ;
 - « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *LPA* 5 mars 2009, n° 46, p. 86 ;

- « Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Contrats publics*, vol. I, préf. A. CASTAGNE, Université Montpellier I, 2006, p. 367 ;
- « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », *RDC* 2006, p. 1149.

SIMLER (Ph.),

- « L'équilibre du contrat en droit du crédit », in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012, p. 15 ;
- « Rapport de synthèse », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD civ.* 1997, p. 75 ;
- « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP* 1971, I, 2413.

SISTACH (D.), « Mots, langues, langages et droit, Essai de relecture des concepts juridiques essentiels », in E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères, Concepts, problèmes d'application, perspectives*, Presses universitaires de Perpignan, 2000, p. 14.

SORDINO (M.-Ch.), « Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 245.

SOURIAC (M.-A.), « Pouvoir et convention collective », in J. PELISSIER (dir.), *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 53.

STAHL (J.-H.), « De l'identification et des usages de l'intérêt général par le juge administratif », in G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 155.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- « Pour une conception raisonnable du contrat d'adhésion », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 453 ;
- « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 113 ;
- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705 ;
- « Rapport Français, La rupture du contrat », in *Le contrat, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées brésiliennes*, t. LV, 2005, Société de Législation Comparée, 2009, p. 803 ;
- « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 177 ;
- « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, n° 126, mai 2004, p. 70.

STURLESE (B.), « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398.

SUPIOT (A.), « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 47.

SUR (S.), « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA* 1974, p. 349.

TAGLIARINO-VIGNAL, « L'agrément », in B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, juin 2012, Étude 142.

- TALLON (D.),** « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883.
- TAURAN (Th.),** « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000/2, p. 489.
- TERNEYRE (Ph.),** « Le juge constitutionnel face à la volonté des parties », *RDC* 2018/4, p. 673.
- TERRE (F.),**
- « Rapport introductif – L'opération de catégorisation », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, Catégories de personnes et droit privé 1804-2004*, Economica, 2006, p. 3 ;
 - « Synthèse », in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002, p. 187 ;
 - « Rapport introductif », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.
- TESTU (F. X.),** « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673.
- TETARD (C.),** « Du droit de ne pas tout dire », *Dr. et patr. nov.* 2005, n° 142, p. 46.
- TEYSSIE (B.),** « La preuve en droit du travail », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 73.
- THEUX (A. DE),** « Les intérêts divergents des parties au contrat de travail transcendés et arbitrés par l'intérêt de l'entreprise ? La légitimité du droit de licencier dans les six États membres originaires de la C.E.E. (licenciement injustifié et licenciement abusif) », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 3, Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 289.
- THIBIERGE-GUELFUCCI (C.),** « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.
- THREARD (J.),** « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », *RTD com.* 1972, p. 537.
- TOURNAFOND (O.),** « “Les deux métamorphoses du droit français”, observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 619.
- TOURNAUX (S.),** « Le déclin de la finalité de la période d'essai », *Dr. soc.* 2012, p. 788.
- VAISSIERE (F. DE LA),** « L'ordre public dans les conventions locatives », *AJDI* 2005, p. 366.
- VAN LANG (A.),** « Solidarisme contractuel et contrat administratif, une association impensable ? », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 143.
- VATINET (R.),**
- « Comment les dogmes finissent », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 883 ;
 - « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252.
- VENEZIA (J.-Cl.),** « Puissance publique, puissance privée », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 363.
- VERDIER (J.-M.),** « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 427.

- VERGES (E.),** « Droit de la preuve : une réforme en trompe l'œil », *JCP G* 2016, 486, p. 837.
- VERKINDT (P.-Y.),**
- « L'entreprise », in B. TEYSSIE (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 43 ;
 - « L'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 47 ;
 - « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 197.
- VIGNEAU (Ch.),** « La liberté religieuse dans les relations de travail. Regards croisés sur les arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 313.
- VILLAIN (H.),** « Le droit du contrat sans la notion de contrat d'adhésion en droit français », in G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion, Perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, p. 23.
- VILLEY (M.),** « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, t. IX, p. 97.
- VIRASSAMY (G.),**
- « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 479 ;
 - « La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 183 ;
 - « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », *JCP E* 1990, II, 15809.
- VITU (A.),** « Propriété commerciale et propriété culturelle, Étude comparée de deux législations protectrices du preneur », *RTD civ.* 1946, p. 273.
- VOGEL (L.),** « Recodification civile et renouvellement des sources internes », in *Le code civil 1804-2004, Le livre du Bicentenaire*, Dalloz/Juris-Classeur, 2004, p. 159.
- VOINOT (D.),** « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2013, p. 565.
- WAREMBOURG-AUQUE (F.),**
- « Rapports locatifs : l'équilibre introuvable (Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) », *JCP G* 1989, I, 3421 ;
 - « La réforme des rapports locatifs par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 », *JCP G* 1987, 3290.
- WAQUET (Ph.),**
- « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 276 ;
 - « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p. 168 ;
 - « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.* 2000, p. 1051 ;
 - « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 980.
- WICKER (G.),** « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 455.
- WIEDERKEHR (G.),** « Le droit et le sens des mots », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz/Litec, 2009, p. 571.

ZENATI (F.), « Commentaire de la loi du 23 décembre 1986 », *RTD civ.* 1987, p. 165.

V-Notes, observations, rapports et conclusions de jurisprudence

ALAPHILIPPE (P.), « Contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur », note sous Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 95-45.341, *D.* 2000, p. 30.

ATTARD (J.), « La révocation des dirigeants sociaux : “De la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ? » », note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-22.249, *JCP G* 2000, I, 217.

AYNES (L.), « Bonne foi », obs. sur Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *RDC* 2007/4, p. 1107.

BARBIER (H.),

- « Une résiliation unilatérale irrégulière requalifiée de proposition de résiliation bilatérale », obs. sur Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, n° 14-11.054, *RTD civ.* 2015, p. 879 ;
- « Non au contractant captif ! Le strict contrôle des restrictions contractuelles au droit de résiliation », obs. sur Cass. com., 17 mars 2015, 14-12.185, *RTD civ.* 2015, p. 378 ;
- « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », obs. sur Cass. 3^e civ., 15 déc. 2015, n° 14-24.567, *RTD civ.* 2016, p. 356 ;
- « Ébauche d'un régime général du droit de rétractation », obs. sur Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767, *RTD civ.* 2016, p. 605 ;
- « La clause à la charge ou au profit des deux parties échappe-t-elle nécessairement à la qualification de clause abusive ? Quand la réciprocité chasse le déséquilibre significatif », obs. sur Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712, *RTD civ.* 2016, p. 618 ;
- « L'inapplicabilité des modalités contractuelles de rupture du contrat unilatéralement résolu », obs. sur Cass. 3^e civ., 8 févr. 2018, n° 16-24.641, *RTD civ.* 2018, p. 404.

BARBIERI (J.-F.),

- « Gérance à durée déterminée et qualité pour contester une décision d'associés : la généralisation du droit de quitter dignement les fonctions sociales contrebalancée par une restriction du droit d'agir en nullité de délibérations irrégulières », note sous Cass. com., 17 déc. 2002, n° 98-21.918, *Rev. sociétés* 2003, p. 493 ;
- « Qu'entend par “cause légitime” de révocation judiciaire ? » note sous Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, n° 13-14.374, *Rev. sociétés* 2014, p. 391.

BEAUGENDRE (S.), « Contrôle a posteriori de l'effectivité de la reprise pour habiter du bailleur », obs. sur Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 99-12.261, *AJDI* 2001, p. 433.

BECQUE-ICKOWICZ (S.), « Soumission conventionnelle au statut des baux commerciaux et ordre public », note sous Cass. ass. plén., 17 mai 2002, 00-11.664, *D.* 2003, p. 333.

- BENABENT (A.)**, « En cas de prêt du logement de famille par les beaux-parents, ces derniers peuvent-ils obtenir l'expulsion de leur belle fille après le divorce des époux ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, n° 89-18.467 : *D.* 1994, p. 248.
- BLATTER (J.-P.)**, « Soumission conventionnelle au statut des baux commerciaux et forme du congé », obs. sur Cass. ass. plén., 17 mai 2002, 00-11.664, *AJDI* 2002, p. 525.
- BONNEAU (Th.)**,
- note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-22.249, *Dr. sociétés* 1999, p. 34 ;
 - « Affaire Tapie : la Cour de cassation ne retient pas la responsabilité des banques », note sous Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 et 06-11.307, *JCP G* 2006, II, 10175.
- BONNIN (V.)**, « Contrat de travail à durée déterminée et à temps partiel : questions de preuve et d'indétermination de la mise à disposition », note sous Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 09-40.473, *RDT* 2010, p. 710.
- BORIES (F.)**, note sous CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676.
- BOSSU (B.)**, « Le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement », note sous Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155, *JCP S* 2007, 1038.
- BOULMIER (D.)**, « La licéité d'une clause non-concurrence insérée dans un contrat de qualification à durée déterminée », note sous Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-45.798, *D.* 2002, p. 245.
- BOULOC (B.)**,
- « Mandat d'intérêt commun. Révocation. Conditions », 87-15.973, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, n° 87-15.973, *RTD com.* 1990, p. 249 ;
 - « Mandat. Révocation. Effets. Indemnité contractuelle de résiliation. Clause pénale (non) », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, 98-20.431, *RTD com.* 2001, p. 757 ;
 - « Agent commercial. Fin du contrat. Faute grave. Contrôle du juge », obs. sur Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, *RTD com.* 2003, p. 158 ;
 - « Concession exclusive de vente. Résiliation », obs. sur Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338, *RTD com.* 2005, p. 407 ;
 - « Prêt à usage », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-25.709, *RTD com.* 2015, p. 738.
- BRAULT (Ph.-H.)**, obs. sur CA Paris, 29 sept. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 628.
- CHABAS (C.)**, « Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit », note sous Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-19.736, *JCP G* 2009, II, 10052.
- CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)**, « Gérant de SARL. Gérant salarié non associé. Mandat à durée déterminée. Non-renouvellement. Agissements vexatoires et comportements humiliants envers le gérant. Fautes (oui). Indemnisation », obs. sur Cass. com., 17 déc. 2002, 98-21.918, *RTD com.* 2003, p. 323.
- CHAUVEL (P.)**, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », note sous Cass. com., 7 janv. 1997, 94-21.561, *D.* 1998, p. 45.
- CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.)**, « Cession de contrôle et clause d'agrément », obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *RTD com.* 2002, p. 494.
- CHEVRIER (E.)**, « Le cycle de production d'une collection n'interfère pas sur le préavis de rupture », obs. sur Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, *D.* 2002, p. 567.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DERRUPPE (J.)**,
- « Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent en vertu de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches », obs. sur Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n° 93-11.113, *RDI* 1996, p. 620.

DAGORNE-LABBE (Y.),

- note sous Cass. com., 31 mai 1994, *LPA* 23 janv. 1995, p. 13 ;
- « Rejet de la demande de réduction de l'indemnité contractuelle de la résiliation due au mandataire », note sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-21.196, *JCP G* 2002, II, 10067.

DELEBECQUE (Ph.),

- « Résolution. C. civ., art. 1184. Clause de résiliation unilatérale. Renonciation. Possibilité (oui). Résolution judiciaire. Renonciation. Possibilité (oui). Condition. Renonciation non équivoque », note sous Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13.041, *JCP G* 1985, I, 20407 ;
- « Une substitution de contrat sans novation », obs. sur Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-16.691, *D.* 2001, p. 3245 ;
- « Une indemnité contractuelle de résiliation n'est pas une clause pénale », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-20.431, *D.* 2001, p. 3243 ;
- « En l'absence de définition légale, il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis », obs. sur Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, *D.* 2003, p. 459.

DONDERO (B.), « La convention (réglementée) d'indemnisation et la révocation du directeur général », obs. sur Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-25.004, *RTD com.* 2014, p. 142.

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.), « Le champ d'application du pacte de préemption extrastatutaire », obs. sur Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-11.627, *RTD com.* 2010, p. 159.

DOURNAUX (F.), « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », note sous Cass. com., 17 févr. 2021, n° 19-19.993 et Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-22.574, *RDC* 2021, p. 8.

DUPLAT (J.), « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise », concl. sous Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *Dr. soc.* 2000, p. 163.

FABRE-MAGNAN (M.), « De l'usage abusif de la notion d'abus de droit », obs. sur Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064, *JCP G* 1995, I, 3828.

FAGES (B.),

- « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéficiaire d'une garantie de passif », obs. sur Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *RTD civ.* 2007, p. 773 ;
- « La rupture unilatérale fondée sur la gravité d'un comportement peut-elle être entravée par l'existence d'une clause de sortie ? », obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415, *RTD civ.* 2009, p. 318 ;
- « L'interprétation stricte des droits de préemption », obs. sur Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-11.627, *RTD civ.* 2009, p. 716 ;
- « Association et liberté de non-renouvellement du contrat », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, p. 556 ;
- « Syndicat et liberté de résiliation unilatérale du contrat », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, 09-14.633, *RTD civ.* 2010, p. 557 ;
- « Les clauses de résiliation unilatérale échappent à la loi de la gravité », obs. sur Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-20.060, *RTD civ.* 2012, p. 726 ;
- « L'annulation d'une indemnité conventionnelle de révocation à raison du caractère dissuasif de son montant », obs. sur Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582, *RTD civ.* 2013, p. 113.

- « Rupture unilatérale pour comportement grave et modalités formelles de résiliation contractuelle », obs. sur Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.830, *RTD civ.* 2014, p. 118.

FERRIER (D.),

- « Résiliation d'une concession automobile pour insuffisance du taux de pénétration du marché français par le concessionnaire, le taux de pénétration s'appréciant en tenant compte du nombre d'immatriculations », obs. sur Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-18.170, *D.* 1995, p. 69 ;
- « Aucune disposition n'impose le versement de deux années de commissions à titre d'indemnité de rupture d'un contrat d'agent commercial », obs. sur Cass. com., 14 mars 1995, n° 93-13.845, *D.* 1997, p. 52 ;
- « La non-réalisation par l'agent commercial du *quota* convenu avec le mandant ne constitue pas en elle-même une faute grave justifiant la privation d'indemnité », obs. sur Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, *D.* 2002, p. 3004 ;
- « L'intérêt commun est sans incidence sur les conditions de rupture du contrat », obs. sur Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, *D.* 2002, p. 3009 ;
- « Le concédant peut choisir un concessionnaire de manière discrétionnaire mais non arbitraire », obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, 01-12.685, *D.* 2003, p. 2426 ;
- obs. sur Cass. com., 5 oct. 2004, *D.* 2006, p. 512.

FOREST (G.), « Prêt à usage : prêt de locaux par une commune », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-14.633, *D.* 2010, p. 1554.

GALLOIS-COCHET (D.), « Notification au directeur général du motif de sa révocation : d'un dangereux parallélisme avec le licenciement », note sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-20.544, *Dr. sociétés* 2012, p. 27.

GAUTIER (P.-Y.),

- « Restitution de la chose prêtée au fils de la famille (marié), dans le commodat à terme indéterminé », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, n° 89-18.467, *RTD civ.* 1994, p. 125 ;
- « Les fluctuations historiques de la frontière mandat/entreprise, ou à partir de quel moment le produit est considéré comme vendu, dans l'intérêt commun, dans un grand magasin », obs. sur Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, *RTD civ.* 2002, p. 323 ;
- « Les définitions dans le contrat : la qualification *a priori* de la faute grave de l'agent commercial, rendue indisponible par le juge », obs. sur Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, *RTD civ.* 2002, p. 833 ;
- « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », note sous Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2844.
- « Pas de "droit au prêt" : la catégorie des droits discrétionnaires reprend du service », obs. sur Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056, *RTD civ.* 2007, p. 148.

GENICON (Th.), obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, *RDC* 2010, p. 44.

GROSSER (P.), « Clause résolutoire et résolution unilatérale : le créancier a-t-il le choix ? », obs. sur Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n° 12-23.379, *JCP G* 2014, 115.

HAUSER (J.), « Liberté du travail et indisponibilité des droits fondamentaux », obs. sur Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334, *RTD civ.* 2003, p. 58.

HELLERINGER (G.), « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », note sous Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *D.* 2010, p. 2413.

HOUTCIEFF (D.),

- « L'édifiante histoire d'un intermédiaire médiatisé qui n'était pas mandataire... », note sous Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056, *D.* 2006, p. 2933 ;
- « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », note sous Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *JCP G* 2007, II, 10154.

JAMIN (Ch.),

- obs. sur Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n° 93-11.113, *JCP G* 1996, I, 3958 ;
- « Nouvelles précisions sur le régime juridique de la résiliation des contrats de concession commerciale », note sous Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158, *D.* 1998, p. 413.

JOURDAIN (P.),

- « La liberté du client de s'approvisionner chez un commerçant est-elle susceptible d'abus ? », obs. sur Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064, *RTD civ.* 1995, p. 119 ;
- « Dommages commis par voie de presse : vers un "droit à la satire" opérant comme un fait justificatif et repoussant le seuil de la faute », obs. sur Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 et 98-11.155, *RTD civ.* 2000, p. 842.

KARAQUILLO (J.-P.),

- « Indemnisation du salarié, d'une ancienneté inférieure à deux ans, irrégulièrement licencié », n° 88-41.329, note sous Cass. soc., 30 mai 1990, *D.* 1990, p. 559 ;
- « Contrat de travail à durée déterminée de date à date. Basketteur professionnel. Clause de résiliation unilatérale. Illicéité. Requalification (non) », obs. sur Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 95-45.341, *Dr. soc.* 1999, p. 397.

LACHIEZE (Ch.), « La résolution unilatérale dans les contrats spéciaux », note sous Cass. 3^e civ., 28 oct. 2009, n° 08-16.758, *JCP G* 2010, 50.

LARDEUX (G.), « La liberté contractuelle en matière probatoire entre sécurité juridique et vérité juridique », note sous Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19.615, *D.* 2018, p. 327.

LE GAC-PECH (S.), « Déséquilibre significatif et rupture brutale : les nouvelles formes de dépendance », note sous Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712, *JCP E* 2016, 1474.

LEGEAIS (D.), « Compte courant. Conditions dans lesquelles la rupture d'une convention de compte courant peut être abusive », obs. sur Cass. com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086, *RTD com.* 2010, p. 762.

LEONNET (J.), « Abus de droit. Associations paramédicales privées. Approvisionnement dans deux officines locales de pharmacie. Cessation pour l'une d'elles. Élections municipales opposant le mari de la commerçante au maire sortant, président des deux associations. Abus de droit. Caractérisation (non). Liberté fondamentale de toute personne de s'approvisionner chez un commerçant », note sous Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064, *JCP G* 1994, II, 22323.

LEVENEUR (L.),

- « Quelles limites pour l'indemnité contractuelle de résiliation ? », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-20.431, *CCC* juill. 2001, n° 102 ;
- « En dehors du mandat, l'intérêt commun ne compte pas », obs. sur Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, *CCC* juin 2002, n° 87 ;
- « Définition de la faute grave privatrice de l'indemnité de cessation de contrat », obs. sur Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-18.122, *CCC* févr. 2003, n° 19 ;

- « Résiliation : pas de motif à donner, mais attention à l'abus de droit », note sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240, *CCC* juin 2006, n° 99 ;
- « Les limites du rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat : où l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 l'emporte sur l'alinéa 3 », note sous Cass. com., 10 juill. 2007, 06-14.768, *CCC* déc. 2007, n° 294 ;
- obs. sur Cass. com., 10 févr. 2009, *CCC* 2009, n° 123 ;
- obs. sur Cass. com., 10 nov. 2009, *CCC* 2010, n° 36.

LIBCHABER (R.), note sous Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *Defrénois* 2002, n° 19, p. 1234.

LIENHARD (A.),

- « Contentieux du non-renouvellement du mandat d'un gérant non associé », obs. sur Cass. com., 17 déc. 2002, n° 98-21.918, *D.* 2003, p. 206 ;
- « Perte de la qualité d'associé en nom en cas de redressement judiciaire », obs. sur Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, *D.* 2005, p. 839 ;
- « SARL : indemnité portant atteinte à la libre révocabilité du gérant », obs. sur Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582, *D.* 2012, p. 2655 ;
- « Société civile (gérant) : conditions de révocation pour cause légitime », obs. sur Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, n° 13-14.374, *D.* 2014, p. 718.

LOKIEC (P.), obs. sur Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051, *D.* 2014, p. 1115.

MARGUENAUD (J.-P.), « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur es clauses d'habitation personnelle », obs. sur Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n° 93-11.113, *RTD civ.* 1996, p. 1024.

MARGUENAUD (J.-P.) et MOULY (J.), « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », note sous Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *D.* 1999, p. 645.

MARTIN-SERF (A.), « Déclaration de vérification des créances. Créanciers astreints à l'obligation de déclaration. Associé admis au redressement judiciaire, dont les parts sont de plein droit annulées en vertu des statuts de la société en nom collectif soumise ultérieurement... », obs. sur Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, *RTD com.* 2005, p. 599.

MATHEY (N.),

- obs. sur Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.173, *CCC* 2013, n° 112 ;
- note sous Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712, *CCC* 2016, n° 142.

MAZEAUD (D.),

- « *Dura clausula, sed clausula* », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 03 avr. 2001, n° 99-18.442, *D.* 2001, p. 3240 ;
- « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », obs. sur Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199, *D.* 2001, p. 3237 ;
- « Un petit plomb en moins dans l'aide du solidarisme contractuel... », note sous Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *D.* 2003, p. 93 ;
- « Résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240, *RDC* 2006, p. 704 ;
- « Bonne foi », obs. sur Cass. com., 10 juill. 2007, 06-14.768, *RDC* 2007/4, p. 1110 ;
- « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », note sous Cass. com., 26 janv. 2010 et Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n° 09-65.086 et n° 09-66.969, *D.* 2010, p. 2178.

MEKKI (M.), obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, *JCP G* 2010, n° 1146.

MESTRE (J.),

- « La résiliation unilatérale n'est pas abusive par le seul fait qu'elle intervient en dehors des cas prévus au contrat », obs. sur Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-12.548, *RTD civ.* 1995, p. 108 ;
- « Contenu des contrats et Convention européenne des droits de l'homme », obs. sur Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n° 93-11.113, *RTD civ.* 1996, p. 897 ;
- « La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », obs. sur Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *RTD civ.* 1999, p. 395.

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- « L'examen de la constitutionnalité du PACS met en lumière la valeur juridique du... droit de résilier unilatéralement les contrats à durée indéterminée », obs. sur Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, relative au pacte civil de solidarité, *RTD civ.* 2000, p. 109 ;
- « Prix de la faculté de résiliation unilatérale », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-20.431, *RTD civ.* 2001, p. 589 ;
- « Force d'une clause de résiliation unilatérale », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, n° 99-18.442, *RTD civ.* 2001, p. 584 ;
- « Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu », obs. sur Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-10.768, *RTD civ.* 2002, p. 99 ;
- « Perte de la qualité d'actionnaire et clause de résiliation sans préavis », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 2002, n° 99-11.840, *RTD civ.* 2002, p. 297 ;
- « Préavis, investissements et refus d'agrément... ou la longue marche des concessionnaires », obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *RTD civ.* 2002, p. 810 ;
- « Variations autour de l'ordre public », obs. sur Cass. ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664, *RTD civ.* 2003, p. 85 ;
- « Est-il possible de fonder un refus d'agrément sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat ? », obs. sur Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338, *RTD civ.* 2005, p. 127 ;
- « Le juge face à une stipulation d'indivisibilité ou de divisibilité entre deux contrats », obs. sur Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45.394, *RTD civ.* 2006, p. 308 ;
- « La résiliation unilatérale sans motif et... sans abus », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240, *RTD civ.* 2006, p. 314 ;
- « L'article 107 bis du code minier et les conditions du non-renouvellement d'un contrat arrivé à terme », obs. sur Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 06-14.716, *RTD civ.* 2007, p. 345 ;

MONEGER (J.), note sous Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *JCP G* 2002, II, 10131.

MONSERIE-BON (M.-H.),

- « Révocation du gérant de société civile : une nouvelle liberté », obs. sur Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-22.249, *RTD com.* 1999, p. 451 ;
- « Conditions de la révocation judiciaire du gérant », obs. sur Cass. 3^e civ., 12 mars 2014, n° 13-14.374, *RTD com.* 2014, p. 652.

MORGAND-CONTEGRIT (V.), note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22239.

MOULY (J.),

- « Les clauses de dénonciation anticipée des contrats de travail à durée déterminée (dans le sport professionnel), obs. sur Cass. soc., 5 juill. 1995, n° 92-40.095, *D.* 1996, p. 280 ;

- « Les clauses d'indivisibilité entre contrats de travail : une application malencontreuse de l'article L. 120-2 du code du travail », note sous Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45.394, *D.* 2006, p. 344.
- « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », note sous Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212, *D.* 2008, p. 196 ;
- « La clause prévoyant la rupture du contrat de travail en cas de retrait du permis de conduire du salarié ne peut justifier un licenciement », obs. sur Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-11.554, *Dr. soc.* 2014, p. 479.

PACLOT (Y.) et ROUSSEL GALLE (Ph.), note sous Cass. com., 13 mars 2007, *JCP E* 2008, 2101.

PELISSIER (J.), « La rupture abusive d'essai », obs. sur Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212, *RDT* 2008, p. 29.

PENNEAU (J.), « La résiliation d'un contrat avec une clinique n'est pas subordonnée à l'existence d'un juste motif », obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, n° 99-18.442, *D.* 2001, p. 3087.

PERINET-MARQUET (H.), « Le droit discrétionnaire de refuser le sous-traitant est limité par un éventuel abus du droit », obs. sur Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, n° 03-15.409, *RDI* 2005, p. 291.

PUIG (P.), « Sous-traitance : refus abusif d'agrément », obs. sur Cass. 3^e civ., 10 févr. 2009, n° 08-11.818, *RDC* 2009, p. 1132.

RANDOUX (D.), « La mise en redressement judiciaire d'un associé d'une société en nom collectif entraîne de plein droit la perte de sa qualité d'associé », note sous Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692, *Rev. sociétés* 2005, p. 618.

RAY (J.-E.), « Contrat de travail. Libre choix du domicile. Clause particulière. Conditions de licéité », obs. sur Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Dr. soc.* 1999, p. 287.

RAYMOND (G.), note sous CA Rouen, 17 déc. 2008, *CCC* 2009, n° 238.

REJET (Th.), « Empiètement et réparation en nature disproportionnée », obs. sur Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015, *RTD civ.* 2002, p. 333.

ROCHFELD (J.),

- obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, *JCP G* 2001, I, 354 ;
- « Prerogatives contractuelles unilatérales : les "clauses exorbitantes de droit commun" s'invitent dans le débat... », note sous TC, 12 déc. 2011, *RDC* 2012, p. 377.

SAINTOURENS (B.),

- « Opérations portant sur les comptes courants d'associés et cause légitime de révocation judiciaire du gérant », note sous Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-13.520, *Bull. Joly* déc. 2007, n° 12, p. 1337 ;
- « Vers une révocation *ad nutum* des gérants de sociétés civiles ? », note sous Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-22.249, *Rev. sociétés* 1999, p. 380.

SAVAUX (É.), obs. sur Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, *Deffrénois* 2001, p. 1048.

SERRA (Y.), « Une clause de non-concurrence souscrite par un salarié n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise », note sous Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *D.* 1992, p. 350.

SEUBE (J.-B.),

- « Soumission volontaire par les contractants au décret du 30 septembre 1953 », obs. sur Cass. ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664, *RDC* 2003, p. 127 ;
- obs. sur Cass. com., 26 janv. 2010, *JCP E* 2010, 1656 ;
- obs. sur Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, *Defrénois* 2016, p. 74 ;
- « Le “déséquilibre significatif” doit-il s’appliquer aux conventions locatives soumises à un statut légal ? », obs. sur Cass. 3^e civ., 17 déc. 2015, n° 14-25.523, *RDC* 2016, p. 253.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- « Abus d’un droit contractuel : les critères du refus abusif d’agrément », obs. sur Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *RDC* 2003, p. 50 ;
- « Abus de droit, agrément et rupture fautive », note sous Cass. com., 5 oct. 2004 et 3 nov. 2004, n° 02-17.338 et 02-17.919, *RDC* 2005, p. 288 ;
- « Créancier déloyal dans l’exécution n’est pas moins créancier », obs. sur Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2839.

THOMAS (V.), « L’aménagement contractuel de la révocation du dirigeant », note sous Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-25.004, *Rev. sociétés* 2014, p. 387.

TOURNAUX (S.), obs. sur Cass. soc. 12 févr. 2014, n° 12-11.554, *Dr. soc.* 2014, p. 760.

VINEY (G.), obs. sur Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, *JCP G* 2000, I, 280.

VIRASSAMY (G.),

- obs. sur Cass. com., 31 mai 1994, *JCP G* 1994, I, 3803 ;
- « S’agissant d’un contrat conclu pour une durée déterminée qui a été régulièrement dénoncé avant son expiration, le concédant n’a pas à tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire et il n’est pas tenu de motiver sa décision », obs. sur Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-18.170, *D.* 1995, p. 355.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

Abus de droit : 6, 7, 12, 27, 28, 60, 68 s., 113 s., 119 s., 157, 158, 239 s.
Acte causé : 203, 233
Acte sans droit : 72 s.
Acte unilatéral : 136, 207
Agence commerciale : 54, 62 s., 309, 348
Atteinte aux droits et libertés fondamentaux : 80 s.
Autonomie de la volonté : 10 s., 199, 226, 235
Autorité : 273

-B-

Bail :
- commercial : 32, 252, 290, 294, 330
- d'habitation : 31, 75, 141, 149, 165, 178, 234, 250, 288 s., 307
- rural : 33, 141
Bien commun : 7, 136
Bonne foi : 12, 116, 122 s., 154 s.

-C-

Catégorie de contractants : 10, 285, 295, 298, 300, 308, 315
Cause réelle et sérieuse : 29, 31, 43, 44, 73 s., 147, 168, 172, 178, 233, 247, 263, 296, 344, 345 s.
Classification des droits : 8, 16, 108 s.
Clause (types de) :
- agrément (d') : 325 et s.
- dédit : 329, 334
- définition du juste motif : 345, 346, 348
- exorbitante de droit commun : 136
- mobilité : 88, 150
- non-concurrence : 88, 343
- pouvoir : 86, 343
- retrait (de) : 338
- résiliation unilatérale (de) : 62 s., 320 s., 328, 330, 334, 340
- résolutoire : 171, 323, 324, 330
- révocation (de) : 335, 336
Clauses abusives : 258, 329
Conseil constitutionnel : 14, 47, 147, 292, 298, 300
Contrat à durée déterminée : 114, 115, 320, 330
Contrat à durée indéterminée : 46, 322, 334, 340
Contrat-coopération : 11, 57
Contrat d'adhésion : 10, 287, 290, 300, 321, 342

Contrat de concession : 58 s., 78, 229, 279, 322, 326
Contrat d'intérêt commun : 51, 59, 60
Contrat-échange : 11, 57
Contrats administratifs : 37 s., 136
Convention européenne des droits de l'homme : 80, 88, 93

-D-

Décision contractuelle : 207 s.
Déséquilibre significatif : 63, 258, 321, 329, 339 s.
Détournement de pouvoir : 37, 232
Discrimination : 164 s., 247
Distribution automobile : 30
Droit d'expression : 106
Droit de propriété : 6, 121, 132, 291, 292
Droit de rétractation : 122 s., 303, 329
Droits absolus : 119 s.
Droits causés : 20, 31
Droits de la personnalité : 108
Droits discrétionnaires : 119 s., 303, 333
Droits-fonction : 7, 19, 69 s.
Droits fondamentaux : 80 s., 109, 163 s.
Droits subjectifs : 1, 6 s., 15, 97, 103 s., 139 s.
Droits potestatifs : 139

-E-

Effet justificatif : 6, 239
Égalité des parties : 10, 136, 285, 292, 293 s.

-F-

Faculté juridique : 132 s.
Faute grave : 54, 62, 179, 247, 254, 309, 348
Finalisation des droits : 7, 11, 17, 24 s., 55, 97, 142, 144, 169, 176, 177, 192, 193, 198 s.
Fonction sociale des droits : 7, 19, 69
Fondamentalisation du contrat : 80 s.
Franchise (contrat de) : 58 s.
Fraude à la loi : 76

-G-

Gravité du motif : 178, 247

-H-

Hétéronomie : 299
Homo œconomicus : 223 s.

-I-

Individualisme juridique : 11
Information : 267, 268
Intention de nuire : 6, 69, 71, 76, 113
Intérêt :

- altruiste : 140 s., 182, 223
- catégoriel : 300, 301, 312, 315
- commun : 51 s.
- de l'entreprise : 150, 151, 168, 175
- du cocontractant (prise en compte de l') : 144, 299
- égoïste : 142, 182,
- général : 19, 37, 136, 305, 312
- social : 147, 151, 175, 179, 184

-J-

Justice contractuelle : 198, 298, 308, 354
Justification (comparaison avec la motivation) : 41 s.

-L-

Légalité : 162, 229
Liberté contractuelle : 46, 47, 93, 102, 114 s., 199, 258, 345, 347
Liberté des motifs : 36, 38, 71, 194, 229,
Liberté d'expression : 106
Libertés :

- civiles : 97, 100 s.
- publiques : 102, 112

Loi du 1^{er} septembre 1948 : 76
Loi Doubin : 51, 59

-M-

Mandat d'intérêt commun : 43, 51 s., 150, 186, 187, 253 s., 335, 348
Manière d'agir : 116, 154 s.
Mobiles : 152 s., 231 s.
Motifs :

- discriminatoires : 163 s.
- inhérents / non inhérents (à la personne du contractant) : 182 s.
- légitimes : 147 s.

Motivation :

- définition : 41 s.
- fonctions :
- moment : 275 s.
- stéréotypée : 269

Mutuus dissensus : 47, 330

-N-

Non-renouvellement du contrat : 32 s., 54, 60, 115

Nullité :

- absolue : 311
- relative : 311

-O-

Objectivation des décisions : 222 s.

Objectivité du motif : 169, 172, 173, 230 s.

Ordre public :

- direction : 305 s.
- protection : 305 s.
- social : 310

-P-

Partie faible : 47, 81, 295, 300, 303, 310 s.

Pérennité contractuelle : 32, 53, 291

Perte de confiance : 172, 188

Pourparlers :

- rupture : 116, 117

Pouvoir :

- discrétionnaire : 175, 235
- juridique : 136 s.

Préavis : 46, 218

Précision du motif : 170 s.

Prérogative contractuelle : 12, 157, 158

Prérogative juridique : 132 s.

Présomption de légitimité : 239 s.

Prêt : 91, 218, 275, 328, 338

Preuve :

- charge : 241 s.
- clause : 256 s.
- droit à la : 258
- finalités (de la) : 260 s.
- objet : 243, 253
- risque : 244, 247, 250

Prix :

- fixation unilatérale : 207, 273
- motivation : 45, 46, 277, 278

Procéduralisation : 210 s.

Procédures : 211 s.

Processualisation : 211

Prohibition des engagements perpétuels : 46

Proportionnalité : 38, 86 s., 180

Publicisation du contrat : 212, 301

-Q-

Qualité du contractant : 285, 286, 291 s.

-R-

Raison d'agir : 78, 154 s.
Raisnable : 204 s., 222
Rationalisation des décisions : 201 s.
Réciprocité (défaut de) : 340 s.
Rééquilibrage du contrat : 285 s.
Règle de forme : 215
Relativité des droits : 69, 104, 194, 239 s.
Repentir (droit de) : 122, 329
Représentation : 137
Révocation du dirigeant de société : 35, 319, 336, 337
Rupture de l'essai : 125, 296

-S-

Sérieux du motif : 178 s.
Solidarisme contractuel : 11, 235
Stabilité contractuelle : 29 s., 289
Standard juridique : 148 s., 174 s., 191, 262

-U-

Unilatéralisme dans le contrat : 9, 10, 136, 227, 230, 303

-V-

Valeurs : 151, 162, 225, 226, 260, 261
Volontarisme : 11, 235
Vulnérabilité du contractant : 295

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	- 11 -
-----------------	---------------

INTRODUCTION	- 13 -
---------------------	---------------

I- La genèse de l'étude : le développement de pouvoirs et de contraintes	- 14 -
A- La justification, une tendance ancienne analysée par la doctrine	- 14 -
B- La justification, enjeu majeur des relations contractuelles en droit positif	- 19 -
II- L'intérêt de l'étude : l'apport du concept de droits finalisés au droit des contrats	- 24 -
III- La démarche de l'étude : le choix du concept de droits finalisés dans le contrat	- 29 -

PARTIE I : L'EXISTENCE DE DROITS FINALISES	- 35 -
---	---------------

Titre 1 : L'identification d'un phénomène de finalisation des droits	- 37 -
---	---------------

Chapitre 1 : Les manifestations dans les dispositions textuelles	- 39 -
---	---------------

Section 1 : L'émergence de la justification dans le droit spécial des contrats	- 40 -
Section 2 : Le rejet de la justification en droit commun des contrats	- 55 -

Chapitre 2 : Les manifestations dans le contentieux contractuel	- 67 -
--	---------------

Section 1 : La reconnaissance d'un intérêt commun et la finalisation des droits	- 68 -
§ 1 : La construction du mandat d'intérêt commun	- 71 -
§ 2 : Les limites du mandat d'intérêt commun	- 74 -
I- Les limites tenant à son rayonnement	- 74 -
II- Les limites tenant à sa vigueur	- 80 -
A- En présence d'une clause de résiliation <i>ad nutum</i>	- 81 -
B- En l'absence de cause légitime de révocation	- 83 -
Section 2 : La technique de l'abus et la finalisation des droits	- 86 -
Section 3 : La fondamentalisation du contrat et la finalisation des droits	- 96 -

Titre 2 : L'identité des droits finalisés	- 117 -
--	----------------

Chapitre 1 : La caractérisation négative	- 121 -
---	----------------

Section 1 : L'exclusion totale des libertés civiles	- 121 -
Section 2 : L'exclusion partielle des droits subjectifs	- 140 -

Chapitre 2 : La caractérisation positive	- 153 -
---	----------------

Section 1 : Un pouvoir unilatéral de décision	- 153 -
Section 2 : Un motif concret d'exercice	- 168 -
§1 : L'expression des motifs d'exercice du droit	- 168 -
§2 : Le contenu des motifs d'exercice du droit	- 180 -
I- Les éléments caractéristiques des motifs admissibles	- 180 -
A- L'absence d'illégitimité du motif	- 180 -
B- La précision du motif	- 186 -
C- Le sérieux du motif	- 194 -
II- Essai de typologie des motifs légitimes	- 196 -

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA FINALISATION DES DROITS _____ - 209 -

Titre 1 : L'influence sur l'action du contractant : la rationalisation des décisions - 211 -

Chapitre 1 : Les moyens de la rationalisation des décisions _____ - 217 -

Section 1 : La procéduralisation des décisions _____ - 220 -

Section 2 : L'objectivation des décisions contractuelles _____ - 233 -

Chapitre 2 : Les fonctions de la rationalisation des décisions _____ - 262 -

Section 1 : Une fonction probatoire _____ - 262 -

Section 2 : Une fonction pédagogique _____ - 294 -

Titre 2 : L'influence sur l'équilibre du contrat : le rééquilibrage des pouvoirs - 309 -

Chapitre 1 : La finalisation dans la réglementation des contrats inégaux _____ - 313 -

Section 1 : Une réglementation asymétrique _____ - 313 -

Section 2 : Une réglementation d'ordre public _____ - 342 -

Chapitre 2 : La finalisation dans l'appréciation des clauses contractuelles _____ - 355 -

Section 1 : La création de droits contractuels finalisés _____ - 355 -

Section 2 : L'aménagement contractuel de droits légaux finalisés _____ - 378 -

§1 : Exclusion contractuelle de l'exigence de justification _____ - 378 -

§2 : Définition contractuelle des motifs légaux d'exercice d'un droit _____ - 392 -

CONCLUSION GÉNÉRALE _____ - 401 -

BIBLIOGRAPHIE _____ - 403 -

INDEX ALPHABÉTIQUE _____ - 449 -