



HAL
open science

L'office du juge en droit privé des contrats. Étude comparative de droit français et de droit anglais

Solène Alloui

► **To cite this version:**

Solène Alloui. L'office du juge en droit privé des contrats. Étude comparative de droit français et de droit anglais. Droit. Université Jean Moulin - Lyon III, 2023. Français. NNT : 2023LYO30038 . tel-04685510

HAL Id: tel-04685510

<https://theses.hal.science/tel-04685510v1>

Submitted on 3 Sep 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.



N° d'ordre NNT : 2023LYO30038

**THÈSE DE DOCTORAT DE
L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3**
Membre de l'université de Lyon

École doctorale n° 492 - Droit

Discipline : **Droit**

Mention : **Droit international, européen et comparé**

Soutenue publiquement le 06/11/2023, par

Solène ALLOUI

**L'office du juge en droit privé des contrats.
Étude comparative de droit français
et de droit anglais**

Laboratoire de recherche :

EDIEC, Équipe de droit international, européen et comparé

Directrice de thèse : **Mme Frédérique FERRAND**

Devant le jury composé de :

Mme Frédérique FERRAND

Professeure des universités, université Jean Moulin Lyon 3. Directrice de thèse

M. Loïc CADIET

Professeur des universités, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Président du jury

Mme Garance CATTALANO

Professeure des universités, université Paris 8, Saint-Denis. Rapporteure

Mme Solène ROWAN

Professeure, King's College London, Londres (Royaume-Uni). Rapporteure

M. François CHÉNEDÉ

Professeur des universités, université Jean Moulin Lyon 3. Examineur

L'université n'entend accorder ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes premiers remerciements s'adressent à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Frédérique FERRAND, pour avoir accepté de diriger les recherches ainsi que pour ses précieux conseils et sa bienveillance. Puisse-t-elle trouver dans le présent travail l'expression de ma profonde gratitude.

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Loïc CADIET qui a accepté de présider le jury de soutenance et dont les travaux ont grandement inspiré cette thèse.

Je remercie également Madame le Professeur Solène ROWAN ainsi que Madame le Professeur CATTALANO dont les travaux respectifs ont constitué des piliers majeurs dans la rédaction de ce travail, sur lequel elles me font l'honneur de rapporter.

Je remercie enfin Monsieur le Professeur François CHÉNEDÉ, qui a accepté de siéger dans le jury de soutenance de la thèse et dont les travaux ont constitué des références indispensables à la réalisation de ce travail.

Je tiens à témoigner toute ma reconnaissance à Monsieur le Professeur NICOD qui, à la fin de ma deuxième année de Master, m'a vivement encouragée à poursuivre dans la voie du droit comparé. Que soient également remerciés Madame Kiara NÉRI et Monsieur le Professeur Jérémy HEYMANN pour leurs remarques pertinentes et leurs encouragements lors des comités de suivi de thèse.

Je remercie également les magistrats et les avocats avec lesquels j'ai pu échanger et qui, par leurs éclairages, ont contribué à l'enrichissement de ce travail.

J'adresse mes sincères remerciements au personnel des bibliothèques de l'Université Jean Moulin Lyon 3 et de l'Université Toulouse 1 Capitole pour leur efficacité et leur bienveillance. Je remercie tout particulièrement Monsieur Germain IVANOFF-TRINADTZATY pour son aide.

Je remercie également les personnels de l'École doctorale de droit pour leur grande disponibilité. Je tiens à remercier tout particulièrement Madame Marion MEUSNIER ainsi que Madame Françoise GOROKHOVSKI pour leur dévouement.

Que soient également remerciés les relecteurs de cette thèse qui ont participé à son amélioration.

Je remercie enfin mes proches pour leur soutien indéfectible lors de la rédaction de ce travail.

Table des abréviations

(Ch)	<i>High Court of Justice (Chancery Division)</i>
<i>A. & E.</i>	<i>Adolphus & Ellis (Queen's Bench reports)</i>
A.C.	<i>Official Law Reports: Appeal Cases</i>
ABR	<i>The Australian Bar Review</i>
<i>Act. proc. coll.</i>	<i>Lettre d'Actualité des procédures collectives</i>
<i>AJ fam.</i>	<i>AJ Famille</i>
AJCL	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
al.	alinéa
All. ER	<i>All England Law Reports</i>
All. ER (Comm)	<i>All England Law Reports (Commercial cases)</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
ANRT	Atelier national de reproduction des thèses
<i>App. Cas.</i>	<i>Law Reports, Appeal Cases, House of Lords</i>
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
<i>Baylor L. Rev.</i>	<i>The Baylor Law Review</i>
BDP	Bibliothèque de droit privé
BJB	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
BJS	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
BJT	<i>Bulletin Joly Travail</i>
BOCCRF	<i>Bulletin Officiel de la concurrence, de la consommation et de la</i>
BTL	<i>Bulletin des Transports et de la Logistique</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin civil de la Cour de cassation</i>
Burr.	Burrow
BWCC	Butterworths' Workmen's Compensation Cases
C.	Code
C. civ.	Code civil
C. mut.	Code de la mutualité
C. trav.	Code du travail
CA	<i>Court of Appeal</i>
<i>Cah. soc.</i>	<i>Les Cahiers Sociaux</i>
<i>Can. Bar Rev.</i>	<i>Canadian Bar Review</i>
<i>Can. J. L. & Ju.</i>	<i>The Canadian Journal of Law & Jurisprudence</i>
Cass.	Cour de cassation
Cass. ch. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CDE	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CDEDYS	Centre de droit économique et du développement Yves Serra
CEE	Communautés Économiques Européennes
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CGI	Code Général des Impôts
CJQ	<i>Civil Justice Quarterly</i>
ch.	chambre
civ.	civil(e)
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. P.B</i>	<i>Civil Practice Bulletin</i>
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
<i>CLJ</i>	<i>The Cambridge Law Journal</i>
C.L.Y.	Current Law Yearbook
CMF	Code monétaire et financier
Co.	<i>Company</i>
coll.	collection
<i>Columbia Law Rev.</i>	<i>The Columbia Law Review</i>
<i>Comm. com. électr</i>	<i>Communication - Commerce électronique</i>
<i>Comp. Law.</i>	<i>Company Lawyer</i>
concl.	conclusions
cons.	considérant
<i>Const. L. J.</i>	<i>Construction Law Journal</i>
<i>Constr. - Urb.</i>	<i>Construction - Urbanisme</i>
CP	<i>Common Pleas</i> (recueil de décisions)
CPC	Code de procédure civile
<i>CPR</i>	<i>Civil Procedure Rules</i>
Cowp.	<i>Cowper King's Bench Reports</i>
CUP	Cambridge University Press
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. actu</i>	<i>Dalloz actualité</i>
dactyl.	dactylographié
<i>DCFR</i>	<i>Draft Common Frame Reference</i>
<i>DH</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)</i>
DILA	Direction de l'information légale et administrative
dir.	sous la direction scientifique de
doctr.	doctrine
<i>DP</i>	<i>Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (antérieur à 1941)</i>
<i>DPCI</i>	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. et proc.</i>	<i>Droit et procédure</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue de droit social</i>
<i>et al.</i>	<i>et alli</i>
<i>ERCL</i>	<i>European Review of Contract Law</i>
éd.	édition
<i>Edin. L.R.</i>	<i>Edinburgh Law Review</i>
EGLR	<i>Estates Gazette Law Reports</i>
<i>EFL</i>	<i>Editions Francis Lefebvre</i>
<i>EJT</i>	<i>La revue pratique du recouvrement</i>
ER	<i>English Reports</i>
esp.	espèce
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
EWCA Civ.	<i>England and Wales Court of Appeal (Civil Division)</i>

EWHC	<i>England and Wales High Court of Justice</i>
FEC	Forum Européen de la Communication
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>I.C.C.L.R.</i>	<i>International Company and Commercial Law Review</i>
<i>Ibid.</i>	Même lieu
<i>IBLJ</i>	<i>International Business Law Journal</i>
IDA	Institut de Droit des Affaires,
<i>ILJ</i>	<i>Industrial Law Journal</i>
<i>JA</i>	<i>Juris associations</i>
<i>JAC</i>	<i>Juris art etc.</i>
<i>JBL</i>	<i>The Journal of Business Law</i>
<i>JCL</i>	<i>The Journal of Contract Law</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine Juridique Édition Générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La Semaine Juridique Notariale et Immobilière</i>
<i>JCP S</i>	<i>La Semaine Juridique – Social</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal Officiel des Communautés Européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal Officiel de l’Union Européenne</i>
<i>JSL</i>	<i>Jurisprudence Lamy Social</i>
<i>JT</i>	<i>Juris tourisme</i>
<i>JurisCl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
KB	Official Law Reports: King’s Bench
L. & T.R.	Landlord and Tenant Reports
L. T.	Law Times Reports
<i>La. L. Rev.</i>	<i>The Louisiana Law Review</i>
<i>L.C.</i>	<i>Lord Chancellor</i>
<i>Lebon</i>	<i>Recueil Lebon (année de l’arrêt)</i>
<i>LEDB</i>	<i>L’Essentiel Droit bancaire</i>
<i>LEDC</i>	<i>L’Essentiel Droit des contrats</i>
<i>LEDEN</i>	<i>L’Essentiel droit des entreprises en difficulté</i>
<i>LEDICO</i>	<i>L’Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence</i>
<i>LEDIU</i>	<i>L’Essentiel Droit de l’immobilier et de l’urbanisme</i>
<i>LEFP</i>	<i>L’Essentiel Droit de la Famille et des Personnes</i>
<i>LEPI</i>	<i>L’Essentiel Droit de la propriété intellectuelle</i>
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Lloyd’s Rep.</i>	<i>Lloyd’s Reports</i>
<i>LMCLQ</i>	<i>Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly</i>
<i>Loyers et copr.</i>	<i>Loyers et copropriété</i>
<i>LQR</i>	<i>The Law Quarterly Review</i>
<i>Ltd</i>	<i>Limited</i>
M. & W.	<i>Meeson and Welsby’s Reports</i>
<i>M.R.</i>	<i>Master of the Rolls</i>
M. & S.	Maule and Selwyn
<i>MBA</i>	<i>Master of Business Administration</i>
<i>MLJ</i>	<i>Malaysian Law Journal</i>
<i>MLR</i>	<i>The Modern Law Review</i>
n°	numéro

NBT	Nouvelle Bibliothèque de Thèses
<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>The Northwestern University Law Review</i>
obs.	observations
<i>Ord.</i>	<i>Order</i>
<i>OUCLJ</i>	<i>The Oxford University Commonwealth Law Journal</i>
OUP	Oxford University Press
p.	page
par ex.	par exemple
<i>para.</i>	<i>paragraph</i> (subdivision d'un <i>schedule</i> émanant du Parlement)
pp.	pages
pr.	procédure
PTR	Pre-trial review
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Q.B.	Official <i>Law Reports</i> : Queen's Bench
<i>Q.C.</i>	<i>Queen's Counsel</i>
<i>r.</i>	<i>rule</i>
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RAI</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RD rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDIDC</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
rect.	rectifié
<i>REP</i>	<i>Revue d'Économie Politique</i>
<i>Resp. civ. et assur.</i>	<i>Responsabilité civile et assurance</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. de la conc. et de la conso.</i>	<i>Revue de la concurrence et de la consommation</i>
<i>Rev. dr. Assas</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>Rev. dr. transp. et mobilité</i>	<i>Revue de droit des transports et de la mobilité</i>
<i>Rev. jurid. écon. publique</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
<i>Rev. hist. Justice</i>	<i>Revue histoire de la Justice</i>
<i>Rev. proc. coll. civ. et comm.</i>	<i>Revue des procédures collectives civiles et commerciales</i>
<i>Rev. trav.</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>RFP</i>	<i>Revue fiscale du patrimoine</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale du droit des assurances</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
<i>RHFD</i>	<i>Revue historique des facultés de droit</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue Juridique de l'Économie Publique</i>
<i>RJES</i>	<i>Revue Juridique et Économique du Sport</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des Affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy des contrats</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy Droit de l'Immatériel</i>
RIN	Règlement Intérieur National de la profession d'avocat

<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique</i>
<i>RSC</i>	<i>Rules of the Supreme Court</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey (Recueil général des lois et arrêts)</i>
<i>s.</i>	Section d'un <i>Act of Parliament</i> britannique
<i>SALJ</i>	<i>The South African Law Journal</i>
<i>SCR</i>	<i>Supreme Court Reports</i> (Canada)
<i>SLC</i>	Société de législation comparée
<i>Soc.</i>	Chambre économique, sociale et financière de la Cour de cassation
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>The Stanford Law Review</i>
<i>Sydney L. Rev.</i>	<i>The Sydney Law Review</i>
<i>T.</i>	Tome
<i>TCC</i>	Technology & Construction Court
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, soit « Traité de
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union Européenne, soit « Traité de Maastricht »
<i>TLR</i>	Times Law Report
<i>TSO</i>	<i>The Stationery Office</i> (éditeur des journaux et rapports officiels du
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>The Tulane Law Review</i>
<i>UKHL</i>	<i>Neutral citation for cases of the House of Lords</i>
<i>UKSC</i>	<i>Neutral citation for cases of the Supreme Court of the United Kingdom</i>
<i>UTLJ</i>	<i>University of Toronto Legal Journal</i>
<i>V.</i>	Voir
<i>v. (entre deux noms de parties)</i>	<i>versus/and</i>
<i>V-C</i>	<i>Vice Chancellor</i>
<i>Vern.</i>	Vernon's Cases in Chancery
<i>VLR</i>	<i>The Victorian Law Reports</i>
<i>vol.</i>	volume
<i>VUWLR</i>	<i>The Victoria University of Wellington Law Review</i>
<i>Wils. K.B.</i>	<i>Wildy and sons King's Bench reports</i>
<i>WLR</i>	<i>Weekly Law Reports</i>
<i>YLJ</i>	<i>Yale Law Journal</i>
<i>YUP</i>	Yale University Press

Sommaire

Première Partie

Le juge garant de la sécurité contractuelle : le contrat, chose des parties

Titre 1 **Le contrôle judiciaire de la validité du contrat**

Chapitre 1 Le contrôle de l'intégrité du consentement au contrat

Chapitre 2 Le contrôle de la licéité du contenu du contrat

Titre 2 **La détermination partagée du sens du contrat : le respect commun de la volonté déclarée des parties**

Chapitre 1 La méthode d'interprétation objective : l'attachement à la teneur littérale, une
méthode reine du droit anglais adaptée par le droit français

Chapitre 2 La méthode d'interprétation subjective : la recherche de la volonté réelle, une
méthode reine du droit français source d'inspiration du droit anglais

Deuxième partie

Le juge garant de la justice contractuelle : le contrat, chose des parties et du juge

Titre 1 **La détermination judiciaire du contenu du contrat : le contrat comme *negotium*, chose des parties et du juge**

Chapitre 1 L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat initialement déséquilibré

Chapitre 2 L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat devenu déséquilibré

Titre 2 **Le cadre de la mise en œuvre de la justice contractuelle : le contrat comme objet du litige, chose des parties et du juge**

Chapitre 1 La maîtrise renouvelée du procès contractuel par les parties : un juge
départiteur

Chapitre 2 La maîtrise renforcée du procès contractuel par le juge : un juge acteur

Introduction générale

1. **La « psychologie britannique ».** « Cette affaire du Brexit est très liée à la psychologie britannique. Les Britanniques n'ont jamais été convaincus de l'intérêt de l'Union européenne ». Dans une interview accordée le 25 juin 2016 au journal Atlantico¹, Valéry GISCARD D'ESTAING, ancien Président de la République française, donnait sa vision de la volonté du Royaume-Uni de se retirer de l'Union Européenne, après l'avoir intégrée le 1^{er} janvier 1973. Cette intégration ne s'est pas faite sans mal. Les Anglais ont d'abord tenté de concurrencer la Communauté économique européenne, instituée par le Traité de Rome de 1957², en créant trois ans plus tard l'Association européenne de libre-échange³ qui comprenait, outre le Royaume-Uni, l'Autriche, le Danemark, le Portugal, la Norvège, la Suède et la Suisse. Ces pays extérieurs à la Communauté économique européenne sont nommés les « *Outer seven* », les « sept de l'extérieur », par contraste avec les « *Inner six* », les six pays qui composent « l'Europe des Six ». Devant le succès du marché unique européen⁴, le Royaume-Uni présente le 9 août 1961 sa première candidature d'adhésion à la Communauté économique européenne. Le général de Gaulle utilise le 14 janvier 1963 son veto pour rejeter la candidature britannique, car il considère le pays comme le « cheval de Troie » des États-Unis. Le Président de la République française fera à nouveau usage de son veto le 27 novembre 1967, empêchant la participation du Royaume-Uni dans l'organisation supranationale destinée à consolider les liens économiques entre les pays européens au sortir de la Seconde Guerre mondiale. C'est seulement le 1^{er} janvier 1973 que le Royaume-Uni intègre la Communauté économique européenne, en même temps que l'Irlande et le Danemark. En octobre 1974, lors des élections des membres de la *House of Commons*, chambre basse du Parlement, le *Labour's party* promet, si ses membres sont majoritaires, de soumettre l'adhésion du Royaume-Uni à un *referendum*. Le 5 juin 1975, le tout premier *referendum* à échelle nationale est organisé⁵,

¹ [En ligne] <https://atlantico.fr/article/decryptage/valerie-giscard-d-estaing-brexit-ou-pas-l-europe-a-28-n-est-pas-gouvernable-sans-reformes-profondes-jean-marc-sylvestre> (page consultée le 16/07/2023)

² Traité de Rome, initialement nommé « Traité instituant la Communauté économique européenne », ayant fondé la Communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957 par l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas et entré en vigueur le 1^{er} janv. 1958 et rebaptisé « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (TFUE) depuis la signature en 2007 du Traité de Lisbonne qui l'a profondément remanié.

³ *European Free Trade Association*, fondée par la Convention de Stockholm du 4 janv. 1960.

⁴ Jean MONNET, « Le Journal inattendu: Jean Monnet (RTL, 22 janvier 1972) », Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe. [En ligne] https://www.cvce.eu/content/publication/2003/11/19/9b78abba-050c-4f7c-bbee-4ef2741fa9bc/publishable_fr.pdf (page consultée le 19/07/2023) : « *Les Anglais respectent les faits. S'ils veulent rentrer dans le Marché commun, c'est parce que nous avons réussi* ».

⁵ *Referendum Act 1975*, 1975 c. 33.

demandant aux britanniques de se prononcer directement sur le maintien de leur pays dans la Communauté économique européenne. Le peuple britannique répond, par une majorité de 67%, être favorable à ce maintien. Presque 40 ans plus tard, le 23 juin 2016, a lieu un nouveau *referendum* à l'initiative du Premier ministre britannique conservateur, David CAMERON. Une légère majorité des Anglais, seulement 51,89%, exprime sa volonté de se retirer de l'organisation supranationale devenue l'Union Européenne. La procédure prévue par l'article 50⁶ du traité sur l'Union européenne⁷ et régissant le retrait d'un État membre est alors enclenchée : le *Brexit* est engagé. Les relations entre le Royaume-Uni et le Union européenne restent longtemps marquées par l'incertitude. Un accord préliminaire est signé le 19 mars 2018⁸ confirmant la mise en place d'une période de transition jusqu'au 31 décembre 2020⁹. Cependant, alors le Conseil européen approuve l'accord de retrait le 25 novembre 2018, le Parlement britannique rejette par trois fois l'accord. Le *Brexit*, initialement prévu le 29 mars 2019, est reporté au 12 avril, puis au 31 octobre 2019, puis au 31 janvier 2020. Le nouvel accord est ainsi signé et finalement ratifié le 9 janvier 2020 par la *House of Commons*. Le Parlement européen ratifie l'accord définitif le 29 janvier 2020. Le 31 janvier 2020 à minuit heure de Bruxelles, la sortie du Royaume-Uni de l'Union est effective¹⁰.

2. Le scepticisme anglais vis-à-vis de l'Europe. Le *Brexit* n'a pas de quoi surprendre. Le Royaume-Uni a toujours affiché un certain scepticisme et une réserve quant à la nécessité et la pertinence de l'Union européenne. L'intégration du pays limitée dans l'organisation supranationale était limitée : multiplications des *opt-out* vis-à-vis de certains instruments européens¹¹, un refus d'adhésion à l'Euro¹², la monnaie commune des pays

⁶ Disposition ajoutée au Traité de Maastricht de 1992 par le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009

⁷ Traité de Maastricht sur l'Union européenne, *JOCE* du 29 juill. 1992, C 191, qui correspond au « Traité sur l'Union Européenne » (TUE), traité fondateur de l'Union Européenne, signé le 7 fév. 1992 et entré en vigueur le 1^{er} nov. 1993.

⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, « Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community highlighting the progress made (coloured version) in the negotiation round with the UK of 16-19 March 2018 », 19 mars 2018. [En ligne] https://commission.europa.eu/system/files/2018-03/draft_agreement_coloured.pdf (page consultée le 18/07/2023)

⁹ Art. 121, *ibid.*

¹⁰ Depuis cette date, a été signé l'Accord de commerce et de coopération entre le Royaume-Uni et l'Union européenne entré en vigueur le 1^{er} mai 2021, accord de libre échange destiné à conserver et favoriser les transactions commerciales entre le Royaume-Uni et les États membres de l'Union européenne. L'accord a été transposé en droit anglais par le *European Union (Future Relationship) Act 2020*, 2020 c. 29.

¹¹ V. par ex. le protocole n° 21 au traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *cf.* TFUE, (version consolidée), *JOUE* du 26 oct. 2012, C 326, p. 49.

¹² « Protocole sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », annexé au Traité de Maastricht, *JOCE* du 29 juill. 1992, C 191, p. 87.

membres, et même une profonde réticence à participer au budget de la Communauté économique européenne, manifestée notamment à travers les mots de la Première Ministre Margaret THATCHER. Cette dernière, dans une interview accordée le 29 novembre 1979 à Dublin, juste après la tenue du Conseil des ministres qui réunissait les chefs d'État et les chefs de gouvernement des neuf pays de la Communauté économique européenne¹³, revendique avec fermeté une baisse de la participation du Royaume-Uni au budget européen : « *What we are asking is for a very large amount of our own money back* »¹⁴. Les intérêts du Royaume-Uni ne sont pas ceux de la Communauté économique européenne, et vice versa, à tel point que le Président de la République François MITTERRAND ira jusqu'à se questionner, lors d'un déplacement à Alger, sur « *la présence ou la nature de (la) présence de la Grande-Bretagne dans la Communauté* »¹⁵. Le Royaume-Uni reproche notamment à la Communauté économique européenne de bénéficier d'une large proportion des fonds anglais, qui est pourtant un des pays les plus pauvres de l'organisation et qui ne perçoit que très peu des redistributions du budget communautaire alors menées par la Communauté économique européenne. La Politique Agricole Commune, dont la France était le premier bénéficiaire, est le premier point de discorde en le Royaume-Uni et les autres membres de la Communauté économique européenne. Ces derniers font front commun et refusent initialement d'accorder toute remise aux Anglais. Le Royaume-Uni finit par obtenir gain de cause sous la forme d'une réduction du montant de la participation britannique au budget communautaire, le « *cheque anglais* [sic] »¹⁶, lors du Conseil européen de Fontainebleau le 26 juin 1984. Pour le reste, les tensions et l'incompréhension entre l'Union Européenne et le Royaume-Uni continuent de se manifester sur une longue période, dans tous les domaines et de façons très variées¹⁷. Depuis son entrée dans la Communauté économique européenne, la « *psychologie britannique* » marquée par une

¹³ Comprenant l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni.

¹⁴ « *Ce que nous demandons, c'est le remboursement d'une très grande partie de notre propre argent* ». La citation est souvent abrégée, à tort, en une phrase plus courte, « *I want my money back* », que la « Dame de fer » n'a en réalité jamais prononcée. [En ligne] https://www.youtube.com/watch?v=rNLVeAQvzn8&ab_ (page consultée le 18/07/2023)

¹⁵ [En ligne] https://www.lemonde.fr/europe/article/2005/05/11/30-novembre-1979-margaret-thatcher-i-want-my-money-back_648386_3214.html (page consultée le 18/07/2023)

¹⁶ *THE GUARDIAN*, « Margaret Thatcher's European rebate demand was defeat - Mitterrand aide », 4 juill. 2009.

¹⁷ Lors du Conseil des ministres, aujourd'hui devenu le Conseil européen, qui se tenait à Rome les 27 et 28 oct. 1990, le Président de la commission européenne, Jacques DELORS, proposait de renforcer l'intégration européenne en assignant au Parlement européen le rôle d'organe démocratique de la Communauté, à la Commission le rôle d'organe exécutif, et au Conseil des ministres le rôle d'organe législatif. Margaret THATCHER s'exprima le 30 oct. 1990 à la *House of Parliament* britannique sur cette proposition et y répondra par les termes : « *Non, non, non* », cf. [En ligne] https://www.youtube.com/watch?v=VUKXbS7s_J4&ab_ (page consultée le 19/07/2023)

grande méfiance du Royaume-Uni vis-à-vis d'une organisation supranationale réunissant les pays européens a fortement ralenti la construction européenne.

3. Deux systèmes antagonistes. Il y a notamment un domaine dans lequel l'organisation supranationale européenne n'a jamais réussi à s'épanouir parfaitement : le droit des contrats. Une harmonisation des droits nationaux des contrats, caractérisée par l'utilisation de règles similaires¹⁸, simplifierait les rapports contractuels entre les acteurs économiques des États membres et permettrait un important essor du marché unique¹⁹. De nombreux projets et propositions virent le jour. Le premier en date fut un projet franco-italien, publié en 1929²⁰. La Seconde Guerre mondiale mit un frein à l'idée d'un code européen des contrats. En 1953, l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française vota la mise en place d'une commission chargée de préparer un code commun des obligations, projet qui n'aboutira jamais²¹. Ensuite, en 1982, un groupe de travail présidé par le Professeur danois Ole LANDO et réunissant des universitaires des pays membres de l'Union Européenne commença l'élaboration d'un texte qui devait servir de point de départ à un Code européen des contrats²². La « commission Lando » publia le fruit de son travail pour la première fois en 1995 : les principes du droit européen des contrats²³. Par la suite, cette première publication s'est enrichie et fut notamment traduite en français²⁴. Les principes du droit européen des contrats peuvent être désignés comme droit applicable au contrat par les parties contractantes. Ils relèvent à ce titre de la *soft-law* et ne constituent pas un véritable Code européen des contrats aboutissant à l'harmonisation²⁵ des droits des contrats nationaux. En 2003, un projet de Code européen des contrats voit le jour²⁶, fruit d'un travail de plus de dix ans l'Académie des privatistes européens

¹⁸ Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 2009, n° 11, p. 21 : *l'harmonisation correspond au « rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques »*.

¹⁹ Christian TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2^{ème} éd., Routledge, 2013, p. 19.

²⁰ COMMISSION FRANÇAISE D'ÉTUDES DE L'UNION LÉGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉES ET AMIES ET COMMISSION REALE POR LA RIFORMA DEI CODICI, *Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien*, Paris : Imprimerie nationale, 1929.

²¹ Claude WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées », *RTD civ.*, 2003 p. 447.

²² Rémy CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2016, n° 3, p. 13.

²³ Ole LANDO et Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht : Martinus Nijhoff (éd.), 1995.

²⁴ Georges ROUHETTE, Isabelle DE LAMBERTERIE, Denis TALLON, et Claude WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003.

²⁵ L'harmonisation doit être distinguée de l'unification en ce que la première vise à faire tendre les droits nationaux vers des règles communes, tandis que l'unification représente une étape supérieure et signifie que les droits nationaux sont remplacés par un texte unique et commun, cf. Christian TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2^{ème} éd., Routledge, 2013, p. 3.

²⁶ [En ligne] https://www.trans-lex.org/450100/_european-contract-code/ (page consultée le 19/07/2023)

réunie à l'initiative du professeur italien Giuseppe GANDOLFI. En dépit de la multiplicité des projets émanant d'éminentes institutions, aucune directive ou règlement mettant en place un droit européen des contrats ne fut adopté. L'Union Européenne parvint à légiférer en matière contractuelle sur le point restreint des clauses abusives par le biais de la directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993²⁷. Cet instrument européen est remarquable, d'abord parce qu'il constitue une innovation conséquente : il s'agit de mettre en place une protection d'un contractant disposant d'un faible pouvoir de négociation des stipulations contractuelles face à des contractants professionnels ayant la main sur la rédaction du contrat, autrement dit d'une remise en question d'une conception classique du contrat selon lequel il est la volonté des parties et doit donc à ce titre être considéré comme juste et équilibré²⁸. Ensuite, cette directive est remarquable en raison de son ampleur en termes de nombres de contrats, car les relations entre les consommateurs et les professionnels sont susceptibles de donner lieu à de nombreux contrats. Enfin, la directive doit être transposée dans les droits nationaux des pays membres, alors au nombre de onze²⁹, ce qui constitue une avancée considérable en matière d'harmonisation des droits des contrats nationaux des pays européens. Cependant, la législation relative aux clauses abusives relève d'une partie spécifique du droit des contrats, bien loin d'affecter la totalité de la matière³⁰.

L'échec d'une législation européenne tendant à l'harmonisation des droits des contrats des États membres s'explique par plusieurs facteurs. L'unification des droits des contrats nationaux par un texte européen unique, qui fut un temps l'ambition du Parlement européen³¹, a suscité de vives réticences³², d'abord parce que le remplacement du droit national par un droit communautaire applicable dans tous les pays membres serait une étape inédite d'intégration

²⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29.

²⁸ V. *infra* n° 4.

²⁹ L'Allemagne alors réunifiée, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, qui ont été rejoints par le Danemark et l'Irlande en 1973, la Grèce en 1981, l'Espagne et le Portugal en 1986.

³⁰ Hein KÖTZ, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Carine SIGNAT et Diane GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Université, 2020, n° 2, p. 2 : « L'adoption de directives européennes n'avait permis que l'harmonisation d'un petit nombre de questions spécifiques ».

³¹ Résolution du Parlement européen du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, *JOCE* du 26 juin 1989, C 158/400 ; Résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre du 23 mars 2006 et Résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats du 7 sept. 2006 dans lesquelles le Parlement « réaffirme sa conviction qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil ».

³² Gérard CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 57 ; Yves LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen », in *ibid.* p. 69 ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », in *ibid.*, p. 99. Les inquiétudes tenant notam. à la faisabilité d'une telle uniformisation et aux divergences culturelles en présence.

européenne. Ensuite, « l'irréductible diversité culturelle des différents membres de la commission [paraît] constituer un obstacle infranchissable »³³. En effet, de très grandes différences marquent, d'une part le droit anglais des contrats, et d'autre part, le droit des contrats des pays continentaux principalement inspirés du Code civil français et du BGB allemand³⁴. Alors que le droit anglais est le système emblématique des droits de *common law*, les droits des pays continentaux relèvent de la tradition civiliste romano-germanique. Les divergences ne s'arrêtent pas au droit des contrats, mais sont visibles dans toutes les branches du droit³⁵, ainsi que dans l'organisation judiciaire³⁶ et le rôle des juges.

Plus précisément en ce qui concerne les magistrats, ceux-ci jouent un rôle dans la création du droit qui est en principe très différent des juges issus des pays de tradition civiliste. Dans les pays de *common law*, et c'est particulièrement vrai pour le droit anglais des contrats, le juge crée le droit en vertu de la règle du *precedent*, également connue sous le nom de « *stare decisis* »³⁷. Le droit anglais est un *judge-made law*, c'est-à-dire un droit façonné par le juge. À l'inverse, en raison du légicentrisme français issue d'une méfiance historique envers les magistrats³⁸, les juges français sont dépourvus de pouvoir normatif. Il serait tentant d'en déduire que le juge anglais fait preuve d'un interventionnisme important dans la sphère contractuelle, alors que le juge français ne s'immisce pas dans le contrat en raison d'une législation stricte le contraignant à laisser les parties déterminer leurs relations. Or la réalité est toute autre. D'abord, la nature jurisprudentielle des règles de droit anglaises ne signifie pas la toute-puissance du juge anglais, pas plus que le caractère écrit des règles de droit françaises n'exclut toute création de droit par le juge français. Ensuite, en dépit de leurs divergences indéniables, le droit français des contrats et le droit anglais des contrats partagent au moins l'adhésion à une idée fondatrice

³³ Denis MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRŪM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain. Colloque du 22 juin 2007*, vol. 8, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 98.

³⁴ Il existe également des différences non négligeables entre le droit français et le droit allemand qui ne peuvent être gommées en rangeant simplement ces deux systèmes dans la famille civiliste. Cependant, par contraste avec le droit anglais, le droit français et le droit allemand présentent des similitudes importantes héritées de la redécouverte du *Corpus juris civilis* qui n'eut pas lieu au Royaume-Uni, V. *infra* n° 4.

³⁵ Par ex., la responsabilité civile délictuelle, connue sous le nom de *torts* en anglais, ne naît pas en droit anglais sous la forme d'un principe général comparable à l'actuel art. 1240 du C. civil avant l'arrêt de principe *Donoghue v. Stevenson*, *House of Lords*, 26 mai 1932, [1932] UKHL 100 ; [1932] AC 562.

³⁶ Par ex., le droit anglais de la procédure civile présente une particularité majeure : l'absence du principe du double degré de juridiction. Le justiciable qui souhaite interjeter appel doit en demander l'autorisation, soit à la juridiction qui a rendu la décision dont il souhaite faire appel, soit à la juridiction compétente pour connaître du fond du litige en appel, v. *infra* n° 498.

³⁷ V. *infra* n° 17.

³⁸ V. *infra* n° 23.

qui a en principe pour effet de tenir à l'écart le juge français et le juge anglais de la sphère contractuelle : le contrat est la chose des parties.

4. Le contrat, chose des parties : une conception répandue dans les droits civils continentaux. Dans la conception française classique du contrat, le contrat est la chose des parties. Cela implique, aux termes de l'actuel article 1103 du Code civil, que « [les] *contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »³⁹, ce qui signifie que les contractants sont tenus par le contrat qui détermine à leur égard une force obligatoire. L'existence d'un accord juridiquement contraignant est possible en raison du principe de l'autonomie de la volonté. Dans la philosophie des Lumières qui émergea en Europe au 17^{ème} siècle, l'individu est par essence libre⁴⁰ et ne peut être contraint par d'autres que s'il le choisit. Il est autonome, c'est-à-dire qu'il « *se régit par ses propres lois* »⁴¹. Le contrat est donc contraignant parce que l'homme a exprimé sa volonté individuelle d'être ainsi obligé : « *La volonté pouvant se donner à elle-même sa propre loi, le contrat tire de la rencontre des volontés sa force contraignante* »⁴².

Cela n'a pourtant pas toujours été le cas. Dans l'ancien droit romain, les citoyens pouvaient conclure des conventions qui devaient, pour avoir force contraignante, obéir à un formalisme très marqué⁴³. Par exemple, le plus ancien des contrats romains, le *nexum*, renommé par la suite *mutuum*, correspondait à un prêt de consommation dont la formation nécessitait la remise de la chose⁴⁴. Le créancier pouvait exiger du débiteur le remboursement dans les délais prévus, sans quoi le créancier pouvait se saisir de la personne du débiteur. La *stipulatio*, contrat *verbis*, reposait sur l'échange solennel de formules : « *spondesne* », « *spondeo* »⁴⁵. Seul le formalisme permettait de former des conventions, les juristes romains considérant que « *le pacte nu ne donne naissance à aucune action* »⁴⁶. L'idée d'un accord de volontés n'a émergé

³⁹ Reprenant presque à l'identique les termes de l'ancien art. 1134 du C. civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁴⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, F. Alcan (éd.), 1896, p. 10.

⁴¹ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens 2. [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/etymologie/autonome> (page consultée le 30/09/2020)

⁴² François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 22, p. 9.

⁴³ Mathias LATINA, « Contrat : généralités », in *Rép. dr. civ.*, mai 2017 (actu. avril 2023), n° 2.

⁴⁴ René-Marie RAMPERLBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats. Variations sur des thèmes antiques*, LGDJ, 2005, p. 25.

⁴⁵ La *stipulatio* se formait par l'échange des formules : « *Jures-tu ?* », « *Je le jure* », cf. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 1194, p. 215.

⁴⁶ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2012, 2^{ème} éd., p. 153 : *ex nudo pacto actio non nascitur*.

qu'à partir de la deuxième moitié du 1^{er} siècle avant notre ère, dans les travaux de LABÉON qui distingue l'*actum*, le *gestum* et enfin le *contractum*. Si les deux premiers conservent leur essence formaliste⁴⁷, le *contractum* est un acte créateur d'obligations réciproques issu de la volonté des parties⁴⁸. Au 2^{ème} siècle, le jurisconsulte PEDIUS écrivit : « *il n'y a pas de contractus qui n'ait en soi une conventio [...] Même la stipulatio, contrat verbis, est nulle si elle ne comporte pas le consentement* »⁴⁹. D'après le *Digeste*⁵⁰, le juriste ULPIEN commenta cet écrit et développa l'idée que le terme latin *convenire* signifie « venir » et se « rassembler »⁵¹, autrement dit les contractants partent de positions et d'intérêts différents et trouvent un intérêt commun dans la convention qui naît de leurs volontés. Au 5^{ème} siècle, l'empereur JUSTINIEN I^{er} demanda que soit effectuée la compilation des règles du droit romain, ce qui donnera naissance au *Corpus Juris Civilis* en l'an 526 de notre ère. Le *Corpus Juris Civilis* fut redécouvert à partir du 11^{ème} siècle à l'Université de Bologne, en Italie. Sa redécouverte raviva l'intérêt pour le droit romain en tant que modèle à travers toute l'Europe. Cependant, la pensée doctrinale fut également influencée par les courants religieux. En France, le consensualisme s'imposa à partir du 17^{ème} siècle comme le principe régissant la formation des contrats, sous l'influence des canonistes. Selon ces derniers, « *le fait de tromper son cocontractant en n'exécutant pas une promesse licite constitue un péché* »⁵². Le jusnaturalisme⁵³ prit une place importante dans la pensée de l'époque. Parmi les travaux qui inspireront plus tard le Code civil, il faut notamment citer l'œuvre principale de Jean DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*⁵⁴. Publiée pour la première fois en 1689, elle établit une synthèse et un ordonnancement des coutumes en vigueur

⁴⁷ L'*actum* est seulement illustrée par la *stipulatio* qui correspond à un engagement verbal, tandis que le *gestum* correspond à l'exécution physique d'une prestation, cf. René-Marie RAMPERLBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats. Variations sur des thèmes antiques*, LGDJ, 2005, p. 26.

⁴⁸ André CASTALDO et Jean-Philippe LÉVY, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2010, 2^{ème} éd., n° 551, p. 841.

⁴⁹ *Ibid.*, n° 552, p. 842

⁵⁰ Recueil des travaux des juristes romains rassemblés au 5^{ème} siècle de notre ère et formant partie du *Corpus Juris Civilis* commandité par l'empereur Justinien I^{er}.

⁵¹ André CASTALDO et Jean-Philippe LÉVY, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2010, 2^{ème} éd., n° 552, p. 842.

⁵² David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2012, 2^{ème} éd., p. 153.

⁵³ « *Doctrine de philosophie juridique qui conteste que le droit puisse être réduit à une collection de règles artificielles et contingentes édictées par des instances officielles. Les jusnaturalistes considèrent, au contraire, que le droit naturel irrigue le droit positif dont il constitue l'un des fondements le plus sûrs, parfois même l'unique base rationnelle [...] et dont le rôle créateur est attesté, entre autres, par le renvoi explicite de la loi aux concepts d'équité et par la multitude de standards juridiques (bonne foi, proportionnalité...), normes souples abandonnées à la sagesse des juges chargés d'en déterminer le contenu à la lumière des données propres à chaque espèce donc en dehors de toute contrainte normative* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 626.

⁵⁴ Jean DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, tomes 1, 2, 3, Paris : P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 2^{ème} éd., 1697.

sur le territoire français qui donnèrent au Code civil sa structure. Les recueils de Robert-Joseph POTHIER exercèrent également une grande influence sur l'élaboration du Code civil. Le *Traité des obligations* publié en 1761 développa une véritable théorie du droit civil très fortement inspirée du droit naturel. En 1800, NAPOLÉON, alors Premier consul, désigna une commission, dirigée par le jurisconsulte Jean-Jacques-Régis DE CAMBACÉRÈS, afin de rédiger le « Code civil des Français » et composée de quatre juristes : TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU, PORTALIS et MALEVILLE. Le Code civil est ainsi promulgué le 21 mars 1804. Au début du Chapitre III, intitulé « De l'effet des obligations », du Titre III intitulé « Du contrat ou des obligations conventionnelles en général », figurait l'alinéa premier de l'ancien article 1134 du Code civil de 1804⁵⁵ qui disposait : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette disposition énonçait avant tout la force obligatoire du contrat à l'égard des contractants, la loi donnant sa force contraignante au contrat. Lu dans son contexte historique, cet article ne consacrait pas la théorie de l'autonomie de la volonté. Les rédacteurs du Code civil, fortement inspirés par les écrits canonistes et jusnaturalistes⁵⁶, étaient en réalité plutôt hostiles à une conception trop volontariste du contrat⁵⁷. PORTALIS, lui-même sensible au droit naturel⁵⁸, écrivait : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de la nature, et de consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi [...]* »⁵⁹.

⁵⁵ La rédaction de l'art. 1134 du C. civil reprit les travaux de Jean DOMAT dans *Lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris : P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 2^{ème} éd., 1697, p. 72 : « *Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun [...]* ».

⁵⁶ Le Code civil fut en réalité rédigé dans un contexte où le consensualisme avait été érigé en principe de la formation du contrat en raison de la règle morale imposant de respecter la parole donnée.

⁵⁷ Xavier MARTIN, *Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 2^{ème} éd., 2002, Dominique Martin Morin (éd.), p. 258 ; Xavier MARTIN, « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD*, vol. 60, n° 4, 1982, p. 611.

⁵⁸ Bernard BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel », *RHFD*, 1988, p. 77 ; Bruno OPPETIT, « Portalis philosophe », *D.*, 1995, p. 331.

⁵⁹ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris : Joubert, 1844, p. 160. Cela étant, le fait que la volonté contractuelle soit contrôlée par la loi, que seuls soient licites les contrats légalement formés, ne suffit pas à remettre en question le consensualisme comme principe du droit des contrats et, partant, à remettre en question le fondement de l'autonomie de la volonté. Il faut comprendre le consensualisme dans son opposition au formalisme. Dans l'ancien droit romain, le formalisme était également, selon le contrat conclu, défini par diverses règles qui déterminaient son efficacité : nécessité de l'accomplissement de rituels, de la présence de témoins ou encore de l'échange oral de certaines formules spécifiques... L'existence d'un filtre de la loi n'empêchait pas que le formalisme constituât la clé de voûte de la formation du contrat dans l'ancien droit romain. De la même façon, l'existence d'un contrôle de la loi exercé sur la volonté contractuelle, pour vérifier sa conformité à certaines règles de formation et la non-contrariété de son contenu à des règles essentielles dites d'ordre public, n'empêche pas de considérer que la clé de voûte de la formation des contrats soit devenue la volonté individuelle. Ainsi que l'écrit le Professeur François CHÉNEDÉ, le « rôle permissif » de la loi ne signifie pas qu'elle soit la source des obligations contractuelles cf. François CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution*

Le Code civil de 1804 connut un rayonnement considérable à travers l'Europe continentale, et au-delà. Il sera repris à l'identique en Belgique, territoire alors annexé à la France. En outre, il inspirera très fortement le *Burgerlijk Wetboek* néerlandais de 1838 ainsi que le *Codice civile* du Royaume d'Italie de 1865⁶⁰, et influencera également le droit de la province de Québec et de l'État de Louisiane aux États-Unis⁶¹ ainsi que le Code civil du canton suisse Neuchâtel de 1855⁶². La réception du Code civil français à travers le monde favorisa son étude par les juristes de plusieurs pays, notamment des juristes allemands. Au milieu du 19^{ème} siècle, les travaux de l'École historique du droit, créée par SAVIGNY en Allemagne, portèrent un nouveau regard sur les dispositions du Code civil. Dans un contexte historique de révolution économique et industrielle accélérant la production de richesses et les échanges commerciaux à travers l'Europe, les juristes de cette école considéraient « *désormais le droit privé comme puisant son fondement dans la liberté et la volonté de l'homme, bref dans l'autonomie de la volonté* »⁶³. Cette nouvelle philosophie libérale engendra une lecture volontariste du contrat. Alors que selon le droit canonique, l'individu pouvait être lié parce qu'il se devait d'honorer sa parole, l'avènement du libéralisme conduisit à considérer que l'individu pouvait être lié parce qu'il l'avait voulu. Autrement dit, la théorie de l'autonomie de la volonté qui sous-tendait la notion de contrat devait se traduire juridiquement par le principe du consensualisme.

Dès le début du 20^{ème} siècle, la théorie de l'autonomie de la volonté fut majoritairement adoptée⁶⁴ comme clé de lecture des dispositions relatives aux conventions contenues dans le Code civil de 1804. Quoiqu'elle fût également l'objet de critiques véhémentes à la même période⁶⁵, celles-ci n'ébranlèrent pas l'adhésion générale que suscita la théorie de l'autonomie

à la théorie générale des obligations, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2008, n° 561, p. 513. En effet, « *la loi autorise les parties à organiser un transfert de valeurs. Dans ce cas, l'obligation prend sa source, non pas dans la loi, mais dans la volonté des agents* », cf. *ibid.*, n° 426, p. 396.

⁶⁰ Ugo MATTEI, « Why the wind changed: intellectual leadership in western law », *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, n° 1, 1994, p. 201.

⁶¹ Sylvain SOLEIL, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, 2009, vol. 1, n° 19, p. 225.

⁶² Isabelle AUGSBURGER-BUCHELI, *Le code civil neuchâtelois, 1853-1855 : étude de l'élaboration et de la structure d'un code civil qui a pour modèle le code civil français*, Neuchâtel : Ides et Calendes (éd.), 1988.

⁶³ Alfons BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, pp. 1s.

⁶⁴ Emmanuel GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé français : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau (éd.), 1912 ; Véronique RANOUIL, *L'Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

⁶⁵ Nicolas COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : étude critique de la conception classique*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931, pp. 55-58 ; Robert-Henri TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français : (étude de droit interne)*, Paris : Éditions Domat-Montchrestien, 1931, spéc. p. 12. Pour une critique plus nuancée : Robert PONCEAU, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil. Essai d'une construction nouvelle*, Paris, 1921, spéc. pp. 3, 4 et 11.

de la volonté⁶⁶. Selon cette lecture du Code civil inspirée par le libéralisme économique, la théorie de l'autonomie de la volonté aurait donné naissance aux grands principes du droit des contrats consacrés en 1804. Premièrement, il découle de la théorie de l'autonomie de la volonté, et du consensualisme qu'elle a inspiré comme principe de formation du contrat, que les citoyens disposent d'une liberté de contracter⁶⁷. Deuxièmement, selon le troisième alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil, les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Cette disposition correspond plutôt à un héritage du jusnaturalisme⁶⁸ que du libéralisme car elle a été créée dans le but d'imposer au contractant de ne pas « *rechercher son intérêt aux dépens d'autrui* »⁶⁹. Troisièmement, le contrat revêt une force obligatoire à l'égard des contractants. Celle-ci fut consacrée par l'alinéa premier de l'ancien article 1134 du Code civil de 1804 qui disposait : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cela signifie d'abord que les contractants sont tenus de respecter leurs engagements et d'exécuter le contrat. Cette règle posa les contours de l'office du juge en matière contractuelle. Le contrat est obligatoire pour le juge qui doit en principe « *être un serviteur respectueux du contrat* »⁷⁰. Il est ainsi dit que « *le contrat est la chose des parties* », le juge devant se contenter de le faire exécuter en cas de litige ou de contrôler les conditions de formation qui sont fixées par les dispositions générales du Code civil. L'avènement de la théorie de l'autonomie de la volonté a exacerbé le caractère secondaire du rôle du juge. Celui-ci « *a fort peu de raisons d'intervenir* »⁷¹ dans la mesure où les contractants étaient considérés, d'une part, comme des êtres libres capables de s'autodéterminer en vertu de la philosophie des Lumières, et, d'autre part, comme à même de défendre au mieux leurs intérêts économiques, selon la nouvelle lecture libérale du Code. Cette conception d'un office restreint du juge en matière contractuelle fut nourrie par l'idée plus générale, apparue dès le 18^{ème} siècle, que le juge devait être en retrait par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Cette vision était présente dans les écrits de

⁶⁶ V. l'analyse des travaux doctrinaux de l'époque : Xavier MARTIN, « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD*, vol. 60, n° 4, 1982, p. 610.

⁶⁷ Aujourd'hui formellement consacrée par l'art. 1102 du C. civil dans sa rédaction issue de la réforme du 10 fév. 2016.

⁶⁸ « *Consacrant l'étroite alliance de l'ordre moral et de l'ordre civil, la loi prescrit [...] à tous, dans leurs conventions, l'honnêteté, la sincérité, la bonne foi* », cf. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris : Joubert, 1844, p. 43.

⁶⁹ Pierre-Antoine FENET, « Rapport fait à la Convention nationale sur le 2^e projet de Code civil par Cambacérès au nom du comité de législation », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 108.

⁷⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 26, p. 11.

⁷¹ Frédérique EUDIER, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, 2005, LGDJ, n° 1, p. 226.

MONTESQUIEU qui, développant la théorie de la séparation des pouvoirs, déclara que : « *Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi* »⁷². PORTALIS lui-même encouragea une vision similaire de l'office du juge lorsqu'il écrivit dans le *Discours préliminaire* du Code civil : « *un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté, une décision du juge n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature* »⁷³. En matière contractuelle, cette conception générale de l'office restreint du juge, renforcée par la faveur accordée à la théorie de l'autonomie de la volonté comme clé de lecture des dispositions relatives aux contrats dans le Code civil, aboutit à considérer que « *le contrat est la chose des parties* ». Par conséquent, le juge devait disposer d'un pouvoir très encadré et très restreint en la matière. La force contraignante du contrat à l'égard du juge était par exemple assimilée à « *l'irrévocabilité judiciaire du contrat* »⁷⁴ consacrée par l'arrêt Canal de Craponne⁷⁵ dans lequel la Cour de cassation précisa : « *[d]ans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Il découle en effet de la force obligatoire du contrat un principe d'intangibilité de ce dernier. Seuls les contractants peuvent, de leur consentement mutuel, modifier ou révoquer le contrat, tandis que le juge ne peut traditionnellement réviser le prix stipulé en échange de la chose ou de la prestation, ou encore revoir les termes du contrat en raison d'un changement de circonstances économiques, etc. Le principe d'intangibilité du contrat empêche le juge d'intervenir pour modifier les stipulations contractuelles.

La critique de la théorie de l'autonomie de la volonté comme explication de la force obligatoire du contrat et comme facteur déterminant de l'office du juge, demeure présente dans les travaux doctrinaux du 20^{ème} siècle et du 21^{ème} siècle⁷⁶. À titre d'exemple, le Professeur Denis

⁷² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois, ou Du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, t. 1, A. Genève, 1748-1750, p. 332.

⁷³ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris : Joubert, 1844, p. 159.

⁷⁴ Laurent AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. Constit.*, n° 17, 2005, Dossier : loi et contrat. [En ligne] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-parties> (page consultée le 15/04/2019)

⁷⁵ Civ., 6 mars 1876, De Galliffet c. Commune de Pélissanne, *DP*, 1876.I.193, note GIBOULOT ; *S.*, 1876.I.161 ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 165, pp. 172s.

⁷⁶ Les fondements de la force obligatoire du contrat ont pu être recherchés ailleurs, dans l'intérêt de l'opération contractuelle, v. Suzanne LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD civ.*, 2018, p. 541, ou dans la loi, v. Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965.

MAZEAUD écrivait en 1998 que « *dans le droit contemporain des contrats, le contrat n'est plus conçu comme la chose des parties. De plus en plus, que ce soit au stade de sa conclusion ou de son exécution, il se présente comme un ménage à trois, voire plus si nécessité* ». Cependant, il semble qu'il y ait une différence entre la façon dont le contrat est conçu et la façon dont il se présente. En ce qui concerne la façon dont le contrat se présente en pratique, le droit français des contrats a indéniablement pris acte de l'insuffisance de l'autonomie de la volonté comme fondement de la notion de contrat : « *Il existe, en effet, des hypothèses où le postulat sur lequel repose le droit des contrats version 1804 n'est pas avéré. Au contraire, le contrat est le produit d'une volonté exclusive et dominante, d'un rapport de forces où toute idée d'égalité et de liberté, autre qu'unilatérale, est exclue lors de la conclusion du contrat* »⁷⁷. Le droit positif français, par le biais de la jurisprudence ou de la dernière réforme du droit des obligations intervenue le 10 février 2016, a bien acté la remise en question du postulat de l'égalité des volontés contractantes. En témoigne la multiplication progressive de mécanismes juridiques fondés sur le postulat inverse de pouvoirs inégaux de négociations des termes contractuels entre les contractants dans certaines situations. La consécration du contrat d'adhésion, la sanction de l'abus dans la fixation du prix, la sanction des clauses abusives, aujourd'hui étendue aux rapports entre professionnels, sont autant d'exemples qui illustrent cette évolution du droit positif français. En revanche, en ce qui concerne la conception du contrat en France, la théorie de l'autonomie de la volonté est toujours omniprésente. Si certains travaux récents font valoir que le contrat n'est aujourd'hui plus la chose des parties en raison de la croissance de l'intervention judiciaire depuis la réforme du 10 février 2016⁷⁸, la théorie de l'autonomie de la volonté occupe toujours une place importante dans les manuels de droit des obligations⁷⁹, et elle est encore enseignée à l'Université comme le fondement de la notion de contrat. Elle demeure également au cœur des discussions relatives au changement et à la modernisation du droit positif dans la sphère du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, ainsi qu'en témoigne par exemple le rapport présenté au Président de la République concernant la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 qui se félicite de la consécration textuelle des trois principes

⁷⁷ Denis MAZEAUD, « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives », *RDC*, n° Hors-série, 2018, p. 65.

⁷⁸ Gilbert PARLEANI, « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *AJ contrat*, 2019, p. 149 ; Mustapha MEKKI, « Qui dit contractuel dit juge », *Gaz. Pal.*, n° 14, 2016, p. 3.

⁷⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n^{os} 21s, pp. 9. Cet ouvrage fait état de la critique de la théorie de l'autonomie de la volonté : *ibid.*, n° 29s, pp. 12s.

issus de cette théorie⁸⁰. Même si les rédacteurs du Code civil n'ont pas souhaité se fonder sur la théorie de l'autonomie de la volonté pour concevoir ni le contrat ni le rôle du juge en matière contractuelle, la doctrine franco-allemande qui a procédé à l'analyse du Code civil a développé une théorie qui imprègne encore aujourd'hui toute la pensée doctrinale autour de ces deux questions : « *La doctrine aujourd'hui encore dominante du code civil comme triomphe de l'individualisme libéral doit être, selon nos recherches, la conséquence d'une transformation du droit privé sous le signe de l'autonomie de la volonté* »⁸¹. Par conséquent, en dépit des remises en question du fondement de l'autonomie de la volonté, aujourd'hui encore, « *la tradition transmet du contrat une vision assez statique* »⁸² dans lequel le contrat est la chose des parties. Cette conception relativement figée du contrat a pour conséquence une conception figée de l'office du juge en matière contractuelle. Elle entrave une réévaluation de l'office du juge tel qu'il est posé aujourd'hui par le Code civil issu de la réforme du 10 février 2016.

Cette conception du contrat influençant le regard porté sur l'office du juge en matière contractuelle est connue sous une autre forme du droit anglais. Ce système s'est pourtant formé de façon très différente du droit français.

5. Le contrat, chose des parties : une conception partagée par le droit de la *common law*. En Angleterre, le droit des contrats s'est développé au sein d'une culture juridique très différente de celle du droit français des contrats. Le droit anglais est historiquement un droit procédural ainsi que l'exprime l'adage : « *remedies precede rights* »⁸³, « *les actions en justice précèdent les droits* ». Cela signifie que le droit anglais s'est d'abord développé à travers des *writs*, c'est-à-dire des formulaires qui devaient être présentés au tribunal pour obtenir audience plutôt que par le biais de construction théorique autour de droits subjectifs octroyés à la personne⁸⁴. Lorsque Guillaume le Conquérant remporta la bataille d'Hastings en 1066, un système féodal caractérisé par l'omniprésence de l'administration s'installe au Royaume-Uni⁸⁵.

⁸⁰ Rapport présenté au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25 : « *Sont ainsi consacrés à titre autonome dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », destinés à servir de cadre de référence au droit commun des contrats, les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi* ».

⁸¹ Alfons BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, pp. 1s.

⁸² Bertrand FAGES, « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, n° 9, p. 160.

⁸³ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 213.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 213.

⁸⁵ Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 2005, p. 52.

Les litiges étaient initialement résolus par des *county courts* selon les coutumes locales⁸⁶. Le roi rendait également la justice mais seulement pour des litiges de grande importance arbitrairement sélectionnés. Les juridictions royales étaient donc des juridictions d'exception tandis que les cours locales constituaient les juridictions de droit commun. Les juridictions royales, plutôt que d'appliquer les coutumes locales, se référaient à un corps unique de règles qui fut nommé la⁸⁷ « *common law* »⁸⁸. Les juges étaient « *guidés par des conceptions philosophiques, politiques, juridiques, morales qui [étaient] celles de leur temps et de leur milieu [...] Ils [voulaient] appliquer à chaque procès la solution raisonnable qu'elle commandait [...]* »⁸⁹. Progressivement, l'augmentation du nombre de litiges soumis au roi provoqua la croissance de l'activité des juridictions royales de telle sorte que ces dernières devinrent, à partir du 14^{ème} siècle, les juridictions de droit commun appliquant la « *common law* » c'est-à-dire le droit commun à toute l'Angleterre. Le développement de cet ensemble de règles propres à l'Angleterre explique en grande partie que le droit anglais soit très différent des droits des pays continentaux. Ces derniers redécouvraient, par le biais de leurs universitaires, le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien dont l'étude reprit à partir de la fin du 11^{ème} siècle en Italie. Par contraste, les cours royales anglaises continuaient d'appliquer et de développer, sans influence universitaire, un droit fortement inspiré de la procédure civile. Par conséquent, l'Angleterre fut très peu réceptive à la redécouverte des principes du droit romain ce qui explique de profondes divergences entre le droit français et le droit anglais.

L'avènement de la *common law* se réalisa par le biais de la procédure. Les juridictions royales étaient saisies d'un litige au moyen d'un document nommé *writ*. Le *writ* était délivré à la demande du justiciable moyennant compensation financière. Lorsqu'il estimait la requête fondée, le roi rédigeait cet ordre qu'il chargeait le chancelier de délivrer à un sheriff ou à un

⁸⁶ Stroud Francis Charles MILSOM, *Historical foundations of the common law*, Londres : Butterworths, 1969, p. 3. V. pour un exposé détaillé des cours locales : René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 27.

⁸⁷ Certains auteurs emploient le masculin pour parler de la *common law*. Le terme est neutre en langue anglaise puisque celle-ci ne connaît pas le féminin et le masculin. Cependant, le terme vient du franco-normand « commune ley ». En outre, un ouvrage de l'historien du droit Richard A. COSGROVE, portant sur le développement parallèle des droits anglais et américain à partir de la fin du 19^{ème} siècle, fut intitulé *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community*, New York : New York University Press, 1987. C'est pourquoi le féminin sera employé tout au long de la présente étude.

⁸⁸ Raymond LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2016, n° 20, pp. 16 et 17 ; René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 29.

⁸⁹ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 42.

seigneur local. Le document fixait une date et désignait une juridiction royale devant laquelle le défendeur devait se rendre pour répondre de ses actions, éventuellement en présenter les justifications⁹⁰ ou à défaut satisfaire le demandeur. Le *writ* était rédigé en latin et des formules spécifiques pour chaque type de litige furent rapidement adoptées car les « *cas dans lesquels le roi se considérait comme compétent pour intervenir étaient [...] toujours les mêmes et peu nombreux* »⁹¹. Se développèrent ainsi une série de *writs* adaptés à chaque situation et fixant la procédure devant les tribunaux, les modes de preuve admissibles et les sanctions encourues⁹². L'existence d'un *writ* constituait la reconnaissance de l'existence d'un droit subjectif des personnes. Dans la *common law*, la procédure était si omniprésente que « *la substance du droit présente à l'origine l'apparence d'être petit à petit secrété dans les interstices de la procédure* »⁹³.

La notion de contrat telle qu'elle est conçue en droit anglais est le fruit de la place primordiale de la procédure civile en droit anglais. Initialement, le *writ of debt* apparu au 12^{ème} siècle fut le premier *writ* relatif au contrat créé par les tribunaux royaux⁹⁴. Son champ d'application était limité aux seules sommes d'argent, ce qui laissait hors du champ de la procédure les prestations. L'*action of covenant* fut la première action en justice qui permettait à un justiciable de faire valoir l'existence d'un accord portant sur l'accomplissement d'une prestation qui n'avait pas été honoré. Les *actions of covenant* « *étaient simplement des actions visant à faire respecter des accords, et le concept de base est du même ordre que celui de notre contrat* »⁹⁵. Initialement, la question portait surtout sur la preuve que devait apporter le demandeur pour convaincre le juge que le défendeur lui devait une certaine somme ou une certaine prestation en raison d'un accord conclu entre eux. Il pouvait s'agir d'un écrit, de témoignages, d'un paiement partiel du prix ou d'une exécution partielle de la prestation, ces modes de preuve pouvant être cumulés. Puis, au 14^{ème} siècle, devant l'insuffisance de certains modes de preuve pour établir l'existence et le contenu des accords, les cours royales décidèrent

⁹⁰ Raymond LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2016, n° 15, pp. 13 et 14.

⁹¹ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 33.

⁹² René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, pp. 33 et 34.

⁹³ Henry MAINE, *Early Law and Custom*, London : John Murray, 1890, p. 389.

⁹⁴ Alfred William Brian SIMPSOM, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford : Clarendon press, 1987, p. 47.

⁹⁵ Stroud Francis Charles MILSOM, *Historical foundations of the common law*, Londres : Butterworths, 1969, p. 213 : « *actions of covenant were simply actions to enforce agreements, and the basic concept is of the same order as our contract* ».

de rejeter les *actions of covenants* à moins que le demandeur ne présente un document écrit, ce qui réduisit considérablement les recours. Le document écrit qui renferme un contrat est nommé en anglais *deed* et se caractérisait autrefois par la présence d'un sceau⁹⁶. Aujourd'hui, le contrat par écrit doit être simplement signé des parties⁹⁷.

La notion de contrat naquit véritablement en droit anglais à travers l'action d'*assumpsit*⁹⁸, qui tire son nom du verbe latin *assumere* qui signifie « se charger de »⁹⁹, ou encore « il s'est engagé à »¹⁰⁰. En exerçant l'action d'*assumpsit*, le demandeur « fait valoir que, un engagement ayant été pris et, n'ayant pas été tenu, il éprouve de ce fait un préjudice : la mauvaise exécution ou l'inexécution, par le défendeur, de l'engagement qu'il avait pris constitue un comportement suffisamment analogue au délit de *trespass* »¹⁰¹. L'action d'*assumpsit* a été inspirée par l'action pour *trespass*. À partir de la fin du 12^{ème} siècle, un *trespass* était considéré comme une injustice causée à autrui et qui devait être réparée. Cette injustice devait avoir la particularité d'être commise « *vi et armis* » ou « *contra pacem* », c'est-à-dire « par la force et les armes » ou « contre la paix ». La notion de *trespass* s'apparentait en cela à la responsabilité civile, nommée en anglais « *torts* »¹⁰². Les actions fondées sur un *trespass* étaient examinées soit par les tribunaux locaux, soit par la cour royale du *Kings Bench*, selon que le *trespass* concernait une personne privée ou la personne du Roi¹⁰³. À partir du 14^{ème} siècle, certains plaideurs commencèrent à utiliser le *bill of trespass* pour solliciter auprès de la *Court of King's Bench* la réparation d'un dommage causé au cours de la mauvaise exécution d'une promesse

⁹⁶ Cette exigence fut abolie : *Law of Property Act (Miscellaneous Provisions) 1989*, 1989 c. 34, s.1(1)(b).

⁹⁷ *Law of Property Act (Miscellaneous Provisions) 1989*, 1989 c. 34, s.1(3). Le droit écrit anglais impose parfois la formation d'un contrat écrit pour sa validité, par exemple en matière immobilière, cf. *Law of Property Act 1925*, 1925 c. 20, s.52(1).

⁹⁸ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 63, pp. 46-47 : « On ne voit de contrats, en Angleterre, que dans les accords de volonté qui, jadis, étaient sanctionnés, en common law, par l'action d'*assumpsit* ».

⁹⁹ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens 2, a). [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/etymologie/assume> (page consultée le 01/10/2020)

¹⁰⁰ *Encyclopædia Britannica*, vol. 1, 1911.

¹⁰¹ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 129, p. 96

¹⁰² Les cas de *trespass* étaient limitativement conçus : *trespass to the person*, *trespass to chattels*, et *trespass to land*. Ces hypothèses demeurent aujourd'hui des fautes civiles dont la victime peut demander la réparation. En revanche, la responsabilité civile délictuelle générale, hors de cas prédéfinis, ne fut créé qu'en 1932 par la *House of Lords* : v. l'arrêt de principe *Donoghue v. Stevenson*, *House of Lords*, 26 mai 1932, [1932] UKHL 100 ; [1932] AC 562.

¹⁰³ Cela constitue le critère initial de distinction, mais la grande variété de situations ayant donné lieu à une action en *trespass*, la difficulté à définir ce qui pouvait constituer une injustice envers le Roi, ainsi que le grand nombre d'erreurs procédurales commises à l'époque ne permettent pas de dire que cette distinction fut toujours respectée en pratique : Stroud Francis Charles MILSOM, *Historical foundations of the common law*, Londres : Butterworths, 1969, p. 245.

contractuelle n'ayant pas fait l'objet d'un écrit¹⁰⁴. Par exemple, en 1348, la *Court of King's Bench* eut à connaître d'un accord conclu entre le capitaine d'un petit navire et le propriétaire d'une jument¹⁰⁵. Le premier s'était engagé à faire traverser la rivière à la jument du second. Cependant, le capitaine surchargea le bateau de chevaux et la jument tomba à l'eau. Le propriétaire agit devant la *Court of King's Bench* par le biais d'un *bill of trespass*. En vertu des règles de procédure en vigueur à l'époque, il aurait normalement dû saisir la *Court of Common Pleas* grâce à une *action of covenant*. Le défendeur fit donc valoir l'irrecevabilité d'une telle action. Le tribunal retint la recevabilité de l'action, au motif que l'*action of covenant* était limitée aux demandes réunissant deux éléments : une inexécution complète, nommée « *nonfeasance* », et une promesse consignée par écrit. En l'espèce, la jument avait bien été transportée. Le demandeur réclamait la réparation du dommage causé en raison de la perte de la jument pendant le transport ce qui correspondait à la notion générale de *trespass*. Par cette décision, la *Court of King's Bench* élargit la notion de *trespass* et surtout de l'action en justice correspondante : le *bill of trespass* n'était plus limité aux cas de *vi et armis* et fut dénommé, pour les cas où le plaideur arguait d'une *nonfeasance*, « *trespass on the case* »¹⁰⁶. Cet élargissement permit au justiciable de demander la réparation d'un dommage causé par la mauvaise exécution d'une promesse, nommée « *misfeasance* ». Les tribunaux anglais cherchaient, à travers le *bill of trespass*, à permettre la réparation d'un dommage injustement causé au demandeur. L'accent fut mis, non pas sur une promesse contraignante mal exécutée, mais sur le dommage sanctionné par la responsabilité civile. La notion de contrat au sens moderne, l'idée que le défendeur a fait une promesse contraignante et qu'il doit être tenu pour responsable de ne pas avoir respecté sa parole, est absente de l'action en *trespass*. L'élargissement du *bill of trespass* constitua néanmoins une étape importante dans la consécration finale de la notion de contrat à travers la procédure civile anglaise.

Le *bill of trespass* fut utilisé par les plaideurs tout au long du 15^{ème} siècle. Certains plaideurs tentèrent par le même biais d'obtenir la réparation d'une inexécution complète. Ces actions furent initialement jugées irrecevables. En effet, la fonction du *bill of trespass* était de réparer un dommage causé au demandeur. Or une omission, qui comprenait l'inexécution

¹⁰⁴ Cela explique que la principale sanction de l'inexécution contractuelle soit la réparation par le biais de dommages et intérêts, et non l'exécution forcée qui constitue un *equitable remedy* issu des règles de l'*Equity*, v. *infra* n° 25.

¹⁰⁵ Bukton v. Tounesende (The Humber Ferryman's case), *King's Bench*, (1348) B&M 358.

¹⁰⁶ John BAKER, *Introduction to English Legal History*, OUP, 5^{ème} éd., 2019, p. 355.

complète d'une promesse, n'était pas considérée comme un *trespass*¹⁰⁷. L'idée que l'inexécution complète d'une promesse faite à une personne puisse faire l'objet d'une action devant les tribunaux apparut plus tard. Au milieu du 15^{ème} siècle, certains tribunaux commencèrent à admettre la recevabilité de l'action d'un plaideur qui avait payé une somme d'argent en vue de bénéficier de l'exécution d'une prestation¹⁰⁸. Dans une affaire, l'un des juges précisa : « *Si un homme paie une somme d'argent pour la construction d'une maison, et cela n'est pas fait, il est titulaire d'une action en trespass car le défendeur a obtenu un quid pro quo et le demandeur a souffert d'un dommage* »¹⁰⁹. Les juges anglais exigeaient l'existence et la preuve d'un *quid pro quo*, plus précisément sous la forme du paiement en amont de la prestation. À défaut, le plaideur ne pouvait obtenir gain de cause. Ce raisonnement doit encore se comprendre à travers le prisme de la responsabilité délictuelle. En l'absence de prépaiement, le demandeur n'a pas souffert de dommage et donc ne peut prétendre obtenir une réparation¹¹⁰. La notion de *quid pro quo*, une chose pour une autre, constitue le fondement de la notion essentielle de *consideration*. En droit anglais, « [la] notion même de contrat est fondée sur le modèle d'un marché conclu entre les parties – la doctrine de la consideration »¹¹¹. La *consideration* correspond à ce qui est donné en échange de la promesse de l'autre¹¹². Or, à partir du milieu du 15^{ème} siècle, se développa l'idée que ce qui est donné en échange, le paiement, rend la promesse juridiquement contraignante et donc actionnable en justice. La *consideration* constitue donc la chose donnée en échange de la promesse mais également la cause de l'*action in assumpsit*¹¹³, du latin *assumere* qui signifie « il s'est engagé ». L'émergence d'une nouvelle action en justice englobant à la fois les cas de *misfeasance* et *nonfeasance* donna lieu à la naissance d'un nouveau terme pour désigner cette action. Dans une conférence donnée en 1499,

¹⁰⁷ The Six Carpenters' Case, *King's Bench*, 1^{er} janv. 1616, 77 E.R. 695 : « *not doing is no trespass* ».

¹⁰⁸ *Shipton v. Dogge*, (1442) B. & M.432.

¹⁰⁹ Thomas BROWNE *in ibid.*, p. 433.

¹¹⁰ *Igulden v. Roberth*, *King's Bench*, (1514) KB27/1018, m. 35 : un père avait engagé un professeur afin d'enseigner la grammaire à son fils en vue de l'envoyer à l'Université d'Oxford. Le professeur n'exécuta jamais sa promesse et le fils ne reçut pas l'instruction nécessaire, manquant ainsi l'opportunité d'intégrer l'Université. Le père avait payé 4£ en avance, et sollicita une réparation à hauteur de 100£ pour compenser le dommage subi par son fils. Le tribunal octroya 7£ de dommages et intérêts ce qui laisse penser que la réparation fut calculée principalement sur la somme prépayée et non sur les dommages subis par le fils quant à sa formation, cf. John BAKER, *Introduction to English Legal History*, OUP, 5^{ème} éd., 2019, p. 361.

¹¹¹ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 69 : « *The very notion of contract is based on the model of a bargain between the parties- the doctrine of consideration* »

¹¹² Cela explique que le contrat tel qu'il est conçu en droit anglais soit par essence synallagmatique.

¹¹³ Alfred William Brian SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford : Clarendon press, 1987, p. 374. V. aussi : John BAKER, *Introduction to English Legal History*, OUP, 5^{ème} éd., 2019, pp. 361 et 362.

le *Chief Justice of the Common Pleas*¹¹⁴ précisa que l'acquéreur d'un terrain pouvait agir en *assumpsit* contre le vendeur qui n'avait pas transféré la propriété du terrain, ou encore qu'il était possible d'agir contre un charpentier qui avait été payé pour une construction qu'il n'avait pas effectuée¹¹⁵. L'utilisation de l'*action in assumpsit* continua de se développer, les plaideurs y ayant recours pour des situations de plus en plus variées où d'autres *quid pro quo* qu'un paiement avaient été échangés¹¹⁶. L'*action in assumpsit* favorisa la découverte et le développement de la *consideration* comme le critère permettant de déterminer quelles promesses étaient de véritables contrats contraignants. Ainsi, jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle, les travaux doctrinaux ainsi que l'attention des juges furent principalement tournés vers le développement et l'affinement de la notion de *consideration*¹¹⁷ devenue la base essentielle du droit anglais des contrats¹¹⁸.

Dès le milieu du 18^{ème} siècle, la Révolution industrielle favorisa la prolifération des relations contractuelles d'une nature commerciale, à travers l'Europe. Le droit anglais ne développa pas de théorie du contrat semblable à celle reçue dans les droits de tradition civiliste. Les règles de droit anglaises se développèrent dans un contexte de commerce accru. Ainsi que l'écrivait Lord MANSFIELD dans un arrêt de 1765¹¹⁹, « *le droit des marchands et le droit de la terre sont identiques* »¹²⁰. Nombre de décisions de justice à l'époque eurent pour effet d'intégrer à la *common law* la *lex mercatoria*¹²¹, faisant indéniablement du droit anglais un droit de marchands, destiné à faciliter le commerce. Cette période de multiplication des relations commerciales à travers les contrats fut propice au développement d'un fort attachement à la liberté contractuelle, voire à une confusion entre la liberté contractuelle et la liberté de commerce¹²², et à ce qui correspond à un principe de force obligatoire du contrat. Dans un arrêt

¹¹⁴ Le magistrat le plus haut placé de la *Court of Common Pleas*. Ce titre, abrégé en « *CJ* », a disparu avec la disparition de cette juridiction qui fut abolie par un *Order of Council* du 16 déc. 1880.

¹¹⁵ FYNEUX *CJ in* « Reading at Gray's Inn », 1499, cité apr John BAKER, *Introduction to English Legal History*, OUP, 5^{ème} éd., 2019, p. 359.

¹¹⁶ Un objet plutôt que le paiement d'une somme, ou encore une action sur la base de la promesse proférée par l'autre, cf. John BAKER, *Introduction to English Legal History*, OUP, 5^{ème} éd., 2019, p. 362.

¹¹⁷ John BAKER, *Introduction to English Legal History*, 5^{ème} éd., OUP, 2019, p. 374. V. *infra* n° 508 pour des développements plus détaillés sur la notion de *consideration* en droit anglais contemporain.

¹¹⁸ John BAKER, *Introduction to English Legal History*, 5^{ème} éd., OUP, 2019, p. 369.

¹¹⁹ Pillans & Rose v. Van Mierop & Hopkins, *The King's Bench* (1765) 3 Burr 1663.

¹²⁰ Lord MANSFIELD *in ibid.* : « *the law of merchants and the law of the land is the same* ».

¹²¹ James Brown SCOTT, *Law, the State, and the International Community*, The Lawbook Exchange Ltd., 2002, p. 259. V. aussi : René DAVID, Marie GORÉ, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, n° 274, p. 260 : dans la seconde moitié du 18^{ème} siècle a lieu « *l'absorption du droit commercial par la common law* ».

¹²² Regazzoni v. K. C. Sethia Ltd., House of Lords, 21 oct. 1957, [1957] 3 W.L.R. 752, p. 310 : « *Il n'y a pas de distinction entre la liberté de commerce et la liberté contractuelle* » ; « *There is no distinction between freedom of*

de 1875¹²³ de la *Court of Appeal*¹²⁴, le *Master of the Rolls* Sir George JESSEL précisait : « *il y a une chose que la public policy*¹²⁵ *exige plus que toute autre, c'est que les hommes majeurs et capables de discernement aient la plus grande liberté de contracter, et que leurs contrats, lorsqu'ils sont conclus librement et volontairement, soient tenus pour sacrés et soient exécutés par les cours de justice. Par conséquent, vous devez tenir compte de cette règle suprême de public policy ; vous ne devez pas entraver cette liberté de contracter* »¹²⁶. Le principe fut ainsi établi selon lequel le juge anglais est le garant de la force obligatoire du contrat et doit s'attacher à le faire respecter par chacune des parties, sans juger de son contenu. À propos de ce principe, un juge anglais écrivit dans un arrêt de 2002¹²⁷ que « [les] *observations de Sir George Jessel M.R. sur le caractère sacré de la liberté contractuelle dans l'affaire Printing & Numerical Registering Company v. Sampson [...] sont un écho de l'époque victorienne où la liberté contractuelle était considérée avec une révérence particulière* »¹²⁸. Cette révérence particulière apparaît au fil des décisions de justice anglaises qui présentent la liberté contractuelle, et le rôle du juge qui en découle, comme la pierre angulaire du droit anglais des contrats¹²⁹.

Le développement des notions juridiques de contrat en France et de *contract* en Angleterre s'est réalisé de façon très différente. Cependant, en dépit de ces divergences culturelles, le fondement du contrat dans la *common law* repose sur une idée similaire à celle

commerce and freedom of contract ». L'arrêt date d'un siècle plus tard, mais reflète les préoccupations du droit anglais, héritées du 18^{ème} siècle.

¹²³ *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson, England and Wales Court of Appeal*, 9 mars 1875, (1875) 19 Eq 462.

¹²⁴ Créée par le *Supreme Court Judicature Act* de 1873, 36 & 37 Vict. c. 66. Cet *Act of Parliament* fit également des précédentes cours du droit ancien, à savoir la *Court of the King's Bench*, la *Court of Common Pleas*, la *Court of the Exchequer*, et la *Court of Chancery*, des subdivisions d'une seule *High Court of Justice* dont les décisions pouvaient être revues en appel par l'*England and Wales Court of Appeal*. Avant l'entrée en vigueur de la fusion de ces tribunaux au 1^{er} nov. 1975, les décisions de justice étaient donc rendues par chacune de ces cours.

¹²⁵ L'ordre public, le bien commun, v. *infra* n° 122.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 465 : « *It must not be forgotten that you are not to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice* ».

¹²⁷ *Attorney General v. Parry, High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 nov. 2002, [2002] EWHC 3201 (Ch.).

¹²⁸ Justice LEWISON *in ibid.*, n° 46.

¹²⁹ Lord THANKERTON *in Fender v. St. John-Mildmay, House of Lords*, 28 juin 1937, [1938] A.C. 1, p. 23 : « *one of the constant principles of public policy in this country, which it is the duty of the Courts to maintain, is that of freedom of contract* » ; « *l'un des principes constants de l'ordre public dans ce pays, et que les tribunaux ont le devoir de préserver, est celui de la liberté contractuelle* ». V. aussi : Lord ATKIN *in Bell v. Lever Brothers Ltd, House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161 : « *it is of paramount importance that contracts should be observed* » ; « *il est primordial que les contrats soient respectés* » ; *Regazzoni v. K. C. Sethia Ltd., House of Lords*, 21 oct. 1957, [1957] 3 W.L.R. 752, p. 310 : « *the overriding principle of freedom of contract and commerce* » ; « *le principe primordial de la liberté contractuelle et commerciale* ».

du droit civil français : le contrat est conçu comme la chose des parties. Dans cette logique, le juge est un tiers qui ne peut en principe s’immiscer dans la relation contractuelle.

6. Le juge, un tiers au contrat ? Ces éléments historiques et théoriques permettent de constater que l’idée que le contrat est la chose des parties constitue un postulat de départ partagé par de nombreux ordres juridiques, y compris de traditions juridiques très différentes, tels que la France et le Royaume-Uni. Il en découle dans ces deux systèmes juridiques que le juge est un tiers au contrat dont l’intervention resterait exceptionnelle en pratique. En principe, le contrat a un effet relatif, ce qui signifie d’abord qu’il ne s’impose pas aux tiers, mais également que ces derniers ne peuvent agir sur lui. Cette exclusion concerne également par principe le juge qui est un tiers au contrat. La vision d’un juge qui devrait se tenir en retrait du contrat demeure encore aujourd’hui vivace en France, y compris depuis la réforme du droit des obligations du 10 février 2016. En 2013, un auteur mentionnait déjà « *la résistance de la doctrine classique à l’idée que le contrat est lui aussi soumis à la loi de l’évolution* »¹³⁰. À la suite de la réforme, des manifestations de cette résistance se font jour dans les commentaires doctrinaux qui consacrent des développements importants à l’idée que la réforme ne bouscule pas la conception classique du contrat dont découle l’office classique du juge¹³¹, ou qui, admettant un bouleversement, regrettent la place nouvelle faite au juge¹³².

Or le juge n’est pas un tiers au contrat comme les autres. En cas de conflit entre les contractants, ces derniers sont amenés à solliciter le juge pour qu’il apporte une solution à leur litige. Cela fait du juge un tiers très particulier au contrat. Cela est particulièrement vrai pour le juge français qui dispose, dans le cadre procédural des demandes formulées par les parties, d’un pouvoir d’action sur le contrat par le biais de divers mécanismes consacrés par le droit positif

¹³⁰ Denis MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l’équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d’aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 136.

¹³¹ Thierry REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC*, n° Hors-série, 2016, p. 5 : l’art. 1134 al. 1^{er} « *texte cardinal* », placé au début des dispositions liminaires qui ouvrent le chapitre consacré au contrat « [marque] le rayonnement de ce principe sur l’ensemble du droit des contrats ». Il ajoute que les innovations de la réforme « *ne consomment pas un dépassement de la centralité de la volonté contractuelle mais un relèvement des conditions de son entière efficacité* ». L’emphase ne figure pas dans le texte original. V. également le Rapport présenté au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25 qui précise que l’absence de consécration de la liberté contractuelle, de la force obligatoire et de la bonne foi comme des « principes directeurs » permet d’en faire « *des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru* ».

¹³² Olivier PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, n° 8-9, 2017, étude 9, n° 12 : « *les parties ne sont plus l’alpha et l’oméga de l’équilibre et de la justice contractuelle [...] si l’on dépasse les apparences et les discours, d’une liberté garante, on est passé à une liberté conditionnelle, surveiller dont ne peut s’empêcher de penser qu’elle n’a de liberté que le mot* ».

des contrats. La comparaison avec le droit des contrats anglais permet de mettre au jour cette dimension de l'office du juge français.

7. Des bénéfices d'une étude comparative. Les travaux déjà menés sur l'office de juge sont nombreux, mais ils n'intègrent pas ou peu de dimension comparée. Or, le droit comparé peut constituer une source rénovation et de progrès : l'apport de la dimension comparée réside dans le regard renouvelé qu'elle permet de porter sur son propre système juridique. Selon Horatia MUIR WATT, « *la théorie comparative [...] oriente clairement vers la connaissance du droit comme phénomène culturel "contextualisé". La comparaison est ainsi de nature à libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture* »¹³³. Il y a donc de nombreux « bienfaits [à tirer] de [l']exercice »¹³⁴ de la comparaison car elle « *s'engage [...] contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables* »¹³⁵. En ce qui concerne l'office du juge en droit des contrats, la comparaison avec le droit des contrats anglais, bâti sur des fondements théoriques similaires au droit français, montre que le droit français des contrats a connu une profonde évolution, parachevée par la réforme du 10 février 2016. Cette évolution très progressive a abouti à une considérable transformation de l'office du juge français en matière contractuelle, ce qui n'est visible que si l'on s'extrait du prisme du droit français des contrats pour l'examiner à la lumière de la comparaison avec la *common law*. Il convient de détailler la méthode comparative pour comprendre comment elle permet d'enrichir le regard porté sur un système juridique donné.

8. L'intérêt de la méthode fonctionnelle. La méthode fonctionnelle, considérée comme la « *méthode basique et principale du droit comparé* »¹³⁶, est particulièrement utile pour la présente étude. En effet, la méthode fonctionnelle consiste à examiner comment chacun des systèmes juridiques étudiés répond à un problème factuel donné, dont on présuppose qu'il est universel¹³⁷. Par conséquent, il s'agit d'identifier, dans chacun des pays étudiés, quels mécanismes juridiques permettent de résoudre telle ou telle question de fait. Il s'en dégage alors

¹³³ Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503.

¹³⁴ *Ibid.*, n°4, p. 506.

¹³⁵ *Ibid.*, n°4, p. 506.

¹³⁶ Konrad ZWEIGERT et Hein KOTZ (Tony WEIR trad.), *An introduction to comparative law*, Oxford : Clarendon Press, 3^{ème} éd., 1998, p. 34.

¹³⁷ Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^{ème} éd., 2019, Oxford : OUP, p. 375.

l'existence, ou l'absence, d'une « *équivalence fonctionnelle* »¹³⁸ entre les mécanismes. La méthode fonctionnelle est susceptible d'aboutir à quatre constats : ou bien chacun des systèmes apporte une réponse identique à un problème factuel en vertu de mécanismes juridiques très similaires, ou chacun des systèmes apporte une réponse identique à un problème factuel en vertu de mécanismes juridiques différents, ou encore chacun des systèmes apporte une réponse différente à un problème factuel, ou enfin l'un des systèmes ne se préoccupe pas du problème factuel considéré¹³⁹. Appliquée à l'office du juge en matière contractuelle, la méthode fonctionnelle commande de cerner les contentieux majeurs du droit des contrats en France, et de comparer les mécanismes juridiques issus du droit français et du droit anglais mis à la disposition des juges en vue d'apporter une solution aux litiges correspondants. Ces mécanismes doivent être d'abord exposés, puis expliqués¹⁴⁰. Il faut ensuite rapporter quelles solutions concrètes le juge donne aux litiges en application de ces mécanismes. Par exemple, la problématique de la conformité du contenu du contrat à des règles considérées comme essentielles au bon fonctionnement de la société est connue des juges français et des juges anglais. Les mécanismes juridiques qui permettent aux juges de résoudre les litiges correspondants, respectivement la notion d'ordre public et la *public policy*, présentent une équivalence fonctionnelle. En revanche, ils sont conçus très différemment. La *public policy* est conçue très restrictivement, ce qui a pour conséquence de réduire considérablement son champ d'application en droit anglais. Par conséquent, le juge anglais sera beaucoup plus souvent amené à conclure à la validité du contrat sur ce fondement que le juge français. Effectuée pour une pluralité de contentieux contractuels, la méthode fonctionnelle permet de tracer les contours de l'office du juge français avec l'éclairage parallèle des contours du juge anglais. Cela permet de déterminer quels mécanismes juridiques les juges peuvent être amenés à mettre en œuvre et de cerner plus précisément l'étendue de leur office en matière contractuelle.

La méthode fonctionnelle présente l'avantage de prendre en compte la culture dans laquelle s'insèrent les mécanismes juridiques envisagés. En effet, « *tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique* »¹⁴¹. Par conséquent, la

¹³⁸ Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^{ème} éd., 2019, Oxford : OUP, p. 376.

¹³⁹ John C. REITZ, « How to do Comparative Law », *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 621.

¹⁴⁰ V. *infra* n° 9 sur l'utilisation de la méthode factuelle.

¹⁴¹ Konrad ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, vol. 18, n° 1, 1966. pp. 13 et 14.

méthode fonctionnelle n'est pas déconnectée d'une explication des mécanismes juridiques étudiés. Au contraire, elle présente un lien étroit avec la méthode factuelle qui en est « *le prolongement* »¹⁴².

9. Le recours à la méthode factuelle et à la méthode contextuelle. Basil MARKESINIS remarque que « *lorsque la comparaison est poursuivie, les différences de solutions et de raisonnement deviennent évidentes. La nécessité de les expliquer devient alors pressante et le chercheur est poussé et fourvoyé à un niveau de recherche différent et plus profond qui exige de lui qu'il cherche les raisons de politique juridique d'une solution judiciaire particulière [...]* »¹⁴³. Autrement dit, la méthode factuelle est le prolongement de la méthode fonctionnelle en ce que, si cette dernière permet de révéler les différences de solutions d'un système juridique à l'autre, la méthode factuelle permet de les expliquer à la lumière de facteurs politiques. « *Le droit [étant] toujours ancré dans une culture* »¹⁴⁴, il faut se replacer dans cette culture pour bien comprendre le droit positif. La méthode factuelle doit donc être enrichie d'une méthode plus large, la méthode contextuelle qui consiste à expliquer le droit « *en termes de facteurs environnementaux, tels que l'économie la politique, la sociologie etc* »¹⁴⁵. Appliquée à l'office du juge en droit des contrats, une telle approche permet de replacer plus largement les mécanismes juridiques contractuels dans leur contexte culturel et comprendre quels éléments sont à l'origine de la mise à l'écart ou de l'omniprésence du juge. Par exemple, en droit français, il existe un certain nombre de mécanismes permettant l'intervention du juge en vue de sanctionner l'équivalence objective des prestations contractuelles réciproques, telles que la lésion des sept douzièmes dans la vente d'immeuble, l'abus dans la fixation unilatérale du prix, ou encore l'engagement disproportionné de la caution. Ces mécanismes n'ont pas d'équivalents en droit anglais. Un facteur d'explication à cette différence peut être trouvé dans la construction du droit anglais comme un droit de marchands fondé sur la liberté de commerce et d'échange.

¹⁴² Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 42.

¹⁴³ Basil MARKESINIS, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC*, vol. 53, n° 4, 2001, p. 823.

¹⁴⁴ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 787, p. 626.

¹⁴⁵ Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 43. V. aussi : John C. REITZ, « How to do Comparative Law », *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 627. L'auteur évoque la nécessité pour le comparatiste de considérer les facteurs politiques, économiques et sociaux ainsi que les traditions de chaque système.

10. Des bénéfices d'une étude comparative entre le droit français et le droit anglais. Pour mieux comprendre l'évolution du droit des contrats français et la transformation du rôle traditionnellement restreint qu'il a attribué au juge, la comparaison avec le droit anglais semble s'imposer. L'Angleterre est un pays voisin de la France. Pourtant, le système juridique anglais pris dans sa globalité s'est construit de façon très différente, et, plus spécifiquement, le droit des contrats anglais est fondé sur des considérations distinctes du droit des contrats français. Cela a conduit à des différences notables dans le contenu des règles juridiques relatives au contrat : le contrat n'est pas défini de la même façon, la terminologie est évidemment différente, les mécanismes juridiques sont parfois, même souvent, dissemblables dans leur fonctionnement. Cependant, la place du juge par rapport au contrat a été conçue de façon semblable : en retrait du contrat, laissant les parties conclure leur marché sans interférer si ce n'est pour éventuellement contrôler les éléments de formation de la convention¹⁴⁶. En outre, les juges siégeant dans ces deux pays sont confrontés à des problèmes identiques, tels que l'interprétation du contrat, le changement de circonstances économiques au cours de l'exécution du contrat, l'utilisation par l'un des contractants de sa position de supériorité, etc. Observer comment les juges français et les juges anglais apportent une solution aux litiges qui leur ont soumis permet de mieux comprendre ce qu'est véritablement l'office du juge français en matière contractuelle aujourd'hui. Ainsi que l'écrit un auteur, « [le] *fait est que* [le droit anglais] *est différent et indépendant, qu'il suscite la comparaison et autorise un point d'appui à la critique. Sans lui, seul un effort de génie sans pareil aurait pu nous permettre d'envisager le Corpus Juris de l'extérieur* »¹⁴⁷. Le *Corpus Juris Civilis* a certes beaucoup inspiré le Code civil de 1804, mais ce dernier a depuis connu une réforme importante de son droit des obligations, et donc de son droit des contrats. La comparaison avec le droit anglais peut, aujourd'hui encore, apporter une nouvelle perspective sur le Code civil de 2020.

11. Des droits des contrats comparables. La comparaison entre deux éléments nécessite qu'ils présentent à la fois unité et divergence¹⁴⁸. En ce qui concerne l'office du juge

¹⁴⁶ Le contrat est conçu comme la chose des parties en France, v. *supra* n° 1, et le contrat est un considéré comme un marché, un « *bargain* », en Angleterre, v. *supra* n° 5.

¹⁴⁷ Frederick POLLOCK, « English opportunities in historical and comparative jurisprudence », in Frederick POLLOCK, *Oxford lectures and other discourses*, Londres : Macmillan, 1890, p. 47 : « *The point is that it is different and independant ; that it provokes comparison and furnishes a holding-ground for criticism. In its absence nothing but some surpassing effort of genius could have enabled us to view the Corpus Juris from the outside* ».

¹⁴⁸ Etienne PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 902 : « *L'on ne saurait en effet comparer que des entités qui, même si elles peuvent et doivent être à certains égards différentes, doivent au moins prêter à la comparaison, c'est-à-dire présenter cette unité minimale de nature sans laquelle la comparaison n'aurait aucune raison d'être ni aucun sens : il faut bien que ces droits soient tous admis comme constituant de véritables droits en dépit de leurs différences de contenus* ». V. aussi : Catherine VALCKE,

en droit privé des contrats en France et en Angleterre, il est possible de constater que chacun des éléments essentiels existe dans les deux pays. D'abord, le juge qui intervient en cas de litige est présent dans les deux systèmes. Ensuite, le contrat, plus largement la manifestation de volonté qui consiste à choisir de s'engager envers autrui pour effectuer une prestation et obtenir éventuellement quelque chose en retour. Enfin le « droit des contrats », c'est-à-dire l'ensemble de règles qui s'applique au contrat est présent dans les deux systèmes, quoique que sous des formes différentes¹⁴⁹. La France et l'Angleterre connaissent donc toutes les deux la figure contractuelle et ont attribué à un tiers, le juge, la possibilité de départager les parties en cas de conflit selon un corps de règles conçu spécifiquement pour la matière. Par conséquent, les deux systèmes présentent un degré de comparabilité. Ils présentent également un degré de différence. En effet, d'abord la figure contractuelle n'est pas conçue de la même façon en France et en Angleterre. Ensuite, le contenu des règles matérielles s'appliquant au contrat n'est pas identique. Par conséquent, il y a fort à parier que l'office du juge en matière contractuelle n'a pas exactement les mêmes contours en France et en Angleterre. L'office du juge en France et l'office du juge en Angleterre sont donc deux objets comparables.

12. Évaluer la présence de *legal transplants*. La méthode comparative permet de mettre à jour les emprunts effectués d'un système à l'autre qu'Alan WATSON, historien du droit, a nommé « *legal transplants* ». Deux visions principales s'opposent en ce qui concernent la faisabilité des *legal transplants*. Alan WATSON estime que les lois ne sont pas outre mesure façonnées par les sociétés qui les édictent et qui les appliquent, et que, par conséquent, les *legal transplants* sont fréquents et relativement faciles¹⁵⁰. À l'inverse, Otto KAHN-FREUND estime que le contexte géographique, économique et social dans lequel sont façonnées les lois les rend particulièrement adaptées aux pays qui les appliquent¹⁵¹. Il cite MONTESQUIEU selon lequel : « *Comme les lois civiles dépendent des lois politiques, parce que c'est toujours pour une société qu'elles sont faites, il serait bon que quand on veut porter une loi civile d'une nation chez une autre, on examinât si elles ont toutes les mêmes institutions, et le même droit politique* »¹⁵².

« Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems », *Am. J. Comp. L.*, vol. 52, n° 3, 2004, p. 720 qui préfère la dichotomie « *unity/plurality* », « *unité/pluralité* » ; Vivian GROSSWALD CURRAN, « Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives », *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 657 et Pierre LEGRAND, « Sur l'analyse différentielles des juriscultures », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, n° 2, p. 1053 qui utilisent la distinction « *sameness/otherness* », « *identité/altérité* ».

¹⁴⁹ V. *infra* n° 23 sur la différence entre la France, pays de droit écrit, et l'Angleterre, pays de droit jurisprudentiel.
¹⁵⁰ Alan WASTON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974, pp. 95-96.

¹⁵¹ Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *MLR*, vol. 37, n° 1, 1974), p. 7.

¹⁵² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, **livre XXIX, chap. 13**.

Otto KAHN-FREUND précise cependant que, depuis les travaux de MONTESQUIEU, les facteurs culturels ont perdu de leur vigueur comme obstacles aux *legal transplants*. Les sociétés occidentales se sont uniformisées, de telle sorte que les problèmes légaux relatifs au logement ou à l'emploi, par exemple, sont extrêmement similaires d'un pays à l'autre¹⁵³. En revanche, un nouveau facteur s'est développé, formant un obstacle considérable à la possibilité des *legal transplants* : les facteurs politiques¹⁵⁴. Selon cet auteur, l'évolution des sociétés occidentales vers une culture similaire s'est accompagnée d'un mouvement de « *différenciation politique* »¹⁵⁵ qui a pour effet d'entraver la possibilité des *legal transplants* de telle sorte qu'il est peu probable d'observer de nombreuses transplantations d'un système à l'autre. Ces deux perspectives sur la probabilité des *legal transplants* sont chacune utiles à la présente étude. Un auteur fit plus récemment remarquer qu'elles adoptent chacune un point de vue très différent quant à l'objet du *legal transplant*¹⁵⁶. L'approche d'Alan WATSON correspond à une « *vision macro-juridique* »¹⁵⁷ du *legal transplant* : il se concentre sur des *transplants* de grande ampleur, par lesquels un pays reçoit un pan entier d'une législation empruntée à une autre pays. La rayonnement du Code civil français par l'Europe continentale au 19^{ème} siècle ainsi que la réception de la *common law* anglaise dans tous les pays du *Commonwealth* en sont des exemples. Par contraste, l'approche d'Otto KAHN-FREUND correspond à une « *vision micro-juridique* »¹⁵⁸ du *legal transplant* : il se concentre sur des *transplants* de moindre ampleur, par lesquels un pays emprunte seulement des fragments d'une autre législation. Il faut retenir que les institutions législatives d'un pays sont perméables à l'influence de législations étrangères. Selon Alan WATSON, « *la plupart des changements dans la plupart des systèmes sont le résultat d'un emprunt* »¹⁵⁹. Le rayonnement du Code civil tout au long du 19^{ème} siècle le montre effectivement¹⁶⁰. Deux pays aussi proches géographiquement que la France et

¹⁵³ Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *MLR*, vol. 37, n° 1, 1974, p. 9.

¹⁵⁴ Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *MLR*, vol. 37, n° 1, 1974, p. 8. Ces facteurs politiques pourraient être conçus selon trois dimensions : la division entre le monde ayant adopté le communisme et le monde ayant adopté le libéralisme pendant la Guerre Froide, les versions diverses du régime démocratique dont les deux principales sont le régime présidentiel et le régime parlementaire, et enfin, le facteur le plus important selon l'auteur, la prolifération d'organisations, telles que des associations de consommateurs, des entreprises importantes ou encore des groupes religieux, défendant des intérêts très variés et influençant la création, le maintien ou la disparition de certaines lois, v. *ibid.*, pp. 11 et 12.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁶ Eric STEIN, « Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law », *Nw. U. L. Rev.*, vol. 72, n° 2, 1977-1978, p. 203.

¹⁵⁷ Eric STEIN, « Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law », *Nw. U. L. Rev.*, vol. 72, n° 2, 1977-1978, p. 204.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 203.

¹⁵⁹ Alan WASTON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974, p. 94 : « *most changes in most systems are the result of borrowing* ».

¹⁶⁰ V. *supra* n° 1.

l'Angleterre, quoique de traditions juridiques très différentes, sont susceptibles de connaître des *legal transplants* issus de la législation de l'autre pays. En effet, selon Rodolfo SACCO, il existe deux types de changements légaux : l'innovation et l'imitation¹⁶¹. Alors que la première est très rare¹⁶², la seconde est la principale source de changement dans la législation d'un pays. L'auteur explique également qu'il existe deux causes principales à l'imitation : l'imposition et le prestige¹⁶³. La réception du Code civil de 1804 sans modification par la Belgique est sans doute le résultat d'une imposition puisque le territoire belge était annexé à la France. En revanche, sa réception ailleurs et notamment dans des pays très éloigné peut être perçue comme motivée par la qualité des dispositions qu'il contenait¹⁶⁴. En outre, l'influence unificatrice du droit de l'Union Européenne est significative, notamment en ce qui concerne le droit de la consommation¹⁶⁵ et l'office du juge en matière de clauses abusives dans les contrats de consommation. Ces facteurs augmentent les occasions d'emprunts mutuels de mécanismes juridiques entre les États membres, et particulièrement la France et le Royaume-Uni qui sont chacun riches d'une tradition juridique particulière.

La France et l'Angleterre sont deux pays de culture occidentale dont les justiciables sont susceptibles de rencontrer des problématiques factuelles similaires. Ces deux pays ont cependant construit leur droit, et plus spécifiquement leur droit des contrats, de façon très différente. Ils sont susceptibles de rechercher, ou d'avoir recherché, dans une législation différente, et offrant donc de riches pistes, par quels outils juridiques leurs juges seront le mieux à même de régler les litiges qui leur sont soumis. Les réponses peuvent avoir été trouvées par la transplantation, *a minima* de certains mécanismes juridiques voire de pans entiers de la législation étrangère considérée. L'existence de problèmes factuels similaires permet la mise en œuvre de la méthode fonctionnelle propre à la méthode comparative¹⁶⁶, et la conscience de la possibilité de *legal transplants* d'un pays à l'autre facilite l'identification des mécanismes juridiques français inspirés du droit anglais, et des mécanismes juridiques anglais inspirés du droit anglais. Il devient également possible d'évaluer le degré de *legal transplant* car la

¹⁶¹ Rodolfo SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment II of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, pp. 397s, spéc., p. 397 pour l'imitation, aussi nommée « *borrowing* », et p. 401 pour l'innovation.

¹⁶² *Ibid.*, p. 397.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 398.

¹⁶⁴ Rodolfo SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 2.

¹⁶⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29. V. *infra* n° 2 sur les tentatives d'unification et d'harmonisation des droits des contrats des États membres de l'Union Européenne.

¹⁶⁶ V. *supra* n° 8.

transplantation peut se faire avec des modifications par rapport au mécanisme juridique original. Trouver les causes de ces modifications, lorsque le *legal transplant* se fait du droit anglais au droit français mais également dans le cas inverse, permettra de déterminer les spécificités du droit français des contrats.

13. Méthode de traduction adoptée. L'étude d'un système étranger en vue de la comparaison suppose la consultation de sources variées dans la langue du pays concerné ainsi que la traduction des sources utilisées dans ce travail de recherche. Toutes les traductions ont été réalisées par l'auteur de la présente étude, sauf précision contraire. Cependant, la traduction juridique s'avérant un exercice périlleux, la citation initiale figurera en note de bas de page par souci de transparence. Qu'il s'agisse de décisions de justice, d'articles du Code civil ou de dispositions légales anglaises, ou encore de travaux doctrinaux, « *certaines expressions ne sont pas traduisibles* »¹⁶⁷ et leur traduction fait en réalité perdre le sens des termes traduits. Par exemple, traduire le terme anglais de *consideration* par le terme français « considération » obscurcit plutôt le sens de ce terme¹⁶⁸. Par conséquent, certaines expressions ou mots renvoyant à des notions juridiques anglaises sont désignées par le vocable anglais et leur sens est explicité.

14. L'omniprésence du juge français en matière contractuelle. De nombreuses études de droit privé ont été menées, ou sont en cours, sur l'office du juge judiciaire français dans un aspect soit de droit substantiel¹⁶⁹, soit de droit procédural¹⁷⁰. Certaines études ne se penchent pas sur l'office du juge lorsqu'il tranche le litige au moyen d'une décision de justice dans un cadre procédural défini, mais sur le contrôle dont il fait l'objet¹⁷¹ ou sur une modalité

¹⁶⁷ Rodolpho SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 11 : « [...] *some expressions are untranslatable* ».

¹⁶⁸ V. *supra* n° 5 et *infra* n° 508.

¹⁶⁹ Frédéric EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, 1994 ; Caroline MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. NBT, vol. 134, 2014 ; Annelieke GILLOTOT, *Relevé d'office du juge et droit de la consommation*, thèse, Université d'Avignon, 2014, dactyl. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01189277/document> (page consultée le 08/10/2020) ; Florence ITTAH, *Le juge et le contrat. Etude sur la résolution contractuelle des litiges*, thèse, Université Paris I, dactyl., 2021.

¹⁷⁰ Jacques MOURY, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile*, Lille : ANRT, 1987 ; Ahmed KHALIL, *La rectification des jugements civils. Contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, Lille : ANRT, 1988 ; Patricia AUBIJOUX IMARD, *Le dialogue dans le procès*, Lille : ANRT, 1999 ; Emmanuelle PETIT, *La mission de conciliation du juge : réflexions sur l'office du juge*, Lille : ANRT, 2008 ; Élise TERNYNCK, *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des technologies de l'Information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, Thèse, Université Lille 2, 2014, dactyl.

¹⁷¹ Gwénola KERBAOL, *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, Lille : ANRT, 2004 ; Eliane DE VALICOURT, *L'erreur judiciaire*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005 ; Jane-Laure BONNEMAISON, *La responsabilité juridictionnelle*, Thèse, Université Paul Verlaine - Metz, 2011, dactyl. [En ligne] <https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01749170/document> (page consultée le 08/10/2020)

spécifique de l'exercice de son office¹⁷². Certains travaux portent sur le contentieux contractuel¹⁷³. Le contentieux contractuel correspond à un domaine privilégié de l'intervention du juge. En effet, dans un droit des contrats français fondé sur la force obligatoire du contrat¹⁷⁴, la conception du juge comme un simple serviteur du contrat a été largement remise en cause par les changements successifs dans le droit positif. Depuis le Code civil de 1804, la législation relative aux contrats a connu de nombreuses évolutions : le développement du droit des contrats spéciaux, la réforme du 10 février 2016, les interprétations et les applications faites par les juges de la législation en vigueur, qui ont également fait l'objet d'évolutions importantes au fil des décisions de justice. Tous ces facteurs ont engendré une multiplication des mécanismes juridiques qui font du juge un acteur essentiel du contrat. De façon générale, le juge français dispose aujourd'hui d'un pouvoir d'intervention considérable dans la relation contractuelle. Quoiqu'il subsiste à certains égards une force obligatoire du contrat, le juge peut intervenir à un degré parfois tel que le contrat apparaît comme une opération tripartite. L'interprétation du contrat, la révision pour imprévision, le contrôle de l'abus dans la fixation du prix, sont autant de mécanismes juridiques dont le développement et la consécration ont élargi l'étendue de l'office du juge dans le contentieux contractuel. Se dessine en réalité une omniprésence des juges français en matière contractuelle. L'Angleterre constitue un système juridique de tradition certes différente, mais son droit des contrats est fondé sur une préoccupation analogue au principe français de la force obligatoire du contrat et de l'intangibilité qui en découle¹⁷⁵. En

¹⁷² Didier GUÉVEL, *Essai sur une tendance contemporaine : la dispersion de la fonction juridictionnelle*, Lille : ANRT, 1990 ; Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. BDP, 2000 ; Marie NAUDET-SÉNÉCHAL, *Le juge unique : essai d'une théorie générale*, Lille : ANRT, 2001 ; Guillaume DROUOT, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2016 ; Johanna AUDRY, *La professionnalisation du juge*, Thèse, Université de Toulon, 2016, dactyl. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01578606/document> (page consultée le 08/10/2020) ; Jade CHAPUT, *La collégialité dans le procès civil*, Thèse, Université de Pau, 2019, dactyl.

¹⁷³ Olivier GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, coll. IDA, 1999 ; Dirk BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, Paris : IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, 2011 ; Cécile DAVASSE-BONTE, *Le rôle du juge dans la rupture du contrat : étude de droit civil et de droit du travail*, Lille : ANRT, 2009 ; Marie-Noëlle ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail : essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 2014 ; Hariz SAIDANI, *La rupture du contrat*, Université de Toulon, 2016, dactyl. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01522102/document> (page consultée le 08/10/2020) ; Aude DOKA BOURA, *Le juge du contrat et la clause résolutoire*, Thèse, Université de Nantes, 2017, dactyl. [En ligne] <http://archive.bu.univ-nantes.fr/pollux/show.action?id=18962ce1-a92f-4463-a9df-0531f6f693b5> (page consultée le 08/10/2020) ; Alain LAGADEC, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse, Université de Toulon, 2017, dactyl. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02181938/document> (page consultée le 08/10/2020) ; Souleymane SIBY, *L'Office du juge en matière contractuelle*, thèse en préparation, Université de Chambéry, sous la direction d'Hélène CLARET ; Florence ITTAH, *Le juge et le contrat. Étude sur la résolution contractuelle des litiges*, Univ. Panthéon-Sorbonne, 2021, dactyl.

¹⁷⁴ V. *supra* n° 1.

¹⁷⁵ V. *supra* n° 5.

revanche, le droit positif anglais n'a fait l'objet que d'évolutions lentes et rares car il est marqué par la doctrine du *precedent* selon laquelle les décisions rendues par des tribunaux supérieurs ou égaux lient les juges¹⁷⁶. Une étude générale de l'office du juge dans le contentieux contractuel à la lumière de la comparaison avec le droit anglais s'impose pour mettre au jour toute l'étendue et la diversité actuelles de l'office du juge français en matière contractuelle.

15. La limitation de la comparaison. Ce travail de recherche est restreint au droit anglais. En effet, bien que la *common law*, entendue au sens de l'ensemble des décisions rendues par les cours anglaises, soit suivie dans la plupart des autres pays du *Commonwealth*¹⁷⁷, une étude de tous les systèmes de *common law* se révèle difficilement envisageable. Néanmoins, de rares arrêts issus de cours de Commonwealth seront parfois mentionnés lorsqu'elles font autorité dans l'ensemble des pays de *common law*, y compris en Angleterre. En outre, il s'agit d'étudier l'office du juge des cours anglaises et non celles du Royaume-Uni dans son intégralité car ce dernier ne connaît pas un, mais quatre systèmes juridiques différents. Le pays de Galles applique le droit anglais sans réserve : il connaît les mêmes législations élaborées par le Parlement anglais et ne dispose pas d'un système judiciaire distinct. En revanche, l'Écosse et l'Irlande de Nord présentent chacune des particularités qui rendent difficile une étude comparative entre droit français et droit du Royaume-Uni dans sa globalité. Une partie de la législation écossaise et irlandaise est élaborée par des parlements distincts¹⁷⁸ qui peuvent légiférer dans certains domaines. En matière civile, la Cour suprême du Royaume-Uni est également la cour suprême de l'Irlande du Nord et de l'Écosse. Néanmoins, l'Irlande du Nord dispose de sa propre *High Court* et de sa propre *Court of Appeal*. En ce qui concerne la matière civile, l'Écosse dispose également de ses propres tribunaux de première instance et de sa propre cour d'appel nommé *Court of Session*. Il faut en outre noter que l'Écosse a adopté un système juridique mixte, c'est-à-dire principalement fondé sur la *common law* mais intégrant des éléments de *civil law*. La comparaison avec le droit écossais peut présenter un intérêt dans le cadre d'une étude comparée¹⁷⁹, l'objectif de la présente étude est toutefois de montrer

¹⁷⁶ V. *infra* n° 19.

¹⁷⁷ Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2019, n° 110, p. 69 : « les anciennes colonies britanniques continuent à appliquer les précédents anglais et à suivre les évolutions du Common law ».

¹⁷⁸ Le Parlement écossais fut créé en 1999 par le *Scotland Act 1998*, 1998 c. 46 [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/contents> (page consultée le 19/08/2020). L'Assemblée de l'Irlande du Nord fut créée en 1998 par le *Northern Ireland Act 1998*, 1998 c. 47 [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/contents> (page consultée le 19/08/2020).

¹⁷⁹ V. par ex. : Laurence FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Stampfli, 2008.

comment deux systèmes juridiques traditionnellement opposés peuvent chacun s'assouplir et importer des outils issus de l'autre tradition juridique en les adaptant au système juridique hôte. Dans cette optique, l'analyse d'un système juridique mixte à mi-chemin entre les deux traditions juridiques présente un intérêt limité. Afin de delimitier le champ de l'étude, il convient de préciser ce qui est entendu par la notion de droit privé des contrats.

16. Le droit privé des contrats. Se demandant « *What is, then, meant by a “legal rule” ?* », « *Qu'entend-on par “règles de droit” ?* », Rodolpho SACCO écrit : « *Au début de leur recherche, [les juristes de civil law et de common law] ont, non pas une seule règle, mais un matériau juridique varié* »¹⁸⁰. Cet auteur nomme ce matériau les *legal formants* qui composent les systèmes juridiques¹⁸¹, à savoir le droit écrit, les décisions de justice et les travaux de la doctrine. Le matériau juridique à envisager est particulièrement fourni lorsqu'il s'agit d'étudier l'office du juge dans le contentieux contractuel. Premièrement, les contours de l'office du juge peuvent d'abord être posés par le législateur. Certaines lois attribuent au juge une mission, par exemple celle de « *trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »¹⁸², formulent des limitations éventuelles comme l'interdiction faite à la Cour de cassation de « *connaît[re] [...] du fond des affaires* »¹⁸³. Les lois imposent au juge des critères de raisonnement pour trancher un litige selon la, ou les questions, soulevées. Par exemple, lorsque deux contractants sont en désaccord sur le sens des termes utilisés dans leur contrat, l'article 1188 du Code civil impose au juge d'interpréter par principe le contrat « *d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ». La méthode fonctionnelle conduit à rechercher les mécanismes qui permettent aux juges français et anglais d'apporter des solutions à un problème identique¹⁸⁴. Cela amène à raisonner selon différents aspects du contentieux contractuel, tels que la question de la formation du contrat, celle de son interprétation, l'imprévision, les clauses abusives, etc. Par conséquent, l'étude présente successivement les mécanismes légaux tels qu'ils sont mis en œuvre par les juges français et anglais pour trancher les litiges. Les lois et règlements relatifs à la procédure civile font également partie de l'objet d'étude puisqu'elles encadrent les pouvoirs

¹⁸⁰ Rodolpho SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 22 : « [...] *at the outset of their search, they have, not a single rule, but a variety of legal material* ».

¹⁸¹ Rodolpho SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 22.

¹⁸² Art. 12, al. 1^{er} du CPC.

¹⁸³ Art. L. 411-2 du COJ.

¹⁸⁴ V. *infra* n° 8.

du juge et des parties dans le cadre du procès. Structurer l'étude autour des contentieux contractuels définis par les problèmes factuels posés au juge découle de la méthode fonctionnelle. En outre, un tel agencement doit favoriser la clarté de l'étude, car « *le droit des contrats, en raison de son hétérogénéité et de sa complexité, est rebelle, sinon aux synthèses, du moins aux travaux qui ont pour dessein de mettre en lumière les traits significatifs de son évolution* »¹⁸⁵. La clarté est encore davantage requise dans une étude comparative. Il n'est pas souhaitable de morceler les solutions pratiques données à un problème factuel par chacun des systèmes juridiques étudiés.

Deuxièmement, les travaux doctrinaux éclairent la notion d'office du juge : ils dressent le bilan de ce qu'est l'office du juge et s'expriment sur ce qu'il devrait être. Cela permet d'éclairer la réflexion sur la détermination des contours de l'office du juge et la pertinence des missions qui lui sont confiées.

Enfin, les décisions de justice constituent le matériau principal de cette étude pour plusieurs raisons. La première est que les décisions de justice font application des règles posées par le législateur, ou comblent parfois un silence de la loi, et sont façonnées par les juges afin d'apporter une solution aux litiges qui leur sont soumis. La décision de justice qui tranche le litige constitue le stade final de la réponse apportée par un système juridique à un problème donné. Par conséquent, l'analyse des décisions de justice en fonction des divers aspects du contentieux étudiés est d'abord cohérente avec la mise en œuvre d'une méthode fonctionnelle¹⁸⁶. Ensuite, contrairement aux lois ou aux travaux doctrinaux qui sont des discours, l'un contraignant l'autre non, sur l'office du juge, les décisions de justice sont l'œuvre des juges eux-mêmes et constituent à ce titre la manifestation tangible de leur office. Leur étude permet donc de renouveler le regard porté sur l'office du juge en se détachant le plus possible des préconceptions, et en envisageant directement le droit positif à travers la décision de justice.

Effectuer une recherche et une analyse approfondies des décisions relatives aux divers contentieux contractuels étudiés permet de mettre au jour le raisonnement et les critères retenus par les juges en application des lois applicables aux litiges qui leur sont soumis. Une telle recherche permet également de déterminer à quelle solution le juge parvient pour un type de

¹⁸⁵ Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de François Terré. L'avenir du droit*, PUF, coll. Études, mélanges, travaux, 1999, n° 1, p. 603.

¹⁸⁶ Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^{ème} éd., 2019, Oxford : OUP, p. 347.

litige donné et de dégager des tendances jurisprudentielles pour les contentieux étudiés. Cela nécessite l'étude d'une pluralité d'arrêts pour un même problème factuel. À défaut d'une telle recherche approfondie, il ne serait pas possible de connaître le droit positif et le droit des contrats tels qu'il est appliqués par les juges¹⁸⁷. L'étude détaillée d'un nombre important de décisions de justice permet de s'approcher au plus près de la réalité de l'office du juge en matière contractuelle. En outre, il n'est pas possible de se contenter de la seule étude des décisions des cours supérieures¹⁸⁸.

17. Le(s) juge(s). La présente étude porte sur le droit privé des contrats et concerne donc tous les juges judiciaires français et tous les juges anglais puisqu'il n'existe pas deux ordres distincts de juridictions au Royaume-Uni. Plus précisément, l'office du juge en matière contractuelle concerne aussi bien les contrats civils que les contrats commerciaux. La distinction entre ces deux types de contrat existe aussi bien en France qu'en Angleterre. En outre, il ne s'agit pas uniquement de s'intéresser aux Cours suprêmes, à savoir la Cour de cassation et la *House of Lords*, devenue la *Supreme Court of the United Kingdom* depuis une importante réforme opérée par le *Constitutional Reform Act* de 2005¹⁸⁹. Certains des membres de la *House of Lords*, nommés les *Lords of Appeal in Ordinary* ou *Law Lords*, étaient initialement à la fois magistrats et membres du Parlement. Depuis 2009, la *House of Lords* en tant qu'organisme judiciaire est distincte de la chambre haute du Parlement et a été renommée *Supreme Court of the United Kingdom*.

Il convient d'examiner également l'office des juges des juridictions inférieures. En ce qui concerne la France, il s'agit donc de s'intéresser également à l'office du juge du fond, notamment des cours d'appel car la quantité d'arrêts rendus par les tribunaux de première instance rend difficile leur étude. En ce qui concerne le Royaume-Uni, la *High Court of Justice*, la *Court of Appeal* et la *Supreme Court* « sont les plus importantes pour l'observateur souhaitant comprendre les spécificités de la tradition du Common law car ce dernier est

¹⁸⁷ Paul DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.*, 1956, pp. 73 et 74 : l'auteur décrit un « déphasage de l'analyse juridique par rapport à la réalité sociale » et estime que « [le] droit créé par les juges ne nous est d'ailleurs pas entièrement connu ».

¹⁸⁸ Marie-Anne FRISON-ROCHE et Serge BORIES, « La jurisprudence massive », *D.*, 1993, p. 287 : « la jurisprudence, sur laquelle converge la majeure partie des analyses et des synthèses juridiques, n'est le plus souvent appréhendée qu'à travers un nombre infime de décisions. Celles-ci ne peuvent être dès lors représentatives de la masse du contentieux dont elles sont extraites : il s'agira des arrêts rendus par les formations les plus solennelles des plus Hautes juridictions ou de décisions dont l'examen est retenu en raison précisément de l'originalité du point de droit abordé, de son caractère crucial, de l'incertitude de la réponse à y apporter ou encore de l'étrangeté de l'affaire traitée ».

¹⁸⁹ *Constitutional Reform Act* 2005, 2005 c. 4, Part 3, s. 23(1). [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents/enacted> (page consultée le 19/08/2020)

l'œuvre de ces seules juridictions supérieures »¹⁹⁰. L'étude de l'office du juge anglais se centrera donc principalement sur ces trois juridictions supérieures anglaises. La *Court of Appeal*, unique et commune à l'Angleterre et au Pays de Galle¹⁹¹, revêt une importance particulière car c'est le plus souvent elle qui fixe la jurisprudence sur des points controversés¹⁹². Le *Master of the Rolls*, magistrat présidant la section civile de cette cour, occupe une place importante dans la construction du droit anglais. Les écrits des *Masters of the Rolls* successifs seront d'une aide particulière pour cerner le contenu du droit anglais des contrats et en dégager l'office du juge en la matière. Certaines décisions du *Privy Council*, dernière juridiction d'appel dans certains pays du *Commonwealth*, seront également étudiées. Ce Conseil est composé principalement de juges siégeant à la *Court of Appeal* et à la *Supreme Court*. Par conséquent, ces décisions façonnent aussi le droit anglais et sont parfois cités par les juges siégeant à la *Court of Appeal* et à la Cour suprême comme des *precedents* applicables à l'espèce. En ce qui concerne le choix des arrêts étudiés, il repose essentiellement, en ce qui concerne les arrêts français, sur des mots-clés entrés sur les bases de données juridiques principales, Dalloz et LexisNexis, et également sur l'aide des chroniques de jurisprudence réalisées par les auteurs. En ce qui concerne les arrêts anglais, la portée d'une décisions anglaise est mesurée grâce au nombre d'arrêts ultérieurs où elle est citée positivement, c'est-à-dire que le juge confirme qu'il considère que la règle posée par cet arrêt est toujours en vigueur, voire des arrêts ultérieurs où elle est appliquée aux faits de l'espèce. La présente étude s'est efforcé d'avoir en priorité recours aux *landmark cases* du droit anglais des contrats, c'est-à-dire aux arrêts importants qui posent des règles décisives du droit des contrats, identifiés par la base de données *WestLaw* ainsi que par les manuels de droit des contrats et les travaux doctrinaux. Si les juridictions anglaises rendent beaucoup moins de décisions que les juridictions françaises¹⁹³, il s'agit d'arrêts beaucoup plus longs ce qui s'explique par de profondes divergences entre la France et l'Angleterre en ce qui concerne la part accordée au juge dans la création du droit.

Un auteur fait remarquer qu'il « *existe deux traditions juridiques en Europe – l'une romaniste et l'autre de common law – qui animent de manière souterraine, inconsciente, les*

¹⁹⁰ Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2019, n° 141, p. 84.

¹⁹¹ *England and Wales Court of Appeal*.

¹⁹² René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 10, p. 14. V. aussi John Anthony JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du precedent », *Arch. Phil. Dr.*, t. XXX, 1985, p. 113.

¹⁹³ Les juridictions civiles françaises ont rendus en 2021 environ 2 millions de décisions pour environ 800 000 décisions rendues au Royaume-Uni.

*attitudes décisives des individus dans l'organisation juridique de leur société [...] »¹⁹⁴. La comparaison entre deux systèmes de traditions juridiques différentes permet d'éclairer le regard porté sur le droit national, mais une vigilance particulière doit être apportée aux spécificités de chaque système. Il convient de ne pas forcer le trait de la similitude. Par conséquent, un rappel des particularités du système anglais et de ses divergences les plus essentielles avec le système français s'avère nécessaire pour éviter cet écueil. Parce que « [le] *sens des institutions échappe à celui qui n'en connaît pas la genèse historique* »¹⁹⁵, il est indispensable de poser quelques éléments historiques et théoriques en ce qui concerne le système anglais afin de mieux saisir l'objet de la présente étude. Les décisions de justice constatant le matériau principal de cette étude, elles doivent en premier lieu faire l'objet de précisions.*

18. Particularités des décisions de justice anglaises. Les décisions françaises et anglaises présentent des motifs et un dispositif. Les motifs correspondent à une « *partie du jugement qui constitue le soutien rationnel de l'argumentation en expliquant la solution adoptée en droit, par le juge [...]* »¹⁹⁶. Le dispositif correspond à la « *partie d'un jugement dans laquelle le juge dit le droit et à laquelle est attachée [en France] l'autorité de chose jugée* »¹⁹⁷. Les motifs et le dispositif en droit anglais forme un tout nommé la *ratio decidendi*. Cette expression vient des termes latins « *ratio* » qui signifie « *raison, cause* »¹⁹⁸, et *decidere* qui est la contraction de « *de* » et de « *caedere* » qui signifie « *couper* »¹⁹⁹. Il s'agit donc de la « *raison de la décision [du juge]* »²⁰⁰ qui tranche le litige. Au sens strict, il faut entendre par « *décision* » la solution donnée au litige entre les parties et fixée dans la *ratio decidendi*. Plus largement, la *ratio decidendi* peut être définie comme « *la signification fondamentale d'une affaire en tant que précédent, les arguments factuels et juridiques nécessaires pour parvenir à la décision*

¹⁹⁴ Pierre LEGRAND, « Sur l'analyse différentielles des juriscultures », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, n° 46, pp. 1067-1068. Certes, l'auteur écrit cela pour souligner que l'existence d'une tradition juridique n'empêche pas « la singularité des personnes ».

¹⁹⁵ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 2.

¹⁹⁶ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2021, p. 158.

¹⁹⁷ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2021, p. 156.

¹⁹⁸ John BOUVIER, *A law dictionary, adapted to the Constitution and laws of the United States of America, and of the several states of the American union; with references to the civil and other systems of foreign law*, vol. II, 1874, Philadelphia : J. B. Lippincott & Co., p. 411.

¹⁹⁹ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*. [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/etymologie/decider> (page consultée le 14/10/2020)

²⁰⁰ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 142 : « *the reasons for his decision* ».

d'octroi ou de refus des prétentions dans un litige donné devant le tribunal »²⁰¹. Par conséquent, les décisions de justice françaises et anglaises offrent de nombreux points de comparaison primordiaux d'abord par leur contenu parce qu'elles permettent d'identifier la solution donnée à un problème factuel identique par les juges français et anglais. En outre, les décisions de justice anglaises présentent la particularité d'être composée, outre de la *ratio decidendi*, d'un autre élément nommé l'*obiter dictum*²⁰². Il s'agit « des commentaires faits par le juge à l'occasion de son jugement sur des questions de droit autres que la question précise à lui posée »²⁰³, des « remarques du juge formulées dans ses écritures qui ne sont pas essentielles à la décision »²⁰⁴. Il faut noter que les *obiter dicta* d'une décision ont leur importance car ils peuvent souvent servir de motivation à un arrêt ultérieur. L'analyse des décisions de justice permet aussi un éclairage sur la façon dont le juge présente son raisonnement aux justiciables. Le style de rédaction des décisions est très différent en France et en Angleterre. Outre la présence de nombreux *obiter dicta* dans les décisions anglaises, figure également le raisonnement de chacun des juges siégeant dans le tribunal saisi. En France, cela n'est pas le cas puisque les juges, même en formation collégiale, s'exprime d'une voix unique en vertu du principe de l'unité de la magistrature.

Les décisions anglaises sont donc beaucoup plus longues que les décisions françaises et leur analyse nécessite une lecture attentive pour déceler la *ratio decidendi* et les éventuels *obiter dicta* qui n'ont pas la même force contraignante envers les magistrats qui seront amenés à se prononcer sur une affaire similaire. En effet, outre la différence dans la rédaction, les décisions de justice anglaises présentent la particularité de lier les juges siégeant dans une cour inférieure. Ce principe est nommé la règle du « *precedent* », aussi nommée « *stare decisis* ».

19. La règle du *precedent* ou *stare decisis*. Initialement, les juges des cours royales anglaises « [avaient] *tendance à tenir compte des décisions par eux rendues antérieurement en des affaires analogues ; non pas que ces décisions aient à leurs yeux valeur de précédents obligatoires, mais parce qu'il ne serait pas raisonnable de rendre des décisions tantôt en un*

²⁰¹ Stephen M. SHEPPARD (dir.), *Bouvier Law Dictionary*, Compact Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 762 : « *the core significance of a case as precedent, the factual and legal arguments necessary to reach the decision upon which relief was granted or denied in a given dispute before the court* ».

²⁰² Quoique les *obiter dicta* soient conçus comme une particularité anglaise, il a pu être montré que la Cour de cassation en ferait usage dans une certaine mesure : Solenne HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation Étude de la jurisprudence civile*, Dalloz, coll. NBT, 2019.

²⁰³ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 142.

²⁰⁴ Stephen M. SHEPPARD (dir.), *Bouvier Law Dictionary*, Compact Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 761 : « *a judge's comments in an opinion that are inessential to its ruling* ».

sens et tantôt en un autre »²⁰⁵. Il faut attendre 1861 pour que la règle du *precedent* soit explicitement formulée comme un principe fondamental du système juridique anglais. Dans un arrêt rendu par la *House of Lords*²⁰⁶, Lord CAMPBELL écrit : « *la règle de droit que vos Lordships, siégeant judiciairement, en tant que dernière et suprême Cour d'Appel pour cet empire, posent comme le fondement de votre jugement doit être considéré comme loi jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par une loi du Parlement [...] La loi établie en tant que ratio decidendi, étant clairement contraignante pour tous les tribunaux inférieurs et pour tous les autres sujets de la Reine, si elle n'était pas considérée comme également contraignante pour vos Lordships, cette Chambre s'arrogerait le droit de modifier la loi et de légiférer par sa propre autorité séparée* ». Au sein d'une décision anglaise, c'est donc la *ratio decidendi* qui est assortie d'une force contraignante pour l'avenir. Il s'agit de « [l]a règle de droit que, dans une espèce donnée, le juge a dégagée et dont il a fait application devra être suivie à l'avenir, à certaines conditions, par d'autres juges anglais. Elle constituera un précédent judiciaire, et fera comme telle partie intégrante du système de droit anglais »²⁰⁷. C'est ce qui explique que le droit anglais soit un droit jurisprudentiel. Les décisions de justice rendues par les juges constituent « *l'équivalent de que sont pour [la France] les textes [des] codes et [des] lois écrites* » de telle sorte que « *le juriste anglais doit tirer de ces règles, qui ont été appliquées par les juges, la solution de tout problème de droit qui se pose à lui [...]* »²⁰⁸. De la même façon que les normes qui composent un droit écrit sont hiérarchisées, les *rationes decidendi* connaissent également une forme de hiérarchie qui se fait à travers celle des tribunaux : les règles de droit dégagées par une cour s'imposent pour l'avenir aux juridictions inférieures ainsi qu'à cette même juridiction. Traditionnellement, la *House of Lords* était également tenue d'appliquer ses propres décisions antérieures²⁰⁹. Depuis un *Practice Statement* de 1966²¹⁰, Lord Gardiner alors *Lord*

²⁰⁵ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 42.

²⁰⁶ Benjamin v. Beamish, *House of Lords*, 22 avril 1961, (1859-61) 9 HLC 274, 11 ER 735, pp. 338 et 339 : « [...] *the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament [...] The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority* ».

²⁰⁷ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 142.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 143.

²⁰⁹ London Tramways v. London County Council, *House of Lords*, 25 avril 1898, [1898] AC 375, [1898] UKHL 1.

²¹⁰ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 26 juill. 1966, 1966] 1 WLR 1234.

Chancellor²¹¹ fit une déclaration publique dans laquelle, après avoir rappelé l'importance de la règle du *precedent* dans le système anglais, il énonça « *qu'une adhésion trop rigide au précédent peut conduire à une injustice dans un cas particulier et restreindre indûment le développement correct du droit* ». Il précisa que la *House of Lords* « *propos[ait] donc de modifier [sa] pratique actuelle et, tout en considérant les décisions antérieures de cette chambre comme normalement contraignantes, de s'écarter d'une décision antérieure lorsqu'il apparaît opportun de le faire* ».

La règle du *precedent* n'est pas dénuée de vertus puisqu'elle donne de la cohérence et une continuité aux décisions rendues, ce qui permet aux justiciables d'avoir confiance en les juridictions. En revanche, elle favorise l'inertie du droit anglais en dépit de la conscience des magistrats de cette difficulté dont témoigne le *Practice Statement* de 1966. Dans un pays de *judge-made law*²¹², le caractère contraignant des décisions antérieures a pour conséquence de figer le droit positif, de faire obstacle à sa modification, là où le droit français peut évoluer par le biais d'une réforme législative. Celle-ci eut cependant lieu tardivement, en février 2016, certains auteurs n'hésitant pas à considérer le droit des contrats communs comme la « *belle endormie du Code civil* »²¹³. En réalité, cette réforme ne fit pour l'essentiel que codifier²¹⁴ les évolutions du droit des contrats élaborées et appliquées par la jurisprudence depuis plusieurs décennies²¹⁵. Au contraire du droit anglais, le droit français est donc plus facilement susceptible d'évoluer et de s'adapter à l'évolution de la société, et à la pratique et à la réalité du contrat.

20. La technique du *distinguishing*. Les juges anglais peuvent parfois s'écarter du *precedent* établi avant eux par une cour supérieure en procédant au *distinguishing* entre l'affaire précédemment jugée et celle qui leur est soumise²¹⁶. Ils doivent pour cela établir que les deux affaires sont « distinctes » en expliquant en quoi une ou plusieurs divergences observées dans

²¹¹ Le titre complet étant : Lord High Chancellor of Great Britain. Il s'agit d'une fonction détenant un rôle exécutif important au sein du Gouvernement britannique qui consiste notam. à participer à la nomination de certains magistrats, à savoir ceux de la *Supreme Court*, de la *Court of Appeal* ainsi que les chefs de divisions de la *High Court*.

²¹² Le Parlement anglais n'est pas inactif, mais il n'a légiféré que dans des domaines très restreints du droit des contrats : v. *supra* n° 23.

²¹³ Denis MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D.*, 2014, p. 291.

²¹⁴ La seule véritable innovation de la réforme du 10 fév. 2016 résidant dans la consécration de la révision judiciaire pour imprévision à l'art. 1195, al. 2 du C. civil.

²¹⁵ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 8 p. 7 : « la "pérennité formelle" du titre III du Livre III n'était plus qu'une "apparence" trompeuse ».

²¹⁶ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 153.

les faits de l'espèce nécessitent de s'écarter de la règle établie. Par ce biais, les juges anglais sont susceptibles de faire évoluer le droit positif et de créer de nouvelles règles, plus adaptées à certaines situations factuelles. Cependant, le *distinguishing* n'est que rarement mis en œuvre. De façon générale, la règle du *precedent* ainsi que l'autorité morale dont sont pourvues les décisions antérieures constituent un frein considérable à la liberté des juges de s'écarter des *rationes decidendis* existantes. Afin de préserver la sécurité juridique, les juges anglais manifestent souvent une grande réticence à modifier les règles établies²¹⁷, par exemple en matière d'ordre public²¹⁸, y compris lorsque le *precedent* a été établi par une décision très ancienne et serait susceptible de ne plus être adapté à la société contemporaine²¹⁹.

21. La distinction du *stare decisis* et de l'autorité de la force jugée. La *ratio decidendi* est assorti d'une force contraignante pour l'avenir ce qui pourrait suggérer un rapprochement avec l'autorité de la chose jugée en procédure civile française. En réalité, les deux notions sont distinctes. L'autorité de la chose jugée correspond à un « [a]ttribut de l'acte juridictionnel, résultant de la loi, lui conférant force de vérité légale et interdisant aux parties au jugement de le remettre en cause en dehors des voies de recours spécifiquement instaurées à cet effet ». L'autorité de chose jugée est attribuée exclusivement à « ce qui a fait l'objet du jugement »²²⁰, c'est-à-dire le sort des prétentions des parties. La règle du *stare decisis* confère à la *ratio decidendi* un effet beaucoup plus étendu : elle contraint d'autres juges que ceux qui ont rendu la décision pour l'avenir, c'est-à-dire qu'elle instaure une règle juridique qui a vocation à s'imposer à d'autres juges lorsqu'ils devront trancher d'autres litiges. La règle du *precedent* est renforcée par l'autorité conférée aux décisions de justice anglaises.

22. L'autorité conférée aux décisions des juges anglais. L'autorité qui est conférée aux décisions d'une juridiction par les magistrats qui se prononcent ultérieurement sur un litige similaire est considérable en Angleterre. Outre la cohérence des solutions apportées aux litiges, cette considération pour le raisonnement d'autres juges nourrit la préférence des juges anglais pour des décisions en conformité avec celles précédemment rendues. En effet, les juges anglais répugnent à remettre en question le raisonnement tenu par l'un d'entre eux en raison d'une forme de respect mutuel. Lorsqu'une remise en question est formulée, elle s'accompagne

²¹⁷ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 150.

²¹⁸ V. *infra* n^{os} 128 et 129.

²¹⁹ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 150.

²²⁰ Art. 1355 du C. civil.

systématiquement de formules telles que « *l'éminent juge* »²²¹, « *respectueusement* »²²². Ces expressions laissent deviner que ce n'est pas seulement la qualité du raisonnement qui entrave la découverte d'une règle de droit différente ou contraire à celle précédemment établie, mais également une autorité morale. Cela est particulièrement flagrant en ce qui concerne les décisions de la *High Court of Justice*. Ces dernières, en vertu de la stricte règle du *precedent*, ne lient pas les juges de la *Court of Appeal* ou de la *Supreme Court* mais sont tout de même assorties d'une « *grande autorité morale* »²²³, y compris auprès des juridictions supérieures. La règle du *precedent*, renforcée par l'autorité morale conférée aux décisions des tribunaux anglais, constitue la base d'un droit jurisprudentiel *a priori* très différent du droit français.

23. Légicentrisme et *judge-made law*. Le fondement de la règle du *stare decisis* réside en grande partie dans l'idée que les décisions de justice ne peuvent fluctuer d'une juridiction à l'autre ou d'une année sur l'autre sans que soient compromises la sécurité juridique et la cohérence du droit positif. Cependant, le *stare decisis* trouve d'autres sources, notamment l'attachement des juges anglais à la pratique et aux faits qui découle de la construction historique de la *common law*²²⁴. Plus généralement, le souci de sécurité juridique ayant donné lieu à la règle du *precedent* ainsi que l'attachement du droit anglais aux faits explique la nature jurisprudentielle du droit anglais. Les règles de droit sont façonnées par les juges au gré des situations particulières²²⁵. Les décisions de justice, rendues à l'occasion d'un litige correspondant à un cadre factuel précis, sont donc la source première du droit anglais. À l'inverse, la France est un pays de droit écrit dans lequel la source principale du droit est la loi, formulée de façon générale et abstraite.

Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait penser, le Parlement anglais est loin d'être inactif. Certes, la production législative du Parlement anglais est moindre par rapport à

²²¹ « *The learned judge* ».

²²² « *I respectfully disagree* » ou « *I believe, with respect, that he was wrong* ».

²²³ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 148.

²²⁴ V. *supra* n° 5.

²²⁵ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 13 : « *The legal reasoning of a common lawyer does not start from a general principle –such as a general legislative principle which might typically be found in 'code' in a civil law system. The answers to legal questions –and the solutions to legal disputes– are generally based on facts of the case in question and the particular solutions of earlier individual cases, rather than generalised statements of principle* » ; « *Le raisonnement juridique d'un juriste de common law ne part pas d'un principe général - tel qu'un principe législatif général que l'on pourrait trouver dans un "code" dans un système de droit civil. Les réponses aux questions juridiques - et les solutions aux litiges juridiques - sont généralement basées sur les faits de l'affaire en question et les solutions particulières des cas individuels précédents, plutôt que sur des déclarations de principe généralisées* ».

celle du Parlement français, mais il a légiféré en matière contractuelle à travers plusieurs *Acts of Parliament*²²⁶. Certaines de ces législations correspondent à la transposition en droit interne de directives européennes²²⁷, mais de nombreux *Acts* ont été élaborés en vue de régler certaines questions de droit interne des contrats. Dans l'ordre chronologique, il est possible de citer par exemple le *Law of Property Act* de 1925 qui impose la formation d'un contrat écrit pour les transferts de droits portant sur des biens immobiliers²²⁸. Le *Misrepresentation Act* de 1967²²⁹ relatif à la *misrepresentation*, c'est-à-dire au comportement par lequel une partie a induit en erreur son cocontractant vis-à-vis des circonstances de conclusion du contrat ou de la chose objet du contrat²³⁰. Le *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999²³¹ créa, sans remettre entièrement en question le principe de l'effet relatif du contrat établi par la jurisprudence²³², un recours permettant à un tiers au contrat d'en solliciter l'exécution dans certains cas²³³. La *statute law*, c'est-à-dire la loi écrite créée par les *Acts of Parliament*²³⁴, est hiérarchiquement supérieure aux décisions de justice antérieures et est susceptible de compléter voire de modifier les solutions jurisprudentielles précédemment établies. Cependant, en droit anglais, la loi écrite demeure une source secondaire du droit au sens où elle est moins développée que le droit écrit en France. Historiquement, l'essentiel du droit des contrats a été développé par les juridictions royales par le biais de la *common law*²³⁵, la jurisprudence constituant donc la première source du droit des contrats. Le terme *common law* désigne donc aussi un type de système juridique, dont le Royaume-Uni est le précurseur, dans lequel le droit est avant tout contenu dans les

²²⁶ Proposition de loi approuvée par la *House of Commons*, chambre basse du Parlement britannique, et la *House of Lords*, chambre haute, et ayant reçu le *Royal Assent* par le monarque anglais, cf. [En ligne] <https://www.parliament.uk/> (page consultée le 13/05/2023)

²²⁷ La législation aujourd'hui en vigueur est le *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents> (page consultée le 09/09/2020) Il fusionne et simplifie les lois suivantes : le *Sale of Goods Act* de 1979 qui demeure cependant applicable en matière de contrat de vente entre professionnels, le *Supply of Goods and Services Act* de 1982, l'*Unfair Contract Terms Act* de 1977, l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999, 1999 n° 2083 qui remplaçait le précédent en implémentant la directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29. Le *Consumer Rights Act* est entré en vigueur le 26 mars 2015. Cependant, bon nombre de dispositions, notamment celles relatives aux clauses abusives, sont entrées en vigueur le 1^{er} oct. 2015.

²²⁸ *Law of Property Act 1925*, 1925 c. 20, s.52(1).

²²⁹ *Misrepresentation Act 1967*, 1967 c. 7.

²³⁰ V. *infra* n° 45.

²³¹ *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, 1999 c. 31.

²³² *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. Selfridge & Co Ltd*, *House of Lords*, 26 avril 1915, [1915] UKHL 1, [1915] AC 847.

²³³ *Ibid.*, s.1(1) : il faut soit que ce contrat le prévoit expressément, soit que ce contrat prévoit que soit conféré un certain bénéfice à ce tiers nommément cité.

²³⁴ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 95.

²³⁵ V. *supra* n° 5.

décisions de justice. En raison de l'attachement aux faits en Angleterre, le droit ne peut être un ensemble de règles générales et abstraites : « [le] *droit est la pratique, pas une représentation théorique de la pratique* »²³⁶. Cette conception du droit explique l'absence de théorie générale du contrat dans la doctrine anglaise.

24. L'absence de théorie générale du contrat en Angleterre. La règle du *stare decisis* s'explique également par la méfiance anglaise vis-à-vis de la théorie et des grands principes. Le droit français est un droit savant, conçu à travers un « *culte de la raison* »²³⁷, dans la mesure où il est en grande partie issu de travaux doctrinaux : d'abord, l'exégèse²³⁸ du *Corpus juris civilis* romain²³⁹, puis l'étude et de l'interprétation du Code civil de 1804 par l'École historique du droit fondée en Allemagne par SAVIGNY. Ces derniers travaux ont donné naissance à la théorie de l'autonomie de la volonté dont découlent les trois principes fondateurs de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat, et de bonne foi dans l'exécution du contrat²⁴⁰. En revanche, la doctrine anglaise ne présente pas la même volonté que la doctrine française de rationaliser le droit et d'y dégager une cohérence : « *le droit anglais n'[a] jamais été logiquement ordonné, mais [est] le produit d'une évolution historique* »²⁴¹. Cela explique qu'aucune théorie du contrat en Angleterre n'a été, de près ou de loin, formalisée de la sorte. À titre d'exemple, la notion de *consideration* en matière contractuelle obéit à des règles très pragmatiques car tirées du bon sens et de la pratique du contrat en Angleterre²⁴². Elle est dépourvue de constructions théoriques, plus caractéristiques du droit français. En effet,

²³⁶ Gerald POSTEMA, « Classical Common Law Jurisprudence (Part II) », *OUCLJ*, vol. 3, n° 1, 2003, p. 6 : « *Law is practice, not a theoretical representation of it* ».

²³⁷ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 10.

²³⁸ Correspond à une « *analyse interprétative d'un texte de la pensée d'un auteur* », cf. CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*. [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/etymologie/autonome> (page consultée le 11/10/2020)

²³⁹ V. *supra* n° 1.

²⁴⁰ V. *supra* n° 3.

²⁴¹ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 11. Le droit français est aussi le produit d'une évolution historique mais celle-ci est marquée par l'importance des travaux doctrinaux destinés à rationaliser les règles juridiques en vigueur. V. aussi : Catherine VALCKE, « Comparative History and the Internal View of French, German, and English Private Law », *Can. J. L. & Ju.*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 152 : « *A l'inverse du droit français, le droit anglais n'est pas ancré dans une tradition particulièrement intellectuelle* » ; « *Unlike French [...] law, English law is not rooted in an overly intellectual tradition* ». V. aussi *ibid.* p. 156 : « *The history of English law hence looks nothing like continental legal history. It is not an intellectual history; it is a political, institutional history. It is not a history of ideas; it is a history of facts-procedures, strategies, technicalities, institutions, power struggles, political compromises. It was not driven by intellectuals, thinkers, academics; it was manned by local merchants, lay people, counters, and legal practitioners-individuals who were on the whole much more comfortable with facts than ideas* ».

²⁴² V. *infra* n° 508.

l'ensemble du droit anglais, et notamment du droit des contrats, a pour principale source la jurisprudence ce qui entrave le développement d'une théorie générale du contrat telle qu'elle existe en France²⁴³.

25. L'Equity et la common law en droit anglais. L'Angleterre fut très peu réceptive à la redécouverte des principes du droit romain, ce qui explique que le droit anglais présente des particularités tout à fait inconnues du droit français. L'un des traits distinctifs du droit anglais est qu'il comporte deux ensembles de règles juridiques qui correspondent à deux façons distinctes pour le juge anglais de raisonner et de résoudre les litiges. En effet, la *common law*²⁴⁴ correspond au droit développé par les Cours royales en fonction des besoins du commerce²⁴⁵ selon « *ce qu'un homme du XIII^e siècle estimait juste et raisonnable* »²⁴⁶. S'est également développé un autre corps de règles nommé l'*Equity*. Aux 15^{ème} et 16^{ème} siècles, l'Angleterre connut une période de Renaissance qui facilita l'apparition de nouvelles idées. Les solutions juridiques imposées par les juridictions royales qui faisaient application de la *common law* ne donnaient plus satisfaction aux justiciables qui préférèrent se tourner vers le Chancelier²⁴⁷. À la fin du 15^{ème} siècle, se développa donc une autre juridiction : la cour du Chancelier. Cette dernière statuait sans jury²⁴⁸, ce qui lui permettait de rendre les décisions plus rapidement que les juridictions royales qui étaient en outre enfermées dans le respect du *writ* et donc d'une procédure particulièrement pesante et rigide²⁴⁹. Le Chancelier adopta une tout autre façon de trancher les litiges : « *il scrute la conscience des parties d'une manière qui est interdite au juge de Common law* » et « *se fondant sur la conscience et l'équité* », il « *peut réprimer les agissements malhonnêtes* »²⁵⁰. L'approche du Chancelier est donc très casuistique et les

²⁴³ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, n° 232 : « *tout esprit de système est étranger à ce droit* ».

²⁴⁴ Le terme désigne à la fois une famille de droits dans une acception large, mais dans une acception restreinte doit être compris comme s'opposant à l'*Equity*.

²⁴⁵ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 61, p.45. V. *supra* n° 5 sur l'idée que le droit anglais est un droit de marchands.

²⁴⁶ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 52.

²⁴⁷ Frederic William MAITLAND, *English law and the renaissance*, CUP, 1901 : les cours royales se vident au profit de la cour de Chancelier.

²⁴⁸ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 52.

²⁴⁹ Cette procédure constituait déjà une avancée par rapport à la lenteur de la procédure devant les cours locales, mais subsistaient des rigidités procédurales fâcheuses. Par ex., le choix du mauvais *writ* avait pour conséquence que le demandeur perde le procès sans possibilité de rectification. Or le choix entre deux *writs* pouvait s'avérer particulièrement difficile, cf. Scott v. Shepherd, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv.1773, 95 ER 1124, (1773) 3 Wils. K.B. 403. L'inexacte référence à une loi avait la même conséquence : Rann. v. Green, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1776, (1776) 2 Cowp. 474.

²⁵⁰ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n°61, p.45.

solutions n'ont pas vocation à être systématique. Le Parlement fusionna les Cours royales avec celle du Chancelier grâce au *Judicature Act* de 1873²⁵¹ et les juges anglais sont donc tous compétents pour connaître de toute demande d'*equitable remedy* sollicité par les parties. Il existe ainsi en Angleterre des actions en justice par lesquelles le demandeur exerce un *equitable remedy*, c'est-à-dire un recours fondé sur le corps de règles nommé « *Equity* » et non pas sur les règles de *common law*. « *L'Equity* complète la *common law* »²⁵². Cette dualité de règles applicables revêt une importance particulière en matière d'office du juge puisqu'elle permet explicitement au juge anglais, dans certains cas limités, de porter un jugement de valeur sur le comportement des parties et de statuer en faveur de celui qui a agi de façon honnête.

L'office du juge anglais est élargi par l'existence de ces deux corps de règles permettant de trancher les litiges, à plus forte raison que « [l]a spécificité [d'*Equity*] réside uniquement dans l'absence d'automatisme de la reconnaissance des droits et dans la flexibilité de l'étendue des droits reconnus »²⁵³. L'existence d'un second ensemble de règles juridiques, caractéristique parfaitement inconnue du droit français, ainsi que le caractère non systématique des solutions auxquelles il aboutit, semble creuser un fossé entre les pouvoirs du juge français et ceux du juge anglais²⁵⁴. En réalité, elle peut au contraire susciter un rapprochement entre les outils mis à disposition du juge français et ceux mis à disposition du juge anglais en matière contractuelle. En effet, « *l'Equity se préoccupe de l'intention plutôt que de la forme* »²⁵⁵ et permet au juge anglais de fonder sa décision sur son appréciation du caractère honorable du comportement des parties. Or, s'il n'existe en France rien de comparable à un second corps de règles juridiques, il faut noter que le juge anglais qui a recours aux règles d'*Equity* utilise des notions telles que la bonne foi²⁵⁶ ou la conscience²⁵⁷, qui semblent plus caractéristiques du droit français, inspiré dès

²⁵¹ Matthew BROWN, Elisabeth Martichou-FABARON, Michel PERDU, Anne VAHL-OTTENWALTER, *The Language of English Law and Politics*, Ophrys, 2003, p. 106.

²⁵² André TUNC, « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n° 9, 1998, p. 127.

²⁵³ Caroline LARDAUD-CLAIRE, *Le changement de comportement du créancier en cours d'exécution. Étude de droit français et anglais*, Thèse, Université Lyon 3, 2015, dactyl., n° 396, n° 114, p. 124. [En ligne]

²⁵⁴ *L'Equity* est ainsi à la source de différences fondamentales et irréconciliables entre le contenu du droit français et du droit anglais. Par ex., les nullités de contrat « void » et « voidable » ne peuvent pas être assimilées aux nullités absolue et relative du droit français. En effet, non seulement les régimes ne concordent pas forcément, mais surtout, en droit anglais, le fondement de la distinction entre le contrat *void* et le contrat *voidable* réside, non pas dans la protection d'intérêts différents, privés ou généraux, mais précisément dans l'existence de deux corps de règles distincts, v. *infra* n° 44.

²⁵⁵ « *Equity looks at intent rather than form* », maxime établie par l'arrêt *Parkin v. Thorold*, *Court of Chancery*, 22 mai 1852, 51 ER 698.

²⁵⁶ V. *infra* n°s 427s sur l'*equitable estoppel* qui permet au contractant qui a prêté foi aux dires ou à la conduite de l'autre partie d'agir en vue d'obtenir la réparation du dommage ainsi subi, et v. n° 437 sur la *rectification* qui permet aux juges anglais, à la demande d'un des contractants, de retoucher l'*instrumentum* de façon à le rendre conforme à la volonté des parties.

²⁵⁷ Notam. par le biais de la sanction des *unconscionable bargains*, v. *infra* n° 522.

la promulgation du Code civil par le jusnaturalisme²⁵⁸. Cette constatation peut être un facteur de rapprochement de l'office des juges français et des juges anglais qui sont finalement chargés de définir les contours de notions juridiques *a priori* similaires.

Cependant, il convient de ne pas forcer la similitude. Initialement, la fusion des cours royales et des cours d'*Equity* mise en place par le *Judicature Act* devait constituer un frein au développement, à travers les règles d'*Equity* appliquées par le Chancelier, d'idées abstraites telles que la bonne foi qui étaient importées du continent et auxquelles les juges de *common law* étaient particulièrement hostiles. L'inévitable diversité d'appréciation des caractères honnête et honorable du comportement des parties d'un juge à l'autre suscita une grande méfiance. Ainsi que le montre l'histoire du développement de la *common law*, la majorité des juges et des juristes anglais préféraient les faits, les situations concrètes pour élaborer et envisager le droit²⁵⁹. À ce titre, il faut noter que le droit anglais des contrats fut principalement développé par les juridictions royales et beaucoup plus imprégné de la *common law* que d'*Equity*²⁶⁰. Cette étude le confirme puisque sur tous les problèmes factuels envisagés, seuls trois d'entre eux ouvrent aux plaideurs la possibilité de solliciter des juges anglais un *equitable remedy*²⁶¹. Outre cette précision relative au droit substantiel, il convient de préciser les points essentiels relatifs à la définition du contrat en droit français et en droit anglais.

26. Deux conceptions différentes du contrat. « *Le contrat, comme toute autre notion, concept ou catégorie juridique, est issu et ne se comprend que dans le système juridique qui l'a reçu, poli, transformé au cours des temps et de l'histoire* »²⁶². Pour comprendre le sens à donner aux termes « contrat » et « contract », il faut d'abord revenir sur les fondements de l'existence d'un accord juridiquement contraignant entre deux personnes en France et en Angleterre. En

²⁵⁸ V. *supra* n° 1.

²⁵⁹ V. par ex. Francis BACON, *The Maxims of the Law*, in James SPEDDING, Robert Leslie ELLIS and Douglas Denon HEATH, *The Works of Francis Bacon*, Boston : Brown and Taggard, vol. 14, 1861, p. 182 : « [...] *I could have digested these rules into a certain method or order [...] yet I have avoided so to do, because this delivering of know ledge in distinct and disjointed aphorisms doth leave the wit of man more free to turn and toss [...]* » ; « *J'aurais pu intégrer ces règles dans une certaine méthode ou un certain ordre [...] mais j'ai évité de le faire, car cette transmission du savoir dans des aphorismes distincts et disjoints laisse l'esprit de l'homme plus libre de se tourner et de se retourner [...]* ». V. aussi *supra* n° 24.

²⁶⁰ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 6.

²⁶¹ V. *infra* n^{os} 309s l'*equitable estoppel* qui permet au contractant qui a prêté foi aux dires ou à la conduite de l'autre partie d'agir en vue d'obtenir la réparation du dommage ainsi subi, v. n° 321 la *rectification* qui permet aux juges anglais, à la demande d'un des contractants, de retoucher l'instrumentum de façon à le rendre conforme à la volonté des parties, et v. *infra* n° 522 sur l'*unconscionable bargain*.

²⁶² Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Le contrat. Journées brésiliennes 2005*, t. LV, SLC, coll. : Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, p. 2.

matière contractuelle, le droit anglais raisonne en termes de promesses et non d'obligations²⁶³. Par conséquent, « [I]a différence entre “contract” et contrat provient d'une différence de concepts »²⁶⁴, quoique les termes soient semblables. En France, le « contrat » est défini par l'article 1101 du Code civil comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Il n'y a pas de définition légale du contrat en Angleterre. La définition vient surtout de la doctrine qui retient plus simplement que le contrat est un « engagement, ou un ensemble d'engagements, reconnu par le droit »²⁶⁵. Alors que le droit français raisonne de façon abstraite²⁶⁶ et voit dans le « contrat » la création de droits et d'obligations conférées aux contractants, l'approche du droit anglais est plus pratique : concrètement, un individu promet à un autre d'accomplir un acte ou de lui donner quelque chose, et l'autre individu fait de même. Par conséquent, le contrat en droit anglais a pour objet l'échange et l'acceptation de promesses, et l'exécution réciproque constitue l'objet de ces promesses. La notion d'obligation contractuelle n'est pas connue du droit anglais²⁶⁷. Les notions d'objet du contrat, entendu en droit français comme le « résultat global » que les parties cherchent à atteindre, et d'objet de l'obligation, désignant en droit français la « prestation due » par le débiteur au créancier, se confondent en droit anglais. Les termes « contrat » et « contract » désignent des notions juridiques différentes, à plus forte raison que les éléments constitutifs ne sont pas exactement les mêmes.

27. La rencontre de l'offre et de l'acceptation. En France, l'actuel article 1113 du Code civil dispose que : « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ». Ainsi, sur le fondement de l'adage *Pacta sunt servanda*, la rencontre entre l'offre et l'acceptation suffit, dans la conception française, pour constituer un contrat. Il suffit que les parties se soient entendues sur ce à quoi

²⁶³ Le terme d'obligation tel qu'il est compris en droit français est étranger au droit anglais qui emploie plutôt le terme de « promesse », ce qui s'explique par l'histoire du droit anglais, v. *supra* n° 26. V. aussi : René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 72, pp. 52s

²⁶⁴ Rodolpho SACCO, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *AJCL*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 13.

²⁶⁵ Frederick POLLOCK, « English opportunities in historical and comparative jurisprudence » in *Oxford lectures*, Londres : Macmillan, 1890, cité par René DAVID, David PUGSLEY et Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^e éd., 1985, n° 78, p. 58. V. aussi Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 1-001, p. 1 : « *A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law* » ; « *Un contrat est un accord donnant naissance à des obligations qui sont appliquées ou reconnues par le droit* ».

²⁶⁶ V. *supra* n° 24 sur le caractère savant du droit français.

²⁶⁷ Giuseppe GANDOLFI, « Le Code européen des contrats », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain. Colloque du 22 juin 2007*, vol. 8, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 119.

chacune est tenue, ou sur ce que l'une d'elles est tenue de faire pour l'autre pour que le contrat naisse. En revanche, « [le] diptyque offre-acceptation est en droit anglais remplacé par un tryptique : offre, acceptation, consideration. Il ne suffit pas, pour qu'un contrat existe, qu'il y ait une offre et une acceptation qui concordent. La promesse faite par une personne d'exécuter, au profit d'une autre, une certaine prestation n'a de valeur que si elle s'appuie sur une consideration, c'est-à-dire [...] le fait, ou l'engagement de l'autre, de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose en contrepartie »²⁶⁸. La place primordiale de la *consideration* en droit anglais vient de son lien avec la procédure civile car elle a historiquement donné naissance à l'action d'*assumpsit*²⁶⁹. Le contrat n'est pas formé en Angleterre par la simple rencontre d'une offre et d'une acceptation : les promesses échangées doivent chacune être pourvue d'une *consideration*²⁷⁰. Cela donne lieu à des divergences importantes car dans ce qui est considéré en droit français comme un contrat unilatéral, tel que la donation, le droit anglais ne voit pas de contrat puisque le gratifié ne promet rien en échange et n'offre donc pas de *consideration*²⁷¹. Cela explique que tous les contrats en droit anglais soient synallagmatiques.

28. La détermination de l'office des juges français et anglais en matière contractuelle. Cette étude entend déterminer les contours de l'office des juges civils français et anglais en matière contractuelle. Plus précisément, il s'agit, dans un premier temps, d'établir la véritable **étendue** de l'office du juge à travers une méthode empirique qui consiste en l'étude des décisions de justice et grâce au regard renouvelé par la comparaison. Dans un deuxième temps, l'étude s'efforce d'éclairer l'**objet** de l'intervention judiciaire, de déterminer sur quels éléments le juge est amené à raisonner et à exercer son contrôle. Dans un troisième temps, sera mise en lumière la **forme** de l'intervention judiciaire, c'est-à-dire les outils par lesquels le juge intervient dans le contrat. Enfin, les éléments précédemment envisagés devront permettre d'évaluer la **pertinence** de l'intervention judiciaire dans les divers aspects du contentieux

²⁶⁸ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 127, pp. 94-95.

²⁶⁹ V. *supra* n° 5.

²⁷⁰ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 128, p. 96 : « *L'adage Pacta sunt servanda est peut-être excellent pour le confessionnal, peut-être aussi pour les juridictions de marchands ; il serait insensé de demander aux juges de Sa Majesté de le sanctionner. Certains accords de volontés seulement seront par eux sanctionnés, au moyen de l'action d'assumpsit. L'existence ou la non-existence d'une consideration à l'engagement duquel se prévaut le demandeur va dans ces conditions constituer le critérium permettant de distinguer quels accords sont sanctionnés et quels accords ne sont pas sanctionnés par les Cours royales* ».

²⁷¹ Hormis cela, la *consideration* est conçue de façon très large, de telle sorte qu'une promesse portant sur une prestation à faible valeur économique ou dont la valeur économique n'est pas certaine permet de former un contrat contraignant reconnu par le droit, v. *infra* n° 0.

contractuel : cette étude entend contribuer à déterminer quelle peut et quelle doit être la place du juge en matière contractuelle. L'octroi de certaines prérogatives au juge, ou au contraire le refus de les lui reconnaître, est plus ou moins justifié selon les enjeux en présence et les missions qui lui sont confiées. Par conséquent, l'étude de l'objet, de l'étendue et de la forme de l'intervention du juge en matière contractuelle permet d'abord de déterminer les contours de l'office du juge en matière contractuelle. Il sera alors possible de déterminer l'opportunité de ses pouvoirs par rapport aux devoirs et missions qui sont les siens.

Traditionnellement, l'office du juge en matière contractuelle a fait l'objet d'un cantonnement aussi bien en France qu'en Angleterre. Les moyens de ce cantonnement furent différents. En France, la théorie générale du contrat pose le principe de la force obligatoire de ce dernier et donc de son intangibilité, faisant du juge un tiers au contrat qui est censé agir en simple serviteur du contrat. En Angleterre, l'attachement à la liberté contractuelle posée très tôt par les décisions anglaises a conduit à considérer que les parties étaient libres de et compétentes pour défendre leurs intérêts et qu'il n'appartenait pas au juge d'intervenir. Traditionnellement, l'office du juge dans le contrat est ainsi conçu de façon restrictive. Le juge se fait d'abord garant de la *sécurité contractuelle* dans le respect du principe selon lequel le contrat est la chose des parties (**Première partie**).

Cependant, les évolutions législatives et jurisprudentielles qu'ont connu le droit français et le droit anglais des contrats conduisent aujourd'hui à réévaluer l'étendue de l'office du juge en matière contractuelle. Les évolutions légales n'ont pas manqué de créer de nouveaux dispositifs qui permettent au juge d'intervenir dans la sphère contractuelle. Des préoccupations plus modernes sont nées et ont pris de l'ampleur aujourd'hui en la matière, conduisant à un élargissement des missions et prérogatives du juge, lequel est également devenu garant de la *justice contractuelle* en intervenant dans le contenu du contrat, ce qui fait du contrat la chose des parties et du juge (**Deuxième partie**).

Première partie : Le juge garant de la sécurité contractuelle : le contrat, chose des parties

Deuxième partie : Le juge garant de la justice contractuelle : le contrat, chose des parties et du juge

Première Partie – Le juge garant de la sécurité contractuelle : le contrat, chose des parties

29. Le sens et la validité du contrat. En vertu du principe de liberté contractuelle, les parties déterminent le contenu de leur contrat par un jeu de négociations, surtout dans le contrat de gré à gré qui constitue la figure classique du contrat. Or la volonté individuelle, en dépit de sa capacité à former les contrats, ne bénéficie pas d'une liberté absolue²⁷². Elle est encadrée par la loi qui exige des conditions de formation du contrat, outre la manifestation et la rencontre de volontés individuelles. C'est ce contrat valablement formé qui bénéficie de la protection du juge, garant de sa sécurité juridique. Avant de protéger le lien contractuel, le juge doit d'abord s'assurer de la validité du contrat (**Titre 1**). Une fois le contrat valablement formé, l'une des questions centrales qui se posent au juge est celle du sens du contrat. En France comme en Angleterre, l'interprétation de l'*instrumentum* est au cœur du contentieux contractuel. Le juge doit déterminer l'opération à laquelle tendait la volonté contractuelle des parties afin de garantir l'exécution du contrat, tel qu'il a été envisagé par elles. L'interprétation du contrat revient certes au juge en cas de litige, mais les parties disposent de nombreux outils leur permettant d'encadrer le pouvoir d'interprétation judiciaire et imposant au juge de se cantonner à la volonté déclarée des parties. La détermination du sens du contrat est donc partagée entre le juge et les parties (**Titre 2**).

²⁷² V. *supra* n^{os} 4 et 5.

Titre 1 – Le contrôle judiciaire de la validité du contrat

30. La volonté contractuelle encadrée par la loi. Tous les accords de volontés ne peuvent donner lieu à un contrat revêtant une force obligatoire. Cela est vrai aussi bien en France qu'en Angleterre. Il faut un accord de volontés pour former mais un contrat, mais cet élément ne saurait seul suffire à engendrer un contrat reconnu par le droit. En effet, ainsi que l'écrivait PORTALIS en réponse aux adeptes de ce qui serait nommé plus tard la théorie de l'autonomie de la volonté²⁷³ : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de la nature, et de consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi [...]* »²⁷⁴. En réalité, le droit exige certains critères pour que l'accord de volontés soit valablement formé et juridiquement contraignant. Le juge peut être amené à intervenir pour contrôler les conditions de validité du contrat. Ce dernier reposant sur un accord de volontés, les juges français et les juges anglais contrôlent l'intégrité du consentement afin de s'assurer que chacun des parties a consenti au contrat de façon libre et éclairée en vue de défendre ses intérêts (**Chapitre 1**). En outre, en dépit du principe de liberté contractuelle, toutes les opérations contractuelles ne sont pas licites. Certaines sont prohibées par la loi. Les juges français et les juges anglais peuvent être amenés à vérifier la licéité du contenu du contrat (**Chapitre 2**).

²⁷³ V. *supra* n° 1.

²⁷⁴ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris : Joubert, 1844, p. 160. Cela étant, que la volonté contractuelle soit contrôlée par la loi, que seuls soient licites les contrats légalement formés, ne suffit pas à remettre en question le consensualisme comme principe du droit des contrats et, partant, à remettre en question le fondement de l'autonomie de la volonté. Il faut comprendre le consensualisme dans son opposition au formalisme. Dans l'ancien droit romain, le formalisme était également, selon le contrat conclu, défini par diverses règles qui déterminaient son efficacité : nécessité de l'accomplissement de rituels, de la présence de témoins ou encore de l'échange oral de certaines formules spécifiques... L'existence d'un filtre de la loi n'empêchait pas que le formalisme constituât la clé de voûte de la formation du contrat dans l'ancien droit romain. De la même façon, l'existence d'un contrôle de la loi exercé sur la volonté contractuelle, pour vérifier sa conformité à certaines règles de formation et la non-contrariété de son contenu à des règles essentielles dites d'ordre public, n'empêche pas de considérer que la clé de voûte de la formation des contrats soit devenue la volonté individuelle.

Chapitre 1 – Le contrôle de l'intégrité du consentement au contrat

31. La protection des parties à travers le contrôle du consentement. Le droit français et le droit anglais des contrats sont fondés sur le principe de la prévalence de la volonté des parties qui donne naissance au contrat²⁷⁵. Dans un tel contexte, la protection du consentement contractuel occupe une place particulière dans l'office du juge chargé de contrôler les vices susceptibles d'affecter la volonté. Lorsqu'il constate un vice du consentement, le juge prononce la nullité du contrat, c'est-à-dire son anéantissement rétroactif. La sanction est donc lourde de conséquences et le rôle du juge n'en est que plus important.

32. Une préoccupation commune. Certains auteurs contestent l'existence d'une véritable théorie des vices du consentement en droit anglais : « *la Common law est un droit rude, rigoureux, primitif qui ne s'attarde pas à des recherches d'intention. Elle va en conséquence ignorer, à proprement parler, l'idée même des vices du consentement* »²⁷⁶. En dépit de cette absence de notion de vices du consentement, des mécanismes de protection du consentement issus de la *common law* existent en droit anglais des contrats²⁷⁷. Ils ont cependant des champs d'application particulièrement restreint par rapport aux notions françaises (**Section 1**). Les règles issues d'*Equity* sont venues compléter la *common law* avec une notion au droit anglais et inconnue du droit français, destinée à protéger également le consentement : l'*undue influence* (**Section 2**).

Section 1 - Une protection semblable du consentement : des mécanismes similaires

33. Un triptyque comparable. Le droit français et le droit anglais des contrats connaissent des mécanismes similaires qui permettent au juge de contrôler l'intégrité du consentement contractuel à travers trois éléments qui sont la méprise sur des éléments essentiels du contrat (§ 1), la tromperie du cocontractant (§ 2), et l'extorsion du consentement du cocontractant (§ 3).

²⁷⁵ V. *supra* n^{os} 1 et 5.

²⁷⁶ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n^o 232, p. 162.

²⁷⁷ Eva STEINER, *French law. A comparative approach*, Oxford : OUP, 2010, p. 322 : « Dans tous les systèmes juridiques européens considérés, le droit des contrats reconnaît une certaine forme de "défauts" qui peuvent annuler le consentement des parties. En effet, l'erreur, le dol et la contrainte sont des motifs courants d'invalidité d'un contrat dans la plupart des systèmes juridiques. Cependant, ces "vices" variés ne couvrent pas exactement les mêmes situations et ne conduisent pas à des conclusions similaires dans tous les cas ».

§ 1 - La méprise sur des éléments essentiels du contrat

34. Définitions. La méprise sur les éléments essentiels du contrat au stade de la formation du contrat²⁷⁸ est connue du droit français des contrats à travers la notion d'erreur. L'article 1132 du Code civil dispose : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable*²⁷⁹, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ». L'erreur suppose de croire vrai ce qui est faux ou de croire faux ce qui est vrai²⁸⁰. Dans ces hypothèses, le consentement est vicié en ce qu'il n'est pas éclairé selon l'adage : « *Non consentient qui errans* ». Pour éviter une trop grande insécurité juridique²⁸¹, seules les erreurs qui portent sur « *les qualités essentielles* » de la prestation ou du cocontractant sont susceptibles de donner lieu à l'anéantissement rétroactif du contrat.

Au Royaume-Uni, la méprise sur les éléments essentiels du contrat au stade de la formation du contrat se nomme *mistake*. Lorsqu'il s'avère que les parties sont dans l'erreur au sens où l'*instrumentum* ne reflète pas leur volonté, l'*instrumentum* peut faire l'objet d'une *rectification*²⁸². En revanche, certaines erreurs portent sur la réalité matérielle dans laquelle se situe le contrat : il existe entre les contractants un malentendu²⁸³. De telles erreurs affectent la volonté des parties et remettent en question, sous certaines conditions, l'existence même du *negotium*. En droit anglais, la notion d'erreur se divise en deux hypothèses : la *common mistake*

²⁷⁸ La disparition d'un élément essentiel pendant l'exécution du contrat correspond à la caducité du droit français des contrats et à la *frustration* du droit anglais des contrats, v. *infra* n° 656.

²⁷⁹ Ce critère est principalement évalué à travers l'expérience du contractant qui se prétend victime d'une erreur. V. par. ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 20 janv. 2021, n° 19/03382 où la cour eut à connaître d'un contrat de franchise et précisa que le document prévisionnel « *exagérément optimiste* » fourni par le franchiseur « *n'avait pas valeur contractuelle et n'engageait pas celui-ci sur les résultats annoncés* » et qu' « *il appartenait en réalité au franchisé de faire sa propre étude de marché, de sorte que s'il s'est mépris sur le caractère rentable de l'opération au niveau de son entreprise, cette erreur n'a pas été provoquée par une information établie et communiquée par le franchiseur. Il résulte donc de ces éléments que la nullité pour erreur du contrat de franchise ne peut pas être retenue* ». Parfois, le demandeur ne peut tout simplement pas se prétendre dans l'erreur car toutes les informations étaient à sa disposition : CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 8 sept. 2020, n° 18/01527 : « *C'est en vain que la société abonnée ayant souscrit plusieurs abonnements de téléphonie mobile argue de la nullité des contrats pour cause d'erreur sur la nature des prestations souscrites [car] les conditions générales et particulières du contrat signées par la gérante et portant le tampon de la société font expressément référence à la résiliation des contrats en cours, à la mise en œuvre de la portabilité des numéros de téléphone existant et au mandat confié à cet opérateur en vue d'y parvenir* ».

²⁸⁰ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2010, p. 297, sens B ; Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, t. 41, LGDJ, coll. BDP, 1985, p. 1.

²⁸¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 274, p. 305.

²⁸² V. *infra* n°s 437s.

²⁸³ « *Parties are at cross-purposes* », cf. Ewan MCKENDRICK, *Contract Law*, 14^{ème} éd., OUP, 2021, n° 4.6, p. 58.

et l'*unilateral mistake*. La première correspond à une « *croyance erronée partagée* »²⁸⁴ et la seconde à la croyance erronée d'une seule des parties. Dans l'hypothèse d'une *common mistake*, la réalité est A et les deux parties croient B ; dans l'hypothèse d'une *unilateral mistake*, la réalité est A, le vendeur croit A et l'acheteur croit B²⁸⁵. Cela permet déjà de déceler une différence non négligeable avec le droit français : ce dernier se place du point de vue de l'*errans* et il est alors indifférent que l'erreur soit partagée entre les parties. En revanche, il est nécessaire en droit français que la croyance erronée ait été déterminante du consentement de l'*errans*. Une telle condition n'est pas exigée par les juges anglais²⁸⁶ parce que, précisément, les deux parties partagent l'erreur²⁸⁷. Deux éléments peuvent faire l'objet d'une appréciation commune ou partagée par les parties : la méprise et le caractère essentiel de la qualité défailante. Le juge anglais exige ces deux éléments : il faut que les deux parties se méprennent sur l'existence de la qualité et que les deux parties la considèrent comme essentielle. Ce dernier critère est évalué à travers l'impossibilité de l'exécution du contrat tel qu'il a été initialement conçu. Le juge français exige seulement que les deux parties aient considéré la qualité défailante comme essentielle au moment de la formation du contrat, ce critère étant évalué à travers la notion d'« entrée dans le champ contractuel ». Pour cette raison, il faut se garder de nommer l'erreur en droit français « *erreur commune* »²⁸⁸. Néanmoins, un rapprochement est possible entre les notions d'erreur et de *mistake*, tant au niveau de leur définition (**A**) que de leur sanction qui réside dans l'anéantissement du contrat vicié (**B**).

²⁸⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-002, p. 353 : « *a shared mistaken assumption* ». Cela rend les cas de *common mistake* et de *frustration* difficiles à distinguer puisque dans l'hypothèse de la *frustration* les parties croient en une réalité qui s'avère fautive. La distinction résiderait dans la naissance de la réalité sur laquelle les parties font erreur. Si la circonstance sur laquelle les parties se trompent existait avant la formation du contrat, l'action en justice doit être fondée sur l'erreur ; si la circonstance sur laquelle les parties se trompent naît après la conclusion du contrat, l'action en justice doit être fondée sur la *frustration*.

²⁸⁵ Ce dernier type d'erreur donne rarement lieu à l'anéantissement du contrat. En effet, ces hypothèses correspondent rarement à des « *operative mistakes* » susceptibles d'anéantir le contrat en vertu des règles du droit anglais des contrats, v. *infra* n° 40.

²⁸⁶ Bell v. Lever Brothers Ltd, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161, p. 224.

²⁸⁷ Ce critère est en revanche exigé pour l'*unilateral mistake*, v. *infra* n° 41.

²⁸⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 282, pp. 312 et 313.

A) Le rapprochement des notions d'erreur et de *mistake*

35. Des notions comparables. Les notions d'erreur et de *mistake* sont comparables en ce que leur reconnaissance nécessite que l'objet de la méprise revête un caractère essentiel (1) et que cet objet eut été déterminant du consentement de l'*errans* (2).

1) Le caractère essentiel de l'objet de la méprise

36. L'existence d'une méprise. L'élément clé de la *common mistake* réside dans l'inexistence d'un état de fait particulier sur lequel repose le contrat. Cette idée a été clairement exprimée dans l'arrêt de principe *Bell v. Lever Brothers* rendu par la *House of Lords* en 1931²⁸⁹. Cette décision correspond à la « *naissance d'une doctrine de l'erreur contractuelle fondée sur le défaut de consentement* »²⁹⁰. En l'espèce, une société avait engagé deux salariés comme président et vice-président de son conseil d'administration. Les deux salariés spéculèrent secrètement sur le marché du cacao en utilisant leurs propres deniers. La société étant en partie spécialisée dans la vente de produits à base de cacao, ce comportement constituait une violation des contrats de travail²⁹¹ et aurait justifié leur résiliation. Ignorant leur activité de spéculation, l'employeur dut mettre fin aux contrats de façon prématurée en raison d'une fusion avec une autre société. Elle conclut avec les deux salariés des contrats ultérieurs prévoyant les modalités de résiliation et le montant d'une indemnisation visant à compenser la résiliation anticipée de leurs contrats. Découvrant plus tard les activités de spéculation, l'employeur agit en vue d'obtenir l'anéantissement de l'accord de compensation et le remboursement de l'argent. Il fit d'abord valoir une *misrepresentation* de la part des salariés²⁹². Il se fonda également sur l'existence d'une *unilateral mistake* : les salariés avaient une obligation de divulguer leurs activités et ne l'avaient pas respectée ce qui aurait justifié une résiliation anticipée des contrats de travail sans compensation. Enfin, l'employeur tenta de faire valoir subsidiairement une *common mistake* : les deux parties croyaient à tort que, dans l'hypothèse d'une résiliation prématurée des contrats, l'employeur devait payer une compensation et le salarié devait la recevoir.

La majorité de la *House of Lords*²⁹³ ne retint aucun des arguments avancés par

²⁸⁹ *Bell v. Lever Brothers Ltd, House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161.

²⁹⁰ Catharine MACMILLAN, *Mistakes in contract law*, Hart Publishing, 2010, p. 272 : « *the birth of a doctrine of contractual mistake based on a failure of consent* ».

²⁹¹ *Breach of contract*.

²⁹² *V. infra* n^{os} 45s sur la *misrepresentation* qui correspond à l'équivalent fonctionnel du dol, quoiqu'elle soit plus largement définie.

²⁹³ Viscount HAILSHAM et Lord WARRINGTON OF CLYFFE émirent des opinions dissidentes.

l'employeur et conclut à l'absence d'anéantissement des contrats de travail. Les juges furent particulièrement convaincus par la conception de la notion de *mistake* développée par l'avocat de la société : « *Chaque fois que l'on peut déduire des termes d'un contrat ou des circonstances qui l'entourent qu'un consensus a été atteint sur la base d'une hypothèse contractuelle particulière, et que cette hypothèse n'est pas vraie, le contrat est annulé : c'est-à-dire qu'il est void ab initio si l'hypothèse est un fait actuel et qu'il cesse de lier les parties si l'hypothèse est un fait futur* »²⁹⁴. Au sujet de cette proposition, Lord ATKIN précisa : « *Je pense que peu démentiraient cette affirmation, mais sa valeur dépend de la signification d'une "hypothèse contractuelle" et aussi de la véritable signification à attacher à "base", une métaphore qui peut induire en erreur* ». Il expliqua que « *si le contrat contient expressément ou implicitement une clause selon laquelle une hypothèse particulière est une condition du contrat, le contrat est anéanti si l'hypothèse n'est pas vraie* »²⁹⁵. Ainsi conçue, la notion de *common mistake* s'apparente à la caducité connue du droit français, si ce n'est que dans l'hypothèse d'une *common mistake*, l'élément fondamental n'existait pas dès la formation du contrat. Le caractère fondamental de l'élément qui fait défaut au moment de la formation du contrat serait un facteur de rapprochement de la notion française d'erreur et de la notion anglaise de *mistake*. Néanmoins, il n'est pas défini de la même façon.

37. Le caractère fondamental de l'objet de la méprise. Dans l'arrêt *Bell*, les juges retinrent que, pour qu'une *common mistake* soit reconnue, il convenait de déterminer si l'élément qui fait finalement défaut « *était d'un caractère si fondamental qu'il constituait une hypothèse sous-jacente sans laquelle les parties n'auraient pas conclu le contrat qu'elles ont effectivement conclu, ou s'il s'agissait seulement d'une erreur commune sur un élément matériel, mais qui ne touchait pas au cœur du contrat et n'affectait pas la substance de la contrepartie* »²⁹⁶. Trois des juges suprêmes estimèrent que l'erreur qui portait sur les conditions dans lesquelles les contrats de travail devaient être prématurément résiliés et la compensation

²⁹⁴ *Bell v. Lever Brothers Ltd, House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161, p. 225 : « *Whenever it is to be inferred from the terms of a contract or its surrounding circumstances that a consensus has been reached on the basis of a particular contractual assumption, and that assumption is not true, the contract is avoided: i.e. it is void ab initio if the assumption is of present fact and it ceases to bind if the assumption is of future fact* ».

²⁹⁵ Lord ATKIN in *Bell v. Lever Brothers Ltd, House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161, p. 225 : « *I think few would demur to this statement, but its value depends on the meaning of a "contractual assumption" and also upon the true meaning to be attached to "basis", a metaphor which may mislead [...] The proposition does not amount to more than this, that if the contract expressly or impliedly contains a term that a particular assumption is a condition of the contract, the contract is avoided if the assumption is not true* ».

²⁹⁶ Lord ATKIN in *ibid.*, p. 205.

correspondante à verser ne portaient pas sur l'objet du contrat²⁹⁷. L'objectif de l'employeur au moment de la signature des accords relatifs aux compensations dues aux salariés était de se défaire des contrats de travail. L'employeur avait pu obtenir ce résultat par la signature des accords ; peu importait qu'il eût été possible pour lui d'obtenir un résultat identique s'il avait eu connaissance de l'inexécution contractuelle commise par les salariés qui lui aurait permis de ne pas payer des indemnités de résiliation anticipée²⁹⁸. Par conséquent, l'inexécution contractuelle qui aurait permis à l'employeur de se libérer des contrats sans payer une compensation n'était pas un élément fondamental. L'appréciation du caractère fondamental de l'élément qui fait l'objet d'une méprise des parties peut s'avérer délicate. Dans l'arrêt *Bell*, Lord WARRINGTON OF CLYFFE estimait, au contraire de la majorité, que l'erreur portait bien sur un élément fondamental²⁹⁹. La conception du caractère fondamental de la qualité défailante retenue par les juges anglais est particulièrement restreinte.

Un arrêt rendu par la *Court of Appeal*, sous l'impulsion de Lord DENNING alors *Master of the Rolls*, fit une tentative d'assouplissement de la notion de *common mistake* en proposant d'élargir la notion dans les règles d'*Equity*³⁰⁰. Le litige opposait un bailleur louant un appartement pour 250 livres par an et son locataire. Tous les deux croyaient que la réglementation relative aux loyers³⁰¹ ne s'appliquait pas à la propriété. Le véritable loyer aurait dû être fixé à cent quarante livres. Lorsque le locataire se rendit compte de cette erreur, il agit en vue d'obtenir le remboursement des loyers trop-versés. Le bailleur sollicita l'anéantissement du contrat pour *common mistake*. La majorité de la *Court of Appeal*³⁰² conclut à

²⁹⁷ « *Subject-matter* ». Il ne s'agit pas forcément de la notion d'objet du contrat tel qu'elle est entendue en droit français mais plutôt de l'objectif poursuivi par les parties.

²⁹⁸ Lord ATKIN in *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161, pp. 223 et 224 : « *I have come to the conclusion that it would be wrong to decide that an agreement to terminate a definite specified contract is void if it turns out that the agreement had already been broken and could have been terminated otherwise. The contract released is the identical contract in both cases, and the party paying for release gets exactly what he bargains for. It seems immaterial that he could have got the same result in another way, or that if he had known the true facts he would not have entered into the bargain* ».

²⁹⁹ *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161, p. 208 : « *the terms on which the service agreements were to be prematurely determined and the compensation to be paid therefor, was in my opinion as fundamental to the bargain as any error one can imagine* » ; « *les conditions dans lesquelles les contrats de service devaient être déterminés prématurément et la compensation à verser à cet effet, était à mon avis aussi fondamentale pour le marché que toute erreur que l'on peut imaginer* ».

³⁰⁰ *Solle v. Butcher*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 25 nov. 1949, [1950] 1 K.B. 671, [1949] 2 All E.R. 1107.

³⁰¹ *The Rents Act 1977*, 1977 c. 42.

³⁰² Lord Justice JENKINS émit une opinion dissidente selon laquelle l'erreur en l'espèce était une erreur de droit, puisqu'elle portait seulement sur l'effet des lois en vigueur sur le contrat conclu, et n'était pas à ce titre un motif de résiliation. Il rappela que la seule *common mistake* susceptible d'aboutir à l'anéantissement du contrat porte sur le *subject-matter* ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque l'objectif du bailleur était de donner à bail

l'anéantissement du contrat en vertu d'*Equity*. Lord DENNING *M.R.* développa l'idée selon laquelle la reconnaissance d'une *common mistake* peut être refusée par la *common law* mais accordée par l'*Equity*, dont l'objectif est de sanctionner toute attitude qui puisse être *unconscionable*. Le juge nota qu'en l'espèce, le locataire était employé par le bailleur depuis plusieurs années pour procéder lui-même à la location d'autres appartements dans le même immeuble au prix de 250 livres. Il estima qu'en de telles circonstances, se fonder sur le *Rents Act* était une attitude opportuniste que l'*Equity* se devait de sanctionner. Il s'appuie sur un ancien arrêt de principe relatif à un contrat de bail³⁰³ qui fut « *mis de côté* »³⁰⁴ parce que la pêcherie qui faisait l'objet du contrat appartenait en réalité au locataire. Il était donc légalement impossible qu'elle fût louée à son propriétaire. L'arrêt *Solle v. Butcher* a eu pour effet d'étendre la notion de *mistake in equity*. Cette décision fut l'objet de nombreuses controverses puisqu'elle conduisit au développement de deux notions distinctes et différentes de *mistake*. La plupart des décisions étaient rendues sur le fondement de l'arrêt *Bell* et d'autres sur le fondement de l'arrêt *Solle*³⁰⁵ ce qui créa une confusion à laquelle l'arrêt *Great Peace Shipping* mit fin en 2002³⁰⁶.

En droit français, l'erreur n'est susceptible de provoquer la nullité du contrat que si elle est excusable³⁰⁷ et porte sur les « *qualités essentielles* » de la prestation due ou sur celles du contractant³⁰⁸. La Cour de cassation ayant consacré le pouvoir souverain des juges du fond en matière d'appréciation du caractère substantiel de la qualité manquante³⁰⁹, il convient d'exposer comment procèdent les juges pour évaluer ce critère. La notion d'essence, auparavant de

l'appartement en question et celui du locataire était d'occuper les lieux, *cf.* *Solle v. Butcher, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 25 nov. 1949, [1950] 1 K.B. 671 ; [1949] 2 All E.R. 1107, p. 705.

³⁰³ *Cooper v. Phibbs, House of Lords*, 31 mai 1867, [1867] UKHL 1.

³⁰⁴ *Set aside*.

³⁰⁵ *V. notam.* l'arrêt *Magee v. Pennine Insurance Co, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 mars 1969, [1969] 2 Q.B. 507, [1969] 2 W.L.R. 1278 : une réclamation en vertu d'une police d'assurance avait fait l'objet d'une transaction entre l'assuré et l'assureur. Les assureurs avaient ensuite découvert que les déclarations faites dans le formulaire de l'assuré, au moment de la signature du contrat d'assurance, étaient fausses. Ils informèrent l'assuré de l'anéantissement du contrat d'assurance et de la transaction car s'ils avaient connu la situation réelle de l'assuré, ils n'auraient pas conclu le contrat d'assurance. Les juges estimèrent que les parties avaient conclu le compromis en vertu d'une *common mistake* portant sur un élément fondamental, à savoir que l'assuré était couvert par la police d'assurance.

³⁰⁶ *V. infra* n° 38.

³⁰⁷ *V. par ex.* : CA Aix-en-Provence, 3^{ème} et 4^{ème} ch. réunies, 22 avril 2021, n° 18/03054 : les juges du fond retiennent que, dans le cadre de la négociation d'un contrat de cession de parts sociales, en présence d'un audit concluant expressément à la surévaluation du prix de cession, le cessionnaire ne peut se prévaloir d'une erreur excusable car il aurait dû renégocier le prix de cession ou retarder cette dernière pour approfondir sa connaissance de la situation de la société cédée.

³⁰⁸ Art. 1132 du C. civil.

³⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 26 fév. 1980, n° 78-15631, *Bull. civ. I*, 1980, n° 66, p. 54 : « *les juges du fond apprécient souverainement les qualités, qui dans le contrat, doivent être considérées comme substantielles aux yeux des parties* ».

« substance »³¹⁰, n'est pas limitée à la matière de l'objet du contrat³¹¹ selon une conception objective. Les juges du fond français retiennent également une conception subjective de la substance : « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté »³¹². Une telle définition, au contraire de celle retenue en droit anglais, est particulièrement étendue puisque « toute qualité qui peut apparaître essentielle et a pu induire le consentement »³¹³ est susceptible de constituer une qualité essentielle. Il existe deux modalités d'appréciation du caractère essentiel de la qualité dans la conception subjective : il peut être conçu *in concreto* ou *in abstracto*. La première consiste en la détermination de la qualité essentielle par rapport au contractant qui se dit victime de l'erreur : il lui reviendra donc d'apporter la preuve que la qualité était, pour lui, essentielle. La seconde modalité consiste en la détermination de la qualité substantielle par rapport aux usages et coutumes de la société à un moment donné, à ce qu'il est raisonnable d'attendre de l'objet du contrat.

Les juges français semblent préférer l'appréciation *in concreto*³¹⁴, ce qui est pertinent dans la mesure où une approche *in abstracto* aurait tendance à neutraliser les effets de la conception subjective du caractère essentiel de la qualité défaillante³¹⁵. Or « l'adoption de la conception subjective oblige le juge à scruter la volonté du contractant victime de l'erreur afin de déterminer si la qualité qui fait défaut était aux yeux de celui-ci essentielle »³¹⁶. Dans l'arrêt de principe dit « l'arrêt Poussin »³¹⁷, le litige portait sur la vente aux enchères d'un tableau « attribué à l'école des Carrache ». La Réunion des musées nationaux³¹⁸ avait exercé son droit

³¹⁰ Ancien art. 1110 du C. civil.

³¹¹ ULPIEN, *Digeste*, XVIII, 1, 9, pr. à 2, cf. Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2000, p. 384 : ULPIEN prend l'exemple d'un objet qu'il croit être fait en or et qui s'avère être en airain.

³¹² Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1913, S. 1913, 1, 487.

³¹³ Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 8^{ème} éd., 2018, p. 66.

³¹⁴ V. cependant la question de la virginité de l'épouse dans le mariage « qui n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale », cf. CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *RTD civ.*, 2009, p. 98, J. HAUSER ; *D.*, 2010, p. 728, J.-J. LEMOULAND ; *AJ Famille* 2008, p. 479, F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.*, n° 12, 2008, comm. 167, V. LARRIBAU-TERNEYRE. En réalité, les juges français ont recours aux deux modalités de la conception subjective de l'erreur : en l'espèce, l'appréciation s'était faite *in abstracto* en fonction de ce qui peut être légitimement et raisonnablement attendu d'un époux dans le mariage selon les mœurs en vigueur au moment où le juge a eu à statuer.

³¹⁵ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 317, p. 447.

³¹⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 282, p. 312.

³¹⁷ Civ. 1^{ère}, 22 fév. 1978, « arrêt Poussin », n° 76-11551, *Bull. civ. I*, 1978, n° 74, p. 62.

³¹⁸ Il s'agit d'un « opérateur culturel dont la mission est de favoriser l'accès à la culture sur l'ensemble du territoire national », cf. [En ligne] <https://www.grandpalais.fr/fr/> (page consultée le 05/08/2021)

de préemption³¹⁹, puis avait présenté le tableau comme une œuvre originale de Nicolas POUSSIN³²⁰. Les vendeurs avaient agi en nullité de la vente sur le fondement de l'erreur. La cour d'appel de Paris les débouta de leur demande au motif que l'authenticité de l'œuvre d'art n'était pas certaine. Les vendeurs formèrent un pourvoi. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour défaut de base légale au visa de l'ancien article 1110 du Code civil relatif à l'erreur. Elle estima que les juges du fond auraient dû rechercher « *si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas [POUSSIN]* ». Il s'agissait donc de déterminer si la conviction qu'avaient acquise les vendeurs que le tableau ne pouvait pas être une œuvre authentique était, pour eux, une qualité substantielle de l'objet les ayant incités à s'en séparer³²¹. En outre, dans cet arrêt, l'erreur du contractant portait sur sa propre prestation et non pas sur celle du cocontractant. Cette erreur aujourd'hui consacrée par l'article 1132 du Code civil constitue un facteur d'élargissement de la notion d'erreur susceptible d'aboutir à la nullité du contrat³²².

Il faut noter que dans l'arrêt *Bell*, Lord ATKIN décrit plusieurs situations dans lesquelles l'acquéreur d'un objet ne pourrait chercher à obtenir l'anéantissement du contrat sur le fondement d'une *common mistake*. Il avait notamment envisagé l'hypothèse de la vente d'une toile dont les deux parties penseraient qu'elle était authentique. Il conclut à l'absence de *common mistake* dans toutes les hypothèses énoncées, y compris celle de l'achat de la toile parce que l'objet du contrat était le transfert de propriété de la toile. Quoiqu'il reconnut que

³¹⁹ Art. 37, loi du 31 déc. 1921, *JORF* n° 0001 du 1 janv. 1922. V. également le décret n° 2001-650 du 19 juill. 2001 pris en application des articles L. 321-1 à L. 321-38 du C. de commerce et relatif aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *JORF* n° 0167 du 21 juill. 2001, texte n° 22.

³²⁰ Peintre français du 17^{ème} siècle.

³²¹ La cour de renvoi avait à nouveau refusé de prononcer la nullité au motif que le vendeur ne démontrait pas l'existence d'une conviction erronée dans la mesure où il « *avait accepté l'attribution de ce tableau à une école de peinture* », cf. CA Amiens, 1^{er} fév. 1982, n° *JurisData* 1982-697112, *JCP G*, 1982, 2, 19916, J.-M. TRIGEAUD ; *Defrénois*, 1982, 676, J. CHATEMAIN. L'arrêt fût à nouveau cassé au visa de l'ancien art. 1110 du C. civil : Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1983, n° 82-12237, *Bull. civ. I*, 1983, n° 293. La cour d'appel de Versailles prononça la nullité de la vente et ordonna la restitution du tableau et du prix au motif que « *en croyant qu'ils vendaient une toile de l'École des Carrache, de médiocre notoriété, soit dans la conviction erronée qu'il ne pouvait s'agir d'une œuvre de Nicolas Poussin, alors qu'il n'est pas exclu qu'elle ait pour auteur ce peintre, [les vendeurs] ont fait une erreur portant sur la qualité substantielle de la chose aliénée et déterminante de leur consentement qu'ils n'auraient pas donné s'ils avaient connu la réalité* », cf. CA Versailles, 7 janv. 1987, n° *JurisData* 1987-600094, *D.*, 1987, p. 485, J.-L. AUBERT ; *ibid.*, chron. J.- P. COUTURIER, ; *D.*, 1989, p. 23 ; *JCP* 1988. II. 21121, note J. GHESTIN.

³²² V. pour un ex. récent d'erreur reconnue sur la prestation de l'*errans* : CA Rouen, ch. civ. et com., 5 nov. 2020, n° 18/00097. Le litige portait sur un contrat de cautionnement. La caution s'était engagée à garantir un prêt souscrit par la société dont il était gérant. Le contrat de prêt ayant été rédigé par la banque stipulait que la garantie souscrite par la société emprunteur « *s'ajoutait à toutes garanties réelles ou personnelles qui ont pu ou qui pourront être fournies* ». Le juge estima qu'en présence d'une telle mention, la caution avait pu logiquement penser que son engagement n'intervenait qu'après la garantie souscrite par la société de telle sorte qu'elle avait été induite en erreur à plus forte raison que le montant de son engagement ne couvrait pas l'intégralité des sommes empruntées, ce qui pouvait impliquer que le cautionnement n'était qu'un complément de garantie.

cela aboutisse à une injustice pour l'acquéreur, il précisa que la sécurité des conventions doit primer : « *il est d'une importance primordiale que les contrats soient respectés, et que lorsque les parties se conforment honnêtement aux éléments essentiels de la formation des contrats — c'est-à-dire qu'elles s'entendent dans les mêmes termes sur le même objet — elles soient liées, et doivent se fonder sur les stipulations du contrat pour se protéger de l'effet de faits qui leur étaient inconnus [au moment de la formation]* »³²³. Autrement dit, la clé de la reconnaissance d'une *common mistake* se situe dans l'interprétation du contrat.

38. Le recours à la volonté contractuelle. En Angleterre, la détermination du caractère essentiel de l'élément qui avait fait l'objet de la méprise des parties se faisait initialement à travers la technique de l'*implied term*³²⁴. Le juge devait se demander s'il semblait y avoir un terme implicite selon lequel la validité du contrat dépendait de l'existence de certaines circonstances. Si tel était le cas, alors le contrat était anéanti en raison de l'existence d'une *common mistake*. Cette approche fut abandonnée par un arrêt de principe ultérieur, *The Great Peace Shipping*³²⁵. Cet arrêt vint en outre préciser les critères de la *common mistake*. Les juges furent saisis d'un contrat par lequel un navire devait porter secours à un autre moyennant rémunération. Un bateau nommé « *Cape Providence* » était en danger de naufrage dans l'Océan Indien. L'affréteur sollicita le propriétaire du navire « *Great Peace* » pour lui venir en aide et prendre notamment l'équipage à bord. Les contractants pensaient que les deux navires se trouvaient à 35 000 marins de distance alors qu'ils étaient éloignés de 410 000 marins. Le bateau en détresse fut finalement secouru par un navire plus proche. La société *Great Peace*, dont le navire avait dévié sa route pour porter secours au cocontractant, demanda le paiement du prix en vertu du contrat. L'affréteur du bateau en détresse lui opposa la nullité de la convention pour erreur sur une qualité essentielle, à savoir la distance entre les deux bateaux qui impactait la possibilité de porter rapidement secours à l'équipage en danger. Les juges anglais précisèrent les cinq conditions nécessaires à la reconnaissance d'une *common mistake* : « (i) *il doit exister une présomption commune quant à l'existence d'un état de fait ; (ii) aucune des parties ne doit garantir l'existence de cet état de fait ; (iii) l'inexistence de l'état de fait ne doit pas être imputable à la faute de l'une des parties ; (iv) l'inexistence de l'état de fait doit rendre l'exécution du contrat impossible ; (v) l'état de fait peut être l'existence, ou un attribut*

³²³ Lord ATKIN in *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161, p. 224.

³²⁴ *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161.

³²⁵ *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris (International) Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 oct. 2002, [2002] EWCA Civ 1407.

essentiel, de la contrepartie à fournir ou des circonstances qui doivent subsister pour que l'exécution de l'aventure contractuelle soit possible »³²⁶. Il ressort de cet arrêt que le juge doit d'abord vérifier qu'aucune des parties ne garantissait l'existence de la circonstance défailante³²⁷ ou n'a causé par sa faute l'absence de la circonstance³²⁸. Ensuite, le juge doit acquérir la conviction que les parties étaient toutes les deux dans l'erreur concernant la qualité ou la circonstance défailante, puis les règles d'interprétation du contrat permettront au juge de déterminer ce que les parties avaient convenu de faire. Enfin, il convient pour le juge de déterminer si l'exécution du contrat tel qu'elle a été initialement définie est devenue « impossible »³²⁹. Si c'est le cas, l'existence d'une *common mistake* est reconnue et le contrat anéanti.

³²⁶ *Ibid.*, n° 76 : « (i) there must be a common assumption as to the existence of a state of affairs; (ii) there must be no warranty by either party that that state of affairs exists; (iii) the non-existence of the state of affairs must not be attributable to the fault of either party; (iv) the non-existence of the state of affairs must render performance of the contract impossible; (v) the state of affairs may be the existence, or a vital attribute, of the consideration to be provided or circumstances which must subsist if performance of the contractual adventure is to be possible ».

³²⁷ Justice STEYN in *Associated Japanese Bank (International) Ltd v Crédit du Nord SA, High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 13 avril 1988, [1989] 1 WLR 255, p. 268 : « Logically, before one can turn to the rules as to mistake, whether at common law or in equity, one must first determine whether the contract itself, by express or implied condition precedent or otherwise, provides who bears the risk of the relevant mistake » ; « Logiquement, avant de pouvoir se tourner vers les règles relatives à l'erreur, que ce soit en common law ou en equity, il faut d'abord déterminer si le contrat lui-même, par une condition precedent expresse ou implicite ou autrement, prévoit qui supporte le risque de l'erreur en question ». L'expression *condition precedent* renvoie précisément à un événement qui rendra contraignant le contrat, cf. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 2-103, p. 69. Pour un ex. de *condition precedent*, v. un arrêt rendu par la *High Court of Australia* cité de façon extensive par l'arrêt *Great Peace Shipping : McRae v. Commonwealth Disposals Commission, High Court of Australia*, 1^{er} janv. 1952, (1951) 84 CLR 377. La Commission avait émis un appel d'offres pour l'achat d'un « pétrolier se trouvant sur le récif Jourmaund [contenant] du pétrole ». Rempportant l'appel d'offres, le cocontractant avait équipé à grands frais une expédition de sauvetage et s'était rendu sur le récif. Aucun pétrolier ne fut trouvé et il s'avéra qu'il n'avait jamais existé. L'acquéreur agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts pour *breach of contract*. La Commission tenta de faire valoir que le contrat était nul en raison d'une *common mistake* quant à l'existence du pétrolier. La *High Court of Australia* fit droit à la demande de dommages et intérêts. Elle conclut à l'absence de *common mistake* car la croyance commune en l'existence du pétrolier avait été engendrée par la Commission. L'interprétation correcte du contrat commandant de retenir que le contrat comprenait une promesse de la part de la Commission selon laquelle le pétrolier existait aux coordonnées indiquées, v. *ibid.*, p. 410. Ils précisèrent qu' « une partie ne peut se prévaloir d'une erreur mutuelle lorsque l'erreur consiste en une croyance qui, d'une part, est entretenue par elle sans aucun motif raisonnable et, d'autre part, est délibérément induite par elle dans l'esprit de l'autre partie », v. *ibid.*, p. 408. Cette solution repose sur le principe selon lequel, en droit anglais, si une partie se fonde sur les propos de l'autre pour contracter, cette dernière est tenue par son attitude ou ses propos. Il s'agit de la *reliance* qui est une règle d'interprétation du contrat et irrigue tout le droit anglais des contrats, v. *infra* n°s 419s.

³²⁸ Auquel cas le contrat ne serait pas nul, mais le contractant qui s'était engagé à garantir l'existence de la circonstance, ou le contractant fautif, devrait subir l'absence de la circonstance. Il se trouverait en situation d'inexécution contractuelle et devrait réparer le préjudice de l'autre.

³²⁹ La similitude avec la *frustration* est frappante puisque ces deux mécanismes sont relatifs à la disparition d'un élément fondamental. La différence majeure réside dans le moment de disparition de l'élément par rapport à la conclusion du contrat : la disparition précède la conclusion en matière de *common mistake* ; la conclusion précède la disparition en matière de *frustration*.

Cet arrêt ne constitue pas un revirement par rapport à l'arrêt *Bell* car les hypothèses dans lesquelles l'exécution initialement envisagée est jugée en réalité impossible correspondent aux cas dans lesquels la circonstance qui fait défaut affecte l'objet du contrat³³⁰. L'arrêt *Great Peace Shipping* définit surtout la méthode que doivent employer les juges pour déterminer l'existence d'une *common mistake*. Il s'agit d'interpréter objectivement le contrat. En l'espèce, les juges se sont demandé « si l'erreur sur la distance séparant les deux navires avait eu pour effet de rendre les services que le “Great Peace” était en mesure de fournir essentiellement différents de ceux dont les parties étaient convenues ». Ils répondirent par la négative. L'erreur sur la distance séparant les deux bateaux ne rendait pas l'exécution du contrat impossible. Le trajet aurait pris plus longtemps mais la prestation restait essentiellement la même puisque le *Great Peace* aurait été en mesure d'assister l'équipage en détresse avec quelques heures de retard. L'objet du contrat était de louer un navire pour en escorter un autre en difficulté ce qui demeurait possible. En outre, la cour ajouta que le contractant n'avait pas manifesté de volonté de rompre l'accord avec le *Great Peace* lorsqu'ils avaient eu connaissance de la véritable distance les séparant. La volonté de rompre s'était manifestée après qu'un navire plus proche leur propose une aide. Cette attitude montrait que la distance plus grande entre les navires ne rendait pas les services que le *Great Peace* était en mesure de fournir essentiellement différents de ceux que les parties avaient envisagés lors de la conclusion du contrat. La solution est particulièrement sévère s'agissant de l'équipage d'un navire en détresse : ce dernier devait-il prendre le risque de périr sans solliciter le second navire ? De la même façon, est-il vraiment possible de considérer que l'objectif des parties dans la vente d'un tableau ne porte que sur le transfert de propriété et pas sur l'authenticité de l'œuvre ? Il est évident que l'acheteur entend acquérir un tableau de Maître : son consentement est en réalité intimement lié à l'authenticité de l'œuvre. La référence à la volonté des parties objectivement conçue restreint considérablement et artificiellement la notion de *common mistake*. Cela est d'autant plus vrai que la décision *Great Peace Shipping* met fin à la notion de *mistake in equity* plus largement conçue et issue de l'arrêt *Solle v. Butcher*. Un auteur analysant la notion de *mistake* telle que définit par l'arrêt *Solle* conclut qu'elle trouve si peu d'applications en droit positif qu'elle

³³⁰ Par ex., dans l'arrêt *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161, considérer que la faute antérieure des salariés n'affectait pas l'objet du contrat litigieux qui était de mettre un terme aux contrats de travail revenait au même que de préciser que l'exécution du contrat litigieux demeurait possible, même en présence d'une faute antérieure des salariés.

constitue un « *mythe* »³³¹. Très peu d'arrêts relatifs fondateurs en matière de *mistake* concluent à la présence d'une méprise de nature à anéantir le contrat. Le seul exemple rencontré est un arrêt de la *Court of Appeal* de 1903³³² dans lequel les juges se prononcèrent sur un contrat d'assurance-vie portant sur un tiers. Les deux parties pensaient que la personne dont la vie devait être assurée était vivante or elle était décédée. Les juges conclurent à l'anéantissement du contrat.

39. La qualité entrée dans le champ contractuel. En ce qui concerne les qualités essentielles de la prestation, l'alinéa premier de l'article 1133 du Code civil précise : « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Cela signifie à première vue que le juge doit être convaincu que les deux parties ont considéré la qualité litigieuse comme essentielle au moment de la formation du contrat. Cette exigence tempère l'appréciation *in concreto* du caractère essentiel de la qualité défaillante. En effet, cette appréciation est susceptible d'aboutir à des résultats injustes pour le cocontractant de l'*errans*, puisque ce dernier pourrait solliciter l'annulation du contrat pour n'importe quelle caractéristique de la chose, alors que son cocontractant ne considère pas la qualité comme essentielle et n'a aucune idée de l'état d'esprit de l'*errans*³³³. À l'inverse des juges anglais, les juges français ne se fondent pas sur la recherche de volonté des parties pour déterminer l'existence d'une erreur. Plus précisément, la référence aux qualités « *expressément convenues* » permet au juge de retenir qu'une qualité est entrée dans le champ contractuel lorsque les parties ont échangé sur la qualité litigieuse de telle sorte que le cocontractant était en mesure de savoir que la qualité était déterminante du consentement de l'*errans*. C'est également à cela que tend l'expression « *tacitement convenues* » : le juge considérera que le cocontractant ne peut pas être surpris que le consentement de l'*errans* soit déterminé par la présence de la qualité puisque cette qualité est globalement reconnue comme essentielle. L'expression « *expressément ou tacitement convenues* » fait référence à la connaissance, avérée ou supposée, par le cocontractant du caractère essentiel de la qualité pour l'autre. Cette connaissance est déterminée par le

³³¹ C. J. SLADE, « The Myth of Mistake in English Law of Contract », *LQR*, vol. 70, 1954, p. 585. V. dans le même sens : Kenneth Owen SHATWELL, « The Supposed Doctrine of Mistake in Contract: A Comedy of Errors », *Can. Bar Rev.*, vol. 33, 1955, p. 164.

³³² Scott v. Coulson, *England and Wales Court of Appeal*, 4 mai 1903, [1903] 2 Ch 439.

³³³ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 314, p. 444.

comportement des parties, de l'*errans* plus que du défendeur³³⁴. En conséquence, il incombe à l'*errans* d'apporter suffisamment d'éléments de preuve permettant au juge d'acquiescer la conviction que la qualité était essentielle³³⁵.

L'avantage de l'appréciation *in abstracto* est qu'elle permet au cocontractant d'envisager l'éventualité de la demande en nullité sur le fondement du défaut d'une qualité considérée généralement comme essentielle et réduit ainsi l'insécurité juridique. Pour cette raison, l'existence d'une *common mistake* est déterminée selon cette appréciation : « *L'expression "hypothèse sous-jacente des parties" [...] ne peut se rapporter que de manière pertinente à quelque chose que les deux parties doivent nécessairement avoir accepté dans leur esprit comme un élément essentiel et partie intégrante de l'objet du contrat* »³³⁶. L'arrêt *Great Peace Shipping* rappelle cette condition de la reconnaissance d'une *common mistake*³³⁷. Plus précisément, le juge anglais se fonde sur la substance même du contrat : le contractant n'est dans l'erreur que si l'opération qu'il est concrètement possible d'exécuter n'est pas le contrat auquel il a consenti. Cela suppose de rechercher la volonté commune aux deux parties. Le critère de la qualité entrée dans le champ contractuel est donc absorbé par la recherche de volonté selon une méthode objective visant à déterminer quelle était l'opération convenue. Il a pu être écrit que « [la conception subjective du caractère essentiel] est d'ailleurs consacrée dans tous les États de l'Union européenne »³³⁸. Cela n'est pas tout à fait exact en ce qui concerne

³³⁴ V. par ex. : CA Riom, 3^{ème} ch. civ. et comm. réunies, 26 mai 2021, n° 19/01197. Dans le cadre de l'achat d'un véhicule s'avérant non homologué, l'absence de mention relative à l'homologation sur la facture d'achat, seul document versé aux débats par l'acquéreur, révélait que les parties, y compris l'acquéreur, ne considéraient pas l'homologation comme une qualité essentielle. V. dans le même sens : CA Fort-de-France, ch. civ., 14 janv. 2020, n° 18/00177. Le litige portait sur une promesse synallagmatique de vente portant sur un appartement dans un lotissement. La promesse valant vente en vertu de l'art. 1598 du C. civil, le juge devait apprécier le caractère éclairé du consentement à l'acte de vente au moment de la signature de la promesse. En l'espèce, l'ascenseur était en panne au moment de la vente ce qu'admet l'acquéreur. Le juge en déduisit que l'acquéreur « *savait donc, au moment où il s'engageait que l'ascenseur était en panne* » de telle sorte qu'il n'y avait pas de méprise de sa part. En outre, l'acquéreur reprochait également aux vendeurs la persistance de la panne. Le juge précisa que « [l'acquéreur] n'[avait] pas fait de la remise en fonctionnement de l'ascenseur, une condition essentielle de la vente, aucune condition suspensive sur ce point n'ayant été conclue ».

³³⁵ V. par ex. : CA Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 24 juin 2021, n° 20/01500 : le demandeur se fondant uniquement sur le devis et le site internet de l'entrepreneur n'apporte pas suffisamment d'éléments de preuve permettant aux juges de considérer que, dans le cadre de la rénovation d'espaces de restauration, « *l'interface avec l'environnement architectural et l'interactivité* » étaient des qualités essentielles pour lui ou qu'elles aient été déterminantes de son consentement.

³³⁶ Lord THANKERTON in *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2 ; [1932] AC 161, p. 235.

³³⁷ V. *supra* n° 34.

³³⁸ René RODIÈRE « Les vices du consentement dans le contrat », in René RODIÈRE (dir.), *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun*, Institut de droit comparé de Paris, A. Pedone, 1985.

l'Angleterre, puisque pour déterminer l'existence d'une erreur, les juges anglais font appel à l'interprétation objective du contrat.

40. La méprise sur des éléments essentiels relatifs au cocontractant. L'erreur susceptible de donner lieu à la nullité du contrat peut également porter sur les qualités essentielles du cocontractant³³⁹. En droit français, elle peut tout aussi bien concerner l'identité même du cocontractant³⁴⁰ ou ses caractéristiques. L'erreur portant sur le cocontractant est également reconnue en droit anglais : elle constitue le cas type de l'*unilateral mistake* qui requiert, pour donner lieu à l'anéantissement du contrat, que l'identité eut été déterminante du consentement du demandeur³⁴¹. Seule l'erreur sur l'identité-même est susceptible d'anéantir le contrat ; les juges ne reconnaissent pas d'erreur sur une qualité essentielle du cocontractant³⁴². Dans un arrêt de 1878³⁴³, la *House of Lords* se prononça sur le sort d'un contrat de vente portant sur des mouchoirs en lin et conclu par échanges de lettres. L'acquéreur s'était fait passer pour le préposé d'une entreprise déjà cliente des vendeurs. À la réception de la marchandise, il disparut sans payer le prix convenu puis revendit les biens à un tiers. Le vendeur agit contre l'acquéreur final sur le fondement de l'erreur : le contrat n'ayant pas été valablement formé, la propriété de la marchandise ne s'était jamais transmise à l'acquéreur final. Les juges retinrent

³³⁹ Art. 1132 du C. civil.

³⁴⁰ CA Amiens, ch. éco., 29 sept. 2020, n° 19/05304.

³⁴¹ Elle doit également être « *operative* » c'est-à-dire que les juges considèrent qu'il est possible, dans des cas restreints, de s'écarter de l'idée selon laquelle un contractant dans l'erreur ne peut s'en prévaloir en raison de l'attente légitime de l'autre partie, v. *infra* n° 221. L'*unilateral mistake* est donc encore plus rarement reconnue que la *common mistake*. Les juges ont pu s'éloigner du principe de préservation des attentes légitimes en raison de l'ambiguïté des termes contractuels rendant impossible la détermination objective de l'attente légitime, cf. *Raffles v. Wichelhaus, Court of King's Bench*, 20 janv. 1864, (1864) 2 Hurlstone and Coltman 906, 159 E.R. 375, ou encore la connaissance de l'erreur de l'un par l'autre contractant (sans qu'elle soit constitutive d'une *misrepresentation*), cf. *Cundy v. Lindsay, House of Lords*, 4 mars 1878, (1878) 3 App. Cas. 459.

³⁴² *King's Norton Metal Co v. Edridge Merrett & Co, England and Wales Court of Appeal*, (1897) 14 TLR 98 : l'acquéreur avait écrit une lettre de commande aux vendeurs sous un faux nom, se faisant passer pour le dirigeant d'une entreprise prospère. Après avoir reçu la marchandise, il la revendit à un tiers sans payer le vendeur initial. La cour refusa l'anéantissement du contrat car les vendeurs avaient bien souhaité contracter avec l'acquéreur, quel que soit son nom. L'erreur portant sur la seule solvabilité n'était pas une erreur sur l'identité de nature à remettre en cause le contrat. V. dans le même sens : *Sunderland Association Football Club v. Uruguay Montevideo FC*, 26 avril 2001, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, [2001] 2 All E.R. (Comm) 828 : un club de football avait versé une somme conséquente à un club afin d'obtenir le transfert de l'un de ces joueurs, pensait que son cocotcontractant était un club national. En réalité, il s'agissait d'un club de troisième division. Les juges retinrent que cette erreur sur les attributs du cocontractant ne pouvait remettre en cause le contrat. En principe, l'erreur sur l'identité n'est pas reconnue y compris dans les contrats conclus entre présents parce que le demandeur a l'intention de conclure avec la personne en face de lui. Ces erreurs sont qualifiées d'erreurs sur la solvabilité, donc sur une qualité du cocontractant : *Phillips v. Brooks Ltd, The High Court of Justice (King's Bench Division)*, 1^{er} mai 1919, [1919] 2 KB 243 ; *Lewis v. Averay, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 22 juill. 1971, [1972] 1 QB 198. Il faut cependant noter que la distinction entre l'erreur sur l'identité elle-même et les qualités du cocontractant n'est pas toujours aisée : *Craven Ellis v. Canons Ltd*, 6 juill. 1936, *England and Wales Court of Appeal*, [1936] 2 K.B. 403 ; [1936] 2 All E.R. 1066.

³⁴³ *Cundy v. Lindsay, House of Lords*, 4 mars 1878, (1878) 3 App. Cas. 459 ; [1874-80] All E.R. Rep. 1149.

les arguments du vendeur car ce dernier n'avait jamais pensé contracter avec l'auteur des lettres qui lui était inconnu³⁴⁴. Les juges ajoutèrent qu'en de telles circonstances, la bonne foi de l'acquéreur final était sans incidence et que ce dernier devait être contraint de payer à nouveau le prix des marchandises mais cette fois-ci au vendeur initial. Cette décision eut pour conséquence de faire porter la perte sur le tiers de bonne foi ce qui peut être critiquable. La *Law Reform Committee*, ancêtre de la *Law Commission* actuelle, proposa l'abandon de cette décision pour protéger l'acquéreur final de bonne foi³⁴⁵ mais cette proposition ne trouva jamais écho dans les décisions anglaises.

2) Le caractère déterminant du consentement

41. Le caractère déterminant du consentement. En droit français, « [le] caractère déterminant [des vices du consentement] s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné »³⁴⁶. Les juges du fond français doivent donc toujours rechercher le caractère déterminant du vice du consentement. Le second alinéa de l'article 1130 du code civil invite les juges à retenir une appréciation *in concreto* et avoir égard au comportement du demandeur pour évaluer le caractère déterminant et au contexte spécifique de conclusion du contrat. Ainsi que le notait le Professeur Jacques GHESTIN, « dans toute la mesure du possible, les tribunaux cherchent, et parviennent souvent, à scruter la psychologie individuelle du demandeur au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, le juge apprécie concrètement si l'erreur alléguée par lui l'a déterminé à accepter des conditions ou le principe d'un contrat auxquels il n'aurait pas consenti en connaissance de cause »³⁴⁷. Une telle conception a pour effet d'estomper la distinction entre le caractère essentiel de la qualité défailante, compris subjectivement, et le caractère déterminant de l'erreur apprécié

³⁴⁴ Lord CAIRNS *in ibid.*, pp. 465 et 466 : « *I ask the question, how is it possible to imagine that in that state of things any contract could have arisen between the Respondents and [...] the dishonest man? Of him they knew nothing, and of him they never thought. With him they never intended to deal. Their minds never, even for an instant of time rested upon him, and as between him and them there was no consensus of mind which could lead to any agreement or any contract whatever. As between him and them there was merely the one side to a contract, where, in order to produce a contract, two sides would be required* » ; « *Je pose la question : comment est-il possible d'imaginer que, dans cet état de fait, un quelconque contrat ait vu le jour entre les défendeurs et [...] l'homme malhonnête ? Ils ne savaient rien de lui, et n'y ont jamais pensé. Ils n'ont jamais eu l'intention de traiter avec lui. Leurs esprits ne se sont jamais, même pour un instant, posés sur lui, et entre lui et eux il n'y a eu aucune rencontre des volontés qui pourrait mener à un accord ou à un contrat quelconque. Entre lui et eux, il n'y avait qu'une seule partie à un contrat, alors que, pour produire un contrat, deux parties sont nécessaires* ». La différence avec l'arrêt *King's Norton Metal*, dont les faits sont très similaires, réside dans le fait que le vendeur était victime d'une véritable erreur sur l'identité parce qu'il avait déjà contracté avec le client pour lequel l'acquéreur s'était fait passer.

³⁴⁵ *Law Reform Committee*, « Transfer of Title to Chattels », *Law Reform Committee 12th Report*, 1966, n° 15.

³⁴⁶ Art. 1130, al. 2, du C. civil.

³⁴⁷ Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, t. 41, LGDJ, coll. BDP, 1985, n° 38, p. 37. L'emphase figure dans le texte original.

in concreto sur le terrain probatoire. En effet, une erreur sur une qualité essentielle subjectivement considérée sera forcément déterminante du consentement³⁴⁸. Cela explique que les juges recherchent le plus souvent si la qualité était essentielle pour le demandeur et qu'ils en déduisent facilement l'existence d'une erreur de nature à vicier le consentement.

Le constat opéré par le Professeur Jacques GHESTIN semble toujours d'actualité : les juges retiennent une appréciation subjective des qualités essentielles. Toutefois, il arrive également que les juges fassent appel à une appréciation plus objective du caractère déterminant en considérant par exemple que le demandeur « *a manifestement été trompé sur l'identité de son cocontractant, laquelle identité est d'évidence déterminante du consentement s'agissant de prestations techniques s'étalant sur de nombreuses années; que son consentement s'est trouvé vicié par l'erreur manifeste commise sur la personne de son cocontractant* »³⁴⁹. En l'espèce, le juge ne s'est pas attaché au comportement de l'*errans* mais il a considéré que, dans le cadre d'un contrat de téléphonie conclu pour une durée de 5 ans impliquant des prestations techniques, l'identité du cocontractant est nécessairement déterminante du consentement. L'appréciation objective du caractère déterminant amène une réflexion sur le rôle de la Cour de cassation : si les juges du fond considèrent parfois qu'une qualité est nécessairement déterminante du consentement, cela suppose une référence sous-jacente à l'état d'esprit d'un homme normal dont les contours sont susceptibles d'être contrôlés par la Haute juridiction³⁵⁰. En outre, il faut noter que le juge en l'espèce ne qualifie pas l'identité du cocontractant de qualité essentielle ; il se contente de dire qu'elle est déterminante du consentement. La confusion entre qualité essentielle et caractère déterminant du consentement semble constante ; les deux notions sont intimement liées dans l'esprit du juge, même lorsqu'il paraît raisonner objectivement.

Les juges anglais ne s'attachent pas à rechercher le caractère déterminant de l'erreur pour évaluer l'existence d'une *common mistake*. Cette différence s'explique par l'accent mis en droit anglais sur le caractère commun de l'erreur. En revanche, le caractère déterminant de l'erreur sera recherché par les juges en matière d'*unilateral mistake*. Le critère n'est pas facile à satisfaire. Dans un arrêt rendu en 1869³⁵¹, les juges eurent à se prononcer sur le sort d'un contrat

³⁴⁸ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 295, p. 253 ; Jacques GHESTIN et Yves-Marie SERINET, « L'erreur » *in Rép. Civ.*, Dalloz, juill. 2017, (actu. mai 2018), n° 116.

³⁴⁹ CA Amiens, ch. éco., 29 sept. 2020, n° 19/05304.

³⁵⁰ Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, t. 41, LGDJ, coll. BDP, 1985, n° 38, p. 36.

³⁵¹ *Mackie v. European Assurance Society*, 1869, (1869) 21 L.T. 102, n° 105.

d'assurance souscrit par l'assuré dans la croyance erronée que le préposé représentait une compagnie d'assurance donnée alors qu'il travaillait pour une compagnie concurrente. Les juges estimèrent qu'une telle erreur n'était pas déterminante du consentement de l'assuré dans la mesure où son inquiétude principale semblait être d'être couvert par une police d'assurance, peu importe avec qui il contractait. Certaines considérations peuvent néanmoins inciter les juges à plus de souplesse. Ainsi, dans un arrêt rendu par la *Court of Exchequer*, le litige portait sur un contrat de vente conclu à distance. L'acquéreur croyait commander des tuyaux d'arrosage à un vendeur avec lequel il avait déjà contracté. Ce dernier étant débiteur de l'acquéreur, il avait manifesté sa volonté de payer sa dette en fournissant gratuitement une commande à son créancier ; le contrat s'analysait alors en une donation destinée à compenser la dette. Or le magasin fournisseur venait d'être racheté par un tiers qui agit en vue d'obtenir le paiement du prix. Si en principe, l'intention de l'acquéreur réside dans l'obtention du bien, l'existence d'une dette entre le défendeur et le tiers débiteur convaincra en l'espèce les juges de conclure à l'existence d'une erreur sur l'identité déterminante du consentement. Le contrat était donc *void* : le défendeur n'avait pas à payer le prix et ne pouvait restituer la marchandise puisqu'il l'avait utilisée³⁵².

42. Conclusion sur l'erreur et la notion de *mistake*. Jacques GHESTIN conclut dans ses travaux à une « *assez grande souplesse* » des règles fondatrices relatives à l'erreur puisque « *le juge du fait apprécie souverainement le caractère déterminant ou excusable de l'erreur* »³⁵³. L'analyse semble toujours pertinente et le droit français est beaucoup moins exigeant que le droit anglais sur les critères de l'erreur. À ce titre, il n'est pas anodin que certains auteurs considèrent que la notion de *mistake* anglaise soit, de fait, cantonnée aux hypothèses d'absence totale de rencontre des volontés que la doctrine française nomme l'erreur-obstacle³⁵⁴. Les seules occurrences de *mistakes* reconnues dans les décisions étudiées portent plus précisément sur l'existence de la chose, *res extincta*, et l'identité-même du cocontractant. Ce ne sont pas des hypothèses d'erreur-obstacle classique sur la nature de la transaction - *error in negotio* - et sur la désignation de l'objet - *error in corpore* - mais il est bien possible de considérer que l'erreur sur l'existence même de la chose soit de nature à empêcher la formation

³⁵² La décision semble sévère à l'encontre du vendeur qui devrait en principe pouvoir obtenir une compensation sur le fondement de l'*unjust enrichment*, cf. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-049, p. 384.

³⁵³ Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, t. 41, LGDJ, coll. BDP, 1985, n° 305, p. 356.

³⁵⁴ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 232, p. 162.

du contrat, plutôt qu'à vicier le consentement. Le droit anglais ne raisonne certes pas en termes de gradation dans la gravité de l'erreur, mais l'idée que l'exécution du contrat telle qu'elle a été initialement envisagée est impossible correspond à l'hypothèse de l'erreur-obstacle.

En droit français comme en droit anglais, le contrat vicié par la méprise d'une partie sur un élément essentiel du contrat donne lieu à l'anéantissement de ce dernier.

B) La sanction commune de l'anéantissement du contrat vicié par la méprise sur des éléments essentiels

43. La nullité du contrat. En vertu de l'article 1131 du contrat, l'erreur donne lieu à la nullité relative du contrat, ce qui signifie que seule peut agir la partie victime de la méprise sur un élément essentiel, dans les cinq ans à partir de la découverte de l'erreur³⁵⁵. Si la nullité encourue est relative, cela signifie, en vertu de la théorie moderne des nullités adoptée par la réforme du 10 février 2016, que « *la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* »³⁵⁶. Cet intérêt privé est celui de la victime de l'erreur dont le consentement a été donné par erreur. Plus précisément, l'*errans* obtiendra l'anéantissement rétroactif, c'est-à-dire que les parties seront remises dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. Au contraire du dol et de la violence, l'erreur n'est pas une faute civile et ne donne pas lieu à l'octroi de dommages et intérêts. Si le droit français et le droit anglais font état d'un certain parallèle des sanctions en matière de dol et de violence, c'est-à-dire un contrat frappé de nullité relative et un contrat *voidable*³⁵⁷, il en va autrement pour l'erreur. En effet, si le droit français sanctionne systématiquement le vice du consentement par la nullité relative³⁵⁸, en droit anglais, le contrat vicié par l'erreur présente la particularité d'être considéré comme *void*.

44. Un contrat *void*. En droit anglais, l'anéantissement rétroactif du contrat correspond à la prononciation du contrat par le juge comme *void* ou *voidable*. La première sanction, le caractère *void*, est issue du droit strict, à savoir les règles de la *common law*, tandis que la seconde, le caractère *voidable*, est issue des juridictions d'*Equity*³⁵⁹. Ces deux sanctions sont

³⁵⁵ Art. 1144 C. civil.

³⁵⁶ Art. 1179 C. civil.

³⁵⁷ V. resp. *infra* n°s 65s sur la sanction du dol et *infra* n°s 87s sur la sanction de la violence.

³⁵⁸ Art. 1130 C. civil.

³⁵⁹ Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, t. 376, LGDJ, coll. BDP, 2002, n° 107, p. 72. V. *supra* n° 25 sur la dichotomie formée par la *common law* et les règles d'*Equity*.

systématiquement distinguées par les juges anglais et la doctrine anglaise³⁶⁰. Or en dépit de cette stricte différenciation, la distinction n'est pas évidente, autant du point de vue des notions que leurs régimes juridiques. En effet, si la distinction est historique, il est difficile de saisir en quoi les notions divergent. Le Professeur John CARTWRIGHT écrit : « *Un contrat void est un contrat qui, bien qu'il y ait en apparence un contrat formé par une offre, une acceptation et une consideration, ne crée pas de droits et d'obligations du tout. Il est void ab initio (dès sa formation) et donc il n'a jamais été contraignant [...] Un contrat voidable est un contrat qui a été valablement formé par une offre, une acceptation et une consideration, mais a un défaut depuis sa formation. Le contrat crée des droits et des obligations mais peut être reconnu comme void [par un juge]. S'il n'est pas reconnu comme void, il garde toute sa force contraignante* »³⁶¹. Cette définition suggère que la sanction du contrat *void* est appliqué à des défauts plus graves du contrat, notamment l'illicéité et l'erreur. Cela n'explique pas le fondement de la différence entre ces notions. En outre, le contrat *void* serait sans effet juridique dès sa formation alors que le contrat *voidable* produirait des effets. À ce titre, le Professeur Michelle CUMYN trouve dans la nullité absolue un équivalent du contrat *void* car il s'agit d'une nullité *ab initio*³⁶², et trouve dans la nullité relative un équivalent du contrat *voidable*, considérant que le contrat frappé de nullité relative est « *annulable* »³⁶³. Toutefois, tout contrat, qu'il soit frappé de nullité absolue ou relative, qu'il soit *void* ou *voidable*, produit des effets juridiques tant qu'aucune action en justice n'est intentée et qu'aucun juge n'en a prononcé la nullité par le biais d'un jugement. S'il est vrai qu'en théorie, le contrat frappé de nullité absolue pour contrariété à l'ordre public est nul et ne produit aucun effet juridique, les contractants peuvent très bien, en pratique, exécuter ce contrat dans sa totalité, sans que sa nullité soit jamais prononcée. L'article 1178 du Code civil dispose : « *La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». La nullité est donc, en droit français, avant tout judiciaire³⁶⁴. Un arrêt de 2022 de la Cour de cassation³⁶⁵ a rappelé la distinction entre la nullité et

³⁶⁰ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, pp. 160s ; Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, index, p. 1378.

³⁶¹ « *A void contract is one which, although there has been (apparently) a contract formed by offer, acceptance, and consideration, does not create rights or obligations at all. It is void ab initio (from the beginning) and so it was not effective at any time [...] A voidable contract is one which was validly formed by offer, acceptance and consideration, but has a defect in it from the moment of formation. The contract is valid to create legal rights and obligations, but is liable to be made void ; but if it is not made void, then it remains in full force* ».

³⁶² Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, t. 376, LGDJ, coll. BDP, 2002, n° 106, p. 71.

³⁶³ *Ibid.*, n° 71, p. 44.

³⁶⁴ Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 190.

³⁶⁵ Com., 12 oct. 2022, n° 20-16009, inédit, *Rev. sociétés*, 2023, p. 151, E. GUÉGAN.

l'annulabilité. Dans cette affaire, les juges du fond avaient eu à connaître d'une EARL dont le capital était détenu par deux époux. Après leur divorce, l'épouse, associée minoritaire, avait obtenu en référé la désignation d'un expert judiciaire aux fins de déterminer la valeur de ses parts sociales, ainsi que le montant de son compte courant d'associé avant d'en demander le remboursement. Les juges du fond avaient retenu que les décisions des assemblées générales entre 2000 et 2013 qui avaient affecté les résultats, exercice par exercice, aux comptes courants d'associés avaient été prises en violation des statuts de la société et étaient irrégulières. Selon eux, il convenait donc de retraiter les écritures comptables de la société pour retenir la valeur qu'aurait eu le compte courant d'associé si la société avait fonctionné normalement. La Haute juridiction cassa cet arrêt pour violation de l'article 1134 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, au motif que « *les délibérations de la société s'imposaient tant que la nullité n'en avait pas été prononcée* ». La nullité ne se confond pas avec le caractère annulable d'un acte : elle est judiciaire et seul le contrat dont la nullité a été prononcée par une juridiction est en pratique privé d'effet³⁶⁶. Le critère résidant dans une distinction entre, d'une part, la nullité *ab initio* et, d'autre part, une « annulabilité » des contrats ne peut que difficilement servir à différencier la nullité absolue de la nullité relative et éprouve, par conséquent, encore plus de difficultés à permettre un parallèle entre, d'une part, la nullité absolue et le caractère *voidable* d'un contrat, et, d'autre part, la nullité relative et le caractère *voidable* d'un contrat.

Il en résulte, quant à la distinction entre le caractère *void* et le caractère *voidable* d'un contrat, que le facteur historique explique la distinction sans la justifier du point de vue de la définition de ces notions : le contrat *void* comme le contrat *voidable* sont, en pratique, « annulables » dans la mesure où leur absence d'effet juridique doit être reconnue et prononcée par un juge. En théorie « nuls » dans la mesure où ils présentent des défauts de formation qui les privent en principe d'efficacité juridique, en raison des exigences légales requises pour la validité d'un contrat. Les notions de *void* et *voidable* sont donc difficilement différenciables. Seule une différence notable se fait jour quant à leurs régimes : le contrat *void*, par exemple pour *mistake*, ne peut être confirmé, au contraire du contrat *voidable* pour dol ou violence qui peut être confirmé par la partie victime du vice³⁶⁷.

³⁶⁶ *A contrario*, tant que la nullité n'est pas prononcée, l'acte demeure valable, cf. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, coll. BDP, 1992, n° 386, p. 231.

³⁶⁷ V. resp. *infra* n°s 67s sur la confirmation du contrat vicié par la *misrepresentation* et *infra* n°s 89s sur la confirmation du contrat vicié par *duress*.

Outre la méprise sur les éléments essentiels du contrat, les juges français et les juges anglais sont parfois amenés à sanctionner la tromperie par une partie de son cocontractant.

§ 2 - La tromperie du cocontractant

45. Des notions comparables. Les notions de dol et de *misrepresentation* sont voisines : la racine de ce dernier terme, « *representation* », renvoie à la façon dont la partie présente à son cocontractant les circonstances du contrat ou la chose objet du contrat. Les juges français et anglais sont parfois amenés à intervenir lorsque cette présentation est erronée et incite le cocontractant à conclure le contrat, portant ainsi atteinte à l'intégrité du consentement. Il y a *misrepresentation* lorsque la déclaration faite ne correspond pas à la réalité. Le dol est sanctionné en droit français par les premier et deuxième alinéas de l'article 1137 du Code civil comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges [ou] la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Le dol correspond donc nécessairement à une tromperie pouvant revêtir plusieurs formes³⁶⁸. Ces diverses formes correspondent à l'élément matériel du dol. Le droit français exige également un élément intentionnel qui réside dans la volonté de tromper le cocontractant. Cela correspond en droit anglais à la *fraudulent misrepresentation*. Le droit anglais retient également l'existence de la *negligent misrepresentation* et de l'*innocent misrepresentation* dans lesquelles la victime a été trompée lorsque le cocontractant n'a pas eu la volonté de l'induire en erreur mais qu'il a manqué à une *duty of care*, une obligation de prendre soin. En droit français, ces hypothèses sont susceptibles d'être couvertes par l'erreur sans être rattachées à l'idée de tromperie, ce qui présente une différence importante avec le droit anglais. Par conséquent, si l'appréhension commune de la tromperie volontaire du contractant permet un rapprochement entre le dol et la *fraudulent misrepresentation* (**A**), la sanction de la tromperie par négligence révèle une conception plus large de la tromperie du cocontractant en droit anglais (**B**).

³⁶⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 555, p. 430.

A) La tromperie volontaire du cocontractant : un rapprochement du dol et de la *fraudulent misrepresentation*

46. Une similitude à nuancer. Les notions de dol et *fraudulent misrepresentation* peuvent être rapprochées, sans pour autant être parfaitement identiques (1). Le droit anglais retient une conception beaucoup plus large de la tromperie pouvant induire le consentement que le droit français. Le juge anglais peut être amené à sanctionner une *negligent misrepresentation* et une *innocent misrepresentation* qui sont spécifiques au droit anglais (2).

1) Le rapprochement du dol et de la *fraudulent misrepresentation*

47. À première vue, le dol et la *fraudulent misrepresentation* présentent d'indéniables similitudes. Ils nécessitent tous les deux la présence d'actes ou de propos dissimulant la réalité au cocontractant (a), accomplis ou proférés avec la volonté de tromper le cocontractant (b) et induisant le consentement de celui-ci à contracter (c).

a) La dissimulation de la réalité au cocontractant

48. L'existence d'une présentation erronée. La présentation erronée de la réalité par le contractant³⁶⁹ ayant eu pour effet de provoquer une erreur chez le cocontractant et de l'induire à contracter peut prendre plusieurs formes. Elle peut être expresse et consister en des propos tenus par la partie ; elle peut être implicite et consister en un comportement. Pour caractériser un dol, le juge français peut constater la présence de « manœuvres », « mensonges » ou « réticences » visés à l'article 1137 du Code civil. En droit anglais, les juges recherchent l'existence d'une *misrepresentation*. Le terme *representation* désigne « l'affirmation faite par un des contractants, la manière dont il "présente" à son contractant les circonstances ou la chose objet du contrat. Il y a *misrepresentation* lorsque la déclaration ainsi faite ne correspond pas à la réalité »³⁷⁰. Autrement dit, les juges anglais exigent un « *false statement* »³⁷¹.

³⁶⁹ En droit français comme en droit anglais, le dol émane en principe du contractant, cf. art. 1137 du C. civil et Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 9-021, p. 419. Cela se justifie par la nature délictuelle du dol qui constitue avant tout une faute civile et doit permettre de sanctionner seul celui qui le commet et non un contractant honnête. En droit français, la victime pourra toutefois agir contre le tiers sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle pour obtenir des dommages et intérêts visant à compenser l'exécution du contrat. En outre, le principe selon lequel le dol doit émaner du contractant connaît des exceptions : lorsque le tiers est le représentant, le porte-fort, le gérant d'affaires. L'art. 1138 du C. civil a consacré ses décisions et a ajouté à ces exceptions le préposé du contractant, ainsi que le « tiers de connivence », dont la définition peut poser des difficultés.

³⁷⁰ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1985, n° 211, pp. 151, et 152.

³⁷¹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 9-005, p. 412.

Strictement entendues, ces formules renvoient à des propos tenus par le contractant³⁷². En réalité, elles doivent être plus largement comprises comme une référence à de fausses représentations de la réalité par le biais de propos erronés mais aussi de manœuvres diverses, ce qui rapproche le droit français et le droit anglais.

Dans les deux systèmes, sont admis les embellissements de la réalité destinés à vanter les mérites de l'objet du contrat. Le droit français et le droit anglais excluent tous les deux du champ de la tromperie du cocontractant le *dolus bonus*, qui correspond en droit anglais au « *mere puff* »³⁷³. Ainsi, pour être sanctionnés, il faut que les manœuvres ou mensonges présentent une certaine gravité. Les juges français ont ainsi pu retenir que ne constituaient pas un dol les conseils prodigués par un banquier en vue de placer des titres³⁷⁴ ou encore les prospectus vantant de façon exagérée les avantages d'un système d'assurances³⁷⁵. De la même façon, en droit anglais, le vendeur qui décrit un terrain comme « *fertile et améliorable* » procède à un simple *mere puff* qui ne saurait caractériser une *misrepresentation*³⁷⁶.

En dépit de l'exclusion des enjolivements destinés à vanter la chose vendue ou la prestation proposée, les notions de dol et de *misrepresentation* sont susceptibles de recouvrir un très grand nombre de comportements. Les notions de mensonges et de manœuvres connues du juge français ainsi que les propos tenus par le contractant au sujet de l'objet du contrat ou des circonstances de sa conclusion connus du juge anglais correspondent à une dissimulation active de la réalité. La réticence dolosive sanctionnée en droit français ainsi que l'attitude qui consiste à laisser croire certains éléments au cocontractant sanctionnée en droit anglais s'apparentent à une dissimulation passive de la réalité.

49. La dissimulation active de la réalité. Le juge français pourra retenir l'existence d'un dol actif en présence de « manœuvres » telles qu'elles étaient visées par l'ancien article 1116 du Code civil. Le nouvel article 1137 du Code civil reprend le terme « manœuvres » mais lui ajoute, outre la réticence dolosive visée au second alinéa³⁷⁷, les mensonges visant à dissimuler au contractant la réalité qui avaient été depuis longtemps intégré à la définition du dol par la jurisprudence. Les manœuvres par lesquelles un contractant est susceptible de

³⁷² Appel « *misrepresentor* », si l'existence d'une *misrepresentation* est reconnue.

³⁷³ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 9-013, p. 416.

³⁷⁴ CA Rennes, 5 mai 1902, *Gaz. Pal.* 1902. 2. 42.

³⁷⁵ CA Paris, 10 fév. 1904, *DP* 1909. 2. 225.

³⁷⁶ *Dimmock v. Hallett, Court of Appeal in Chancery*, 13 nov. 1866, (1866–67) LR 2 Ch App 2.

³⁷⁷ V. *infra* n° 50.

dissimuler activement la vérité à l'autre sont en effet très diverses et variées, ce que les juges du fond et de la Cour de cassation n'ont pas manqué de prendre en compte. Aux hypothèses de manœuvres au sens strict telles que la soudure des écrous de la roue d'une voiture en vue de dissimuler l'usure de leur filetage³⁷⁸ ou la modification du compteur kilométrique³⁷⁹, se sont ajoutés de nouveaux cas de dissimulations de la réalité par le cocontractant. Dans les années 1950, les juges du fond³⁸⁰ ainsi que la Cour de cassation admirent que le mensonge pouvait être constitutif d'un dol. Tel fût le cas, par exemple, du mensonge sur l'âge de l'animal vendu³⁸¹. Les manœuvres les plus élaborées ou les plus inventives peuvent ainsi constituer un dol. Le vendeur d'un appartement dont les filles avaient demandé systématiquement, par messages envoyés au responsable du bar situé en dessous, de réduire au minimum le niveau sonore de la musique pendant les visites du bien fut reconnu constitutif d'un dol³⁸². De la même façon, le stratagème d'un vendeur de statuettes sans valeur qui fit miroiter à l'acquéreur la possibilité de revendre les statuettes à un prix avantageux et s'entendit ensuite avec un tiers pour se faire passer pour un acquéreur intéressé fut qualifié de dol provoquant la nullité du contrat de vente³⁸³.

Ces décisions de justice illustrent, outre la grande diversité des manœuvres et mensonges sanctionnés au titre du dol, que le dol est sanctionné même s'il porte sur un élément secondaire du contrat³⁸⁴. Le dol est donc conçu plus largement que l'erreur qui doit porter sur une qualité substantielle de l'objet du contrat ou de la personne du cocontractant³⁸⁵. L'évolution du droit français a été d'élargir la notion de dol et d'y intégrer des comportements qui n'auraient pas été sanctionnées auparavant. « *Il y a là, manifestement, un renforcement de l'exigence de loyauté*

³⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *D.*, 1992, p. 265, A. PENNEAU ; *D.*, 1993, p. 186, P. BRETAUDEAU ; *RTD civ.*, 1992, p. 176, J. NORMAND ; *RTD com.*, 1992, p. 218, B. BOULOC ; *D.*, 1992, p. 196, O. TOURNAFOND ; *Deffrénois*, n° 7, 1992, p. 471, Y. DAGORNE-LABBE.

³⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 18 mars 1981, *Gaz. Pal.*, 1981. 2. Pan. 280 ; Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. Pan. 288 ; CA Paris, 8 sept. 1995, *JCP* 1996. IV. 114 ; CA Grenoble, 23 fév. 2016, n° 13/03315.

³⁸⁰ T. civ. Seine, 16 nov. 1951, *D.*, 1952, p. 153, *Gaz. Pal.* 1952. 1. 67 : le terme « *manœuvre* » fait référence à « *tous les procédés frauduleux qui ont pu surprendre et tromper l'autre partie* ».

³⁸¹ Civ. 1^{ère}, 27 avril 1953, *D.*, 1953, p. 440. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 22 déc. 1954, *D.*, 1955, p. 254 pour un mandataire ayant nié être contrepartiste et prendre part à des opérations bancaires et financières.

³⁸² Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *D.*, 2016, p. 56, M. MEKKI ; *LPA*, n° 150, 2015, p. 19, P. BATTISTINI ; *JCP N*, n° 7, 2015, act. 536 ; *CCC*, n° 7, 2015, comm. 164, L. LEVENEUR ; *JCP G*, n° 27, 2015, doctr. 808, J. GHESTIN.

³⁸³ Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151, *D.*, 2005, p. 185, P. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 2004, p. 503, J. MESTRE ; *LPA*, n° 123, 2005, p. 16, M.-A. CHARDEAUX ; *JCP G*, n° 37, 2004, 2724 ; *JCP G*, n° 3, 2005, II 10006, A.-F. EYRAUD.

³⁸⁴ Cependant le dol doit avoir été déterminant du consentement, v. *infra* n° 56s.

³⁸⁵ V. *supra* n° 37.

dans la formation du contrat »³⁸⁶. Cette exigence est également reflétée dans le développement de la réticence dolosive³⁸⁷.

L'exigence d'un comportement honnête lors de la formation du contrat n'est pas absente des préoccupations du droit anglais en matière de *misrepresentation*. Tout comme le juge français, le juge anglais pourra retenir l'existence d'une *misrepresentation* en présence d'une grande variété de machinations destinées à induire en erreur le cocontractant. Dans un arrêt de principe de 1889³⁸⁸, la *House of Lords* eut à connaître d'un prospectus distribué par la société *Plymouth, Devonport and District Tramways* indiquant qu'elle avait l'autorisation de remplacer ses tramways à chevaux par des tramways à vapeur. En réalité, au moment de la diffusion du prospectus, elle ne disposait pas d'une telle autorisation, soumise à l'accord du *Board of Trade*³⁸⁹ qui refusa ultérieurement d'octroyer cette autorisation. La liquidation de la société fut enclenchée. Les actionnaires qui avaient acheté des parts dans la société *Plymouth, Devonport and District Tramways* sur le fondement des informations contenues dans le prospectus agirent contre les gérants pour *fraudulent misrepresentation*. En l'espèce, la *House of Lords* estima que la société de tramway n'avait pas commis de *fraudulent misrepresentation* car ses gérants étaient convaincus que l'autorisation d'utiliser des tramways à vapeur serait facilement obtenue et que la demande n'était qu'une formalité. Le caractère faux de la *representation* est donc intimement lié à l'état d'esprit du *representator* au moment où il présente la réalité qui entoure les circonstances du contrat à son cocontractant. Cet arrêt a fixé les conditions dans lesquelles une *representation* doit être considérée comme fautive et *fraudulent*. Il fut ainsi précisé qu'une *representation* était *fraudulent* si, au moment où elle a été faite, le contractant avait connaissance de son caractère erroné, ne croyait pas en sa vérité, ou ne se préoccupait pas de son caractère vrai ou faux³⁹⁰.

D'autres exemples permettent d'illustrer que l'attention du juge anglais se porte sur l'état d'esprit du contractant au moment où il présente l'objet du contrat ou les circonstances qui entourent sa conclusion. Par exemple, en principe, le partage avec un cocontractant d'un simple avis ou d'une simple croyance ne constitue pas une *fraudulent misrepresentation*³⁹¹. Cependant,

³⁸⁶ Patrick CHAUVEL, « Dol », in *Rép. Civ.*, Dalloz, fév. 2019, (actu. sept. 2022), n° 25.

³⁸⁷ V. *infra* n° 50.

³⁸⁸ *Derry v. Peek*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 1889, [1889] UKHL 1.

³⁸⁹ Équivalent de la Chambre de commerce.

³⁹⁰ *Derry v. Peek*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 1889, [1889] UKHL 1 : « (i) knows the statement to be false, or (ii) does not believe in the statement, or (iii) is reckless as to its truth ».

³⁹¹ *Anderson v. Pacific Fire and Marine Insurance Company*, *Queen's Bench Division*, 24 juin 1871, (1872) L.R. 7 C.P. 65 47 ; *Bisset v. Wilkinson*, *Privy Council*, 20 juill. 1926, [1927] AC 177 : l'affirmation qu'une parcelle de

si la victime arrive à montrer que le *representor* n'avait pas de réelle croyance dans ses propos, le critère d'un *false statement* est rempli. Ce fut le cas pour les *solicitors* en charge de la cession du *reversionary interest* relatif à un *trust*³⁹² qui avaient précisé à l'acquéreur ne pas avoir connaissance de défaut affectant la légalité du *trust* en question³⁹³. Les juges estimèrent que cette précision signifiait non seulement que les *solicitors* avaient cette croyance, mais aussi, implicitement, qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire en l'absence de défaut légal affectant le *trust*. Il en fut de même lorsqu'un vendeur mit en vente un hôtel en précisant qu'il était actuellement loué « *au plus recommandable des locataires* » alors que celui-ci n'avait pas payé le loyer depuis plusieurs mois³⁹⁴. En donnant ainsi son avis sur la fiabilité du locataire, le vendeur signifiait implicitement qu'il avait des raisons de croire en cette fiabilité alors qu'il avait connaissance du retard dans le paiement du loyer. Cette approche subjective peut étonner venant des juges anglais qui privilégient de façon générale des critères objectifs³⁹⁵. En réalité, le critère subjectif de l'état d'esprit du contractant pour évaluer le caractère faux de la *representation* est largement tempéré par un critère objectif de *materiality* de la *representation*³⁹⁶.

50. La dissimulation implicite de la réalité. Initialement, la notion de dol en droit des contrats français était cantonnée aux manœuvres et mensonges. La chambre des requêtes considérait que la réticence était « *par elle-même insuffisante pour constituer un dol* »³⁹⁷. La jurisprudence a finalement élargi la notion de dol à la réticence d'informations, c'est-à-dire à l'attitude par laquelle le contractant, ayant connaissance de certaines informations, omet de les partager avec l'autre partie. L'infléchissement concernait initialement les conventions dans lesquels il existait un rapport de confiance entre les contractants, telles qu'un contrat de société³⁹⁸. Ensuite, la Cour de cassation intégra également dans les comportements dolosifs « *le*

terrain pouvait contenir 2 000 moutons constitue un « *statement of opinion or belief* » et non un *false statement* susceptible de donner lieu à une *fraudulent misrepresentation*.

³⁹² Il s'agit d' « *un intérêt qui revient au constituant d'un trust [nommé le settlor] une fois que l'intérêt du bénéficiaire a pris fin* », cf. Thompson Reuters, Practical Law, Glossary, v° *reversionary interest*.

³⁹³ Brown v. Raphael, *England and Wales Court of Appeal*, 2 oct. 1957, [1958] 2 WLR 647 ; [1958] 2 All ER 79.

³⁹⁴ Smith v. Land & House Property Corporation, *England and Wales Court of Appeal*, (1884) 28 Ch D 7.

³⁹⁵ V. notam. sur la méthode d'interprétation du contrat, *infra* n° 264.

³⁹⁶ V. *infra* n° 63.

³⁹⁷ Req., 17 fév. 1874, S. 1874, 1. 248. Cette position fut également celle de la Cour de cassation : Civ., 30 mai 1927, S. 1928. 1. 105, A. BRETON ; Com., 1^{er} avril 1952, D., 1952, p. 685, J. COPPER-ROYER.

³⁹⁸ Com., 21 avril 1959, *Bull. civ.* II, 1959, n° 178, p. 162.

silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »³⁹⁹.

Aujourd'hui, la « *dissimulation intentionnelle d'une information* » est explicitement visée par le second alinéa de l'article 1137 du Code civil. Les comportements sanctionnés par les juges à ce titre sont en pratique très nombreux : la réticence dolosive constitue la majeure partie des cas de dol⁴⁰⁰. Il est heureux que la jurisprudence ait intégré la dissimulation d'une information importante à la notion de dol. Tel qu'il était traditionnellement défini, par la seule référence aux manœuvres, le dol était conçu de façon restrictive. Refuser d'élargir la notion aurait permis aux contractants les plus malhonnêtes de se servir de la distinction entre une manœuvre, c'est-à-dire un acte positif, et la simple réticence, un acte négatif qui consiste à ne pas partager une information, pour échapper à la nullité du contrat et aux éventuels dommages et intérêts. Hormis la dissimulation de la valeur de la prestation qui est explicitement exclue du champ d'application de la réticence dolosive⁴⁰¹, l'objet de cette dernière est conçu très largement.

51. L'articulation de la réticence dolosive et de l'obligation précontractuelle d'information. L'exclusion de la réticence dolosive portant sur la valeur du bien s'explique par la nécessité d'articuler les dispositions relatives au dol et celle relatives à l'obligation précontractuelle d'information. Ces deux notions sont susceptibles de se confondre. Initialement dégagée par la jurisprudence, l'obligation précontractuelle d'information fut consacrée dans le nouvel article 1112-1 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016 et de la loi de ratification, lequel dispose que : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son*

³⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 21 juin 1960, *Bull. civ. I*, 1960, n° 339 : dans le cas du silence du notaire bénéficiaire de libéralités sur le caractère irrévocable des donations consenties ; Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n° 69-12180, *Bull. civ. III*, 1971, n° 38, p. 25 : dans le cas de la réticence dolosive portant sur la réponse de la préfecture à la demande d'un permis de construire sur le terrain objet de la vente ; Civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974, n° 73-11901, *Bull. civ. III*, 1974, n° 330, p. 251 : dans le cas de la réticence dolosive portant sur la construction à venir d'une porcherie à proximité de la maison de campagne objet de la vente.

⁴⁰⁰ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 103, p. 99.

⁴⁰¹ L'art. 1137, al. 3 du C. civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018 a consacré la jurisprudence « Baldus » : Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *D.*, 2002, p. 928, O. TOURNAFOND ; *RTD civ.*, 2000, p. 566, J. MESTRE ; *JPC G*, n° 25, 2000, p. 2080 ; *LPA*, n° 134, 2000, p. 5, A.-M. L. ; *Defrénois*, n° 19, 2000, p. 1106, P. DELEBECQUE ; *LPA*, n° 242, 2000, p. 14, B. FROMION-HEBRARD.

cocontractant »⁴⁰². La définition du manquement à l'obligation précontractuelle d'information présente de grandes similitudes avec celle de la réticence dolosive : le contractant omet de partager une information relative au contrat avec son cocontractant qui ignore cette information. Le critère de distinction réside avant tout dans l'intention de tromper le cocontractant⁴⁰³ qui n'est requise que dans la réticence dolosive, mais pas dans l'obligation précontractuelle d'information. Le manquement à cette obligation peut ainsi être caractérisé par une simple maladresse ou négligence de la part du contractant⁴⁰⁴. En ce qui concerne l'information sur la valeur du bien, le second alinéa de l'article 1112-1 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁴⁰⁵ précise que le contractant ne manque pas à l'obligation précontractuelle d'information en n'informant pas l'autre partie de la véritable valeur du bien. Or dans l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1137 se contentait d'intégrer explicitement la réticence dolosive au champ du dol sans exclure la réticence portant sur la valeur du bien. Si, en théorie, la distinction entre la réticence dolosive et le manquement à l'obligation précontractuelle d'information réside dans l'intention de tromper, il aurait en pratique été difficile pour le contractant de soutenir que c'est seulement par maladresse qu'il avait omis de mentionner la véritable valeur du bien et non par souhait de réaliser un profit⁴⁰⁶. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁴⁰⁷ a donc choisi d'exclure du champ de la réticence dolosive l'erreur provoquée sur la valeur du bien⁴⁰⁸, consacrant ainsi la jurisprudence *Baldus* de la première civile de la Cour de cassation⁴⁰⁹ et résolvant la difficulté d'articulation entre la réticence dolosive et l'obligation précontractuelle d'information. La loi

⁴⁰² Art. 1111-2 du C. civil.

⁴⁰³ V. *infra* n° 55.

⁴⁰⁴ Il en résulte donc que le manquement volontaire à l'obligation précontractuelle d'information s'analyse en une réticence dolosive qui donnera à la fois lieu à réparation sous la forme de dommages et intérêts mais également à la nullité du contrat, tandis que le manquement par simple négligence à cette même obligation sera également sanctionné, mais seulement sous la forme de dommages et intérêts. V. CA Paris, Pôle 5, ch. 16, 2 mars 2021, n° 19/18455 : « *le manquement à une obligation d'information précontractuelle, si elle est établie, peut caractériser un dol par réticence, cause de nullité de la convention, dès lors que le caractère intentionnel de ce manquement est établi et que le silence a provoqué une erreur déterminante du consentement du cocontractant* ».

⁴⁰⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016.

⁴⁰⁶ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 327, p. 280.

⁴⁰⁷ *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1.

⁴⁰⁸ L'art. 1137, al. 3 du C. civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018.

⁴⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *D.*, 2002, p. 928, O. TOURNAFOND ; *RTD civ.*, 2000, p. 566, J. MESTRE ; *JPC G*, n° 25, 2000, p. 2080 ; *LPA*, n° 134, 2000, p. 5, A.-M. L. ; *Defrénois*, n° 19, 2000, p. 1106, P. DELEBECQUE ; *LPA*, n° 242, 2000, p. 14, B. FROMION-HEBRARD.

du 20 avril 2018 a fait le choix de concevoir le dol comme une notion autonome qui n'est pas subordonnée à l'existence préalable d'un devoir d'information dans le souci de mettre en œuvre « *une conception plus solidaire du contrat* »⁴¹⁰. Cependant, l'exclusion de la réticence dolosive portant sur la valeur du bien ainsi que le refus de consacrer une obligation précontractuelle d'information portant sur ce même élément consacre une conception libérale du contrat qui tempère la solidarité contractuelle. Ces dispositions permettent aux contractants d'exploiter leur connaissance de la véritable valeur du bien pour l'acquérir à bas prix⁴¹¹ et réaliser un échange avantageux.

52. Le principe de l'absence de sanction de la *non-disclosure*. En droit anglais, un contractant n'est pas tenu de partager des informations avec son cocontractant⁴¹², même si celles-ci revêtent une certaine importance⁴¹³. Cela s'explique par l'absence de devoir de loyauté dans la conclusion du contrat⁴¹⁴. Pour les juges anglais, « [u]n *devoir de bonne foi est [...] intrinsèquement incompatible avec la position d'une partie lors des négociations* »⁴¹⁵. Les parties en cours de négociations sont dans une « *position antagoniste* » et chacune d'elle, aussi bien au stade des négociations que de l'exécution du contrat, « *a le droit de poursuivre ses propres intérêts, à condition d'éviter de faire de fausses déclarations* »⁴¹⁶. Le droit anglais retient une conception du contrat beaucoup plus libérale que le droit français qui se montre bien plus soucieux de la solidarité contractuelle. En droit anglais, l'absence d'obligation précontractuelle d'information empêche l'intégration de la réticence d'information dans le champ d'application de la *misrepresentation* ce qui suggère qu'au contraire du dol, la *misrepresentation* n'est pas déconnectée d'une obligation précontractuelle d'information. En outre, pour qu'il y ait *misrepresentation*, il faut en principe qu'il y ait *representation* c'est-à-dire

⁴¹⁰ Rapport présenté au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25.

⁴¹¹ En revanche, une obligation d'information pèse sur le vendeur en vertu de l'art. 1602, al. 1^{er} du C. civil, v. *infra* n° 311.

⁴¹² La *non-disclosure* n'est pas en principe pas sanctionnée, cf. *Smith v. Hughes, High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 6 juin 1871, (1871) LR 6 QB 597 ; *Norwich Union Life Insurance Society v. Qureshi and another, Queen's Bench Division*, 8 juin 1998, [1999] 2 All ER (Comm) 707.

⁴¹³ V. *infra* n° 63 sur la *materiality*.

⁴¹⁴ V. *infra* n° 567 pour des explications plus détaillées.

⁴¹⁵ Lord ACKNER in *Walford v. Miles, House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128, n° 138 : « *A duty of good faith is unworkable in practice and inherently inconsistent with the position of a negotiating party* ».

⁴¹⁶ Lord ACKNER in *Walford v. Miles, House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128, n° 138 : « [...] *the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations* ».

des manœuvres ou mensonges, autrement dit des actes positifs de la part du contractant. La réticence d'information est un acte négatif qui ne peut suffire à caractériser une *misrepresentation*. Ces règles peuvent entraîner des conséquences sévères. Il fut par exemple jugé en 1851 qu'un bailleur n'avait aucune obligation d'informer un potentiel preneur de l'état d'insalubrité du bien mis en location⁴¹⁷.

L'absence d'obligation de partager les informations relatives au contrat connaît cependant des exceptions qui ont pour effet d'élargir la notion de *misrepresentation* en droit anglais. Il existe d'abord des infléchissements dus aux usages du commerce. Par exemple, il fut jugé en 1813⁴¹⁸ que, lors d'une vente aux enchères, le vendeur était tenu de divulguer les dommages causés à la marchandise par l'eau de mer lors du transport en navire car tel était l'usage dans ce type de vente. Le droit anglais a également tempéré son hostilité pour la bonne foi en matière contractuelle en reconnaissant l'existence de contrats *uberrimae fidei*, qui signifie « la plus grande bonne foi ». Tel est le cas notamment des contrats d'assurance conclus avec des consommateurs⁴¹⁹. Ces exceptions au principe de l'absence d'obligation de divulguer des informations demeurent rares. Par contraste, la dissimulation par réticence d'informations est régulièrement sanctionnée en droit français et constitue même la grande majorité du contentieux. Cela s'explique avant tout par l'absence de devoir général de bonne foi dans la conclusion des contrats, le droit anglais estimant que chacun est en mesure de défendre ses intérêts. Les juges anglais ont pu donc mettre l'accent sur le devoir de s'informer qui a connu un certain recul en droit français.

53. La qualité du contractant victime. La qualité de la victime du dol et la qualité de son cocontractant sont à même de jouer un rôle dans l'appréciation de l'existence d'un dol par le juge. Si la victime du dol est censée disposer de certaines connaissances en raison de son statut ou de son expérience, il lui sera plus difficile de faire reconnaître l'existence d'un dol. Par exemple, dans un arrêt de 2004⁴²⁰, relatif à un contrat de cession de parts sociales, la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir retenu l'absence d'une réticence dolosive dans la mesure où « *si, sur le plan formel, ce bilan [d'exercice] était faux, il devait être replacé dans la ligne des bilans et comptes de résultats antérieurs et "retraité", ce que ne pouvaient ignorer les cessionnaires en leur qualité de professionnels des comptes d'entreprises* ». Les juges

⁴¹⁷ Keates v. The Earl of Cadogan, *Court of Common Pleas*, 20 janv. 1851, (1851) 10 CB 591.

⁴¹⁸ Jones v. Bowden, *Court of Common Pleas*, 22 mai 1813, 128 E.R. 565.

⁴¹⁹ *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012*, 2012 c. 6.

⁴²⁰ Com., 5 oct. 2004, n° 03-12006, inédit.

anglais procèdent de façon semblable. Dans un arrêt de 2006⁴²¹, ils se prononcèrent sur l'action d'une société commerciale tendant à voir reconnaître l'existence d'une *misrepresentation* commise par une banque au cours d'un échange d'informations relatives à l'acquisition d'une société. La demande de dommages et intérêts fut rejetée notamment au motif que la demanderesse était une « *société sophistiquée* »⁴²² qui était en mesure de comprendre les risques afférents à l'investissement litigieux.

54. Le recul du devoir de s'informer. En droit français, l'erreur provoquée par dol est toujours excusable. La jurisprudence a établi cette règle, en retenant par exemple que l'acquéreur d'un immeuble à usage professionnel d'hôtel ainsi que le fonds de commerce correspondant peut obtenir gain de cause sur le fondement du dol quand bien même l'opération était de nature professionnelle et des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement⁴²³. Le caractère toujours excusable du dol a ensuite été consacré par le nouvel article 1139 du Code civil. Ce principe constitue une faveur à la victime du dol et démontre surtout une volonté de sanctionner le plus souvent possible le comportement déloyal. En effet, la sanction du dol, outre la protection du consentement et la vérification de son caractère éclairé, trouve sa justification dans la consécration d'une obligation de contracter de bonne foi. Certains arrêts anciens de la Cour de cassation sanctionnaient ainsi le dol sur le fondement, non seulement de l'ancien article 1116 du Code civil, mais également en vertu d'une référence explicite à l'obligation de contracter de bonne foi, consacrée par l'ancien article 1134 du Code civil⁴²⁴.

La reconnaissance d'un dol et d'une *misrepresentation* nécessite, outre une dissimulation de la vérité, la preuve de la volonté de tromper le contractant.

⁴²¹ IFE Fund SA v. Goldman Sachs International, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 21 nov. 2006, [2006] EWHC 2887 (QB) (Comm).

⁴²² TOULSON J. *in ibid.*, p. 1044.

⁴²³ Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ.* III, 2001, n° 20, p. 17, *RTD civ.*, 2001, p. 353, J. MESTRE ; *D.*, 2003, p. 2023, J. MOULY ; *D.*, 2001, p. 3236, L. AYNÈS ; *D.*, 2001, p. 2702, D. MAZEAUD ; *D.*, 2002, p. 927, C. CARON ; *AJDI*, 2002, p. 70, F. COHET-CORDEY.

⁴²⁴ Civ. 1^{ère}, 18 fév. 1997, n° 95-11816, *Bull. civ.* I, 1997, n° 61, p. 39, *BJS*, n° 5, 1997, p. 411, P. DELEBECQUE ; *Com.*, 6 fév. 2001, n° 97-10646, *Bull. civ.* IV, 2001, n° 29, p. 27, *D.*, 2001, p. 1024 ; *RD banc. et fin.*, n° 4, 2001, 150, D. LEGEAIS ; *BJS*, n° 8-9, 2001, p. 847, P. DELEBECQUE ; Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ.* I, 2003, n° 114, p. 89, *D.*, 2004, p. 262, E. MAZUYER ; *RTD civ.*, 2003, p. 700, J. MESTRE ; *D.*, 2003, p. 2308, V. AVENA-ROBARDET ; *BJS*, n° 8-9, 2003, p. 909, P. SCHOLER ; *LPA*, n° 234, 2003, p. 3, D. HOUTCIEFF ; *Defrénois*, n° 23, 2003, p. 1568, R. LIBCHABER.

b) La volonté de tromper le cocontractant

55. L'intention de tromper le contractant. Pour retenir le dol, le juge français doit pouvoir caractériser un élément intentionnel qui réside dans la volonté de tromper le contractant. Cette exigence était implicitement posée par l'ancien article 1109 du Code civil qui disposait : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement [a été] surpris par dol* ». Le nouvel article 1137 définit le dol comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* », ce qui est regrettable car l'exigence d'intention n'est pas explicitement visée⁴²⁵. Il n'en demeure pas moins que le critère demeure et que le juge doit être convaincu de l'intention malhonnête du contractant. La preuve est plus facile à apporter pour la victime du dol en cas de manœuvres et de mensonges car il est difficile pour le défendeur d'expliquer autrement son comportement. Il est difficile de voir quelles peuvent être les raisons licites et non dolosives de la modification du compteur kilométrique⁴²⁶ ou la demande du vendeur d'un appartement adressée au responsable du bar situé au-dessous de réduire au minimum le niveau sonore de la musique pendant les visites⁴²⁷.

En revanche, la preuve de l'intention de tromper sera plus difficile à apporter lorsque la victime se fonde sur une réticence dolosive. L'oubli ou la négligence peuvent permettre au contractant d'agir sur le fondement d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information en vue d'obtenir des dommages et intérêts⁴²⁸, mais la nullité du contrat ne pourra pas être demandée. En outre, la simple ignorance ne peut être sanctionnée au titre du dol. Le garagiste vendeur d'un véhicule ne peut se voir reprocher une réticence dolosive concernant un accident antérieur dont il n'avait pas connaissance⁴²⁹. En revanche, certains éléments peuvent conduire le juge à déceler la présence d'une intention dolosive. C'est le par exemple, lorsque la réticence porte sur un élément essentiel du contrat. Ce critère n'est pas nécessaire en matière de dol puisque toute erreur provoquée peut donner lieu à la nullité du contrat quelle que soit les

⁴²⁵ Gaëtan GUERLIN, « Le dol (définition) », in Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 31. Quoiqu'il soit possible de considérer qu'elle est implicitement visée dans l'expression « manœuvres et mensonges » qui ne peuvent être qu'intentionnels.

⁴²⁶ Civ. 1^{ère}, 18 mars 1981, *Gaz. Pal.*, 1981. 2. Pan. 280 ; Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. Pan. 288 ; CA Paris, 8 sept. 1995, *JCP* 1996. IV. 114 ; CA Grenoble, 23 fév. 2016, n° 13/03315.

⁴²⁷ Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *D.*, 2016, p. 56, M. MEKKI ; ; *LPA*, n° 150, 2015, p. 19, P. BATTISTINI ; *JCP N*, n° 7, 2015, act. 536 ; *CCC*, n° 7, 2015, comm. 164, L. LEVENEUR ; *JCP G*, n° 27, 2015, doctr. 808, J. GHESTIN.

⁴²⁸ V. *supra* n° 51.

⁴²⁹ CA Versailles, 22 oct. 1999, *D.*, 1999, p. 282. Intervient alors la garantie des vices cachés, cf. art. 1643 du C. civil.

qualités sur lesquelles elle porte⁴³⁰. Cependant, la réticence qui porte sur un élément essentiel laisse deviner l'intention dolosive⁴³¹.

Le juge anglais recherchera également une intention de tromper, mais seulement lorsque le demandeur agit pour voir reconnaître une *fraudulent misrepresentation*⁴³². Il existe donc une importante différence entre le dol et la *misrepresentation* car cette dernière peut également servir à sanctionner le comportement négligent du contractant⁴³³. La volonté de tromper est parfois nommée en anglais « *intention to induce* ». Dans un arrêt de principe de 1889, les juges précisèrent dans quelles circonstances un « *fraudulent state of mind* »⁴³⁴ peut être caractérisé. Une *representation* est *fraudulent* si, au moment où elle a été faite, le contractant avait connaissance de son caractère erroné, ou ne se préoccupait pas de son caractère vrai ou faux⁴³⁵. Ces critères alternatifs sont relatifs à l'état d'esprit du contractant, appréciable par les juges à travers son comportement et les propos tenus lors des négociations. Il revient au demandeur de préciser sur lequel de ces critères il cherche à établir la volonté de tromper. En ce qui concerne la première possibilité, la connaissance du caractère erroné de l'information, il faut préciser que la seule connaissance du caractère erroné de la *representation* ne suffit pas à conclure à l'existence d'une intention. Il faut que le contractant ait eu l'intention que la victime accorde

⁴³⁰ Au contraire de l'erreur : v. *supra* n° 37.

⁴³¹ Com., 8 juill. 2003, n° 99-18925, inédit : dans le cadre de la cession de la totalité des parts sociales d'une entreprise d'imprimerie, la Cour de cassation reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *les cédants, en gardant le silence sur un élément essentiel du contrat, n'avaient pas agi dans l'intention de tromper leur cocontractant* ». L'élément essentiel résidait dans la résiliation des contrats de crédit-bail relatifs aux machines à imprimer.

⁴³² V. *infra* n°s 58s sur la *negligent misrepresentation*.

⁴³³ V. *infra* n°s 58s sur la *negligent misrepresentation*. Le droit français sanctionne également le comportement négligent depuis la consécration de l'obligation précontractuelle d'information, mais seulement par l'octroi de dommages et intérêts et non par la nullité du contrat, v. *supra* n° 51. En revanche, si un comportement négligent de la part du contractant provoque chez l'autre une erreur sur les qualités substantielles, la victime sera susceptible d'agir sur ce fondement pour obtenir la nullité du contrat, v. *supra* n° 34.

⁴³⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 9-039, p. 431.

⁴³⁵ *Derry v. Peek*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 1889, [1889] UKHL 1 : « *knows the statement to be false, or is reckless as to its truth* » ; *Weir v. Bell*, *England and Wales Court of Appeal*, 18 mai 1878, 3 Ex. D. 238, p. 242 : « *it is well established that in an action of deceit a defendant may be liable not only if he has made statements which he knows to be false, but if he has made statements which in fact are untrue, recklessly; that is, without any reasonable grounds for believing them to be true, or under circumstances which shew that he was careless, whether they were in fact true or false* » ; *Arkwright v. Newbold*, 17 Ch. D. 301 : « [the representation] *must be made either with knowledge of its being false, or with a reckless disregard as to whether it is or is not true* » ; « *la représentation doit être effectuée avec la connaissance de son caractère faux, ou avec indifférence et désintérêt quant à sa vérité ou fausseté* ».

du crédit à sa *representation* et décide ainsi de contracter⁴³⁶. Dans un arrêt de 1931⁴³⁷, le gérant d'une société de transport de marchandises avait falsifié avec l'aide du comptable de la société, un prospectus à l'attention d'investisseurs potentiels. Les informations contenues dans ce document étaient vraies, mais l'omission de certaines autres informations laissait croire que la société était prospère, ce qui était faux. Les juges estimèrent d'abord que le prospectus devait être lu dans sa globalité, et qu'en l'espèce l'omission de certaines informations pour créer l'impression de bonne santé financière de la société faisait du prospectus un *false statement*⁴³⁸. Les juges notèrent ensuite qu'une telle omission dans des circonstances de difficultés financières importantes ne pouvait signifier qu'une volonté d'induire en erreur des investisseurs et les inciter à contracter.

L'indifférence frauduleuse – *recklessness* – quant à la vérité ou fausseté de la *representation* a également posé des difficultés de définition. Elle ne doit pas être confondue avec la simple négligence qui ne peut donner lieu qu'à la reconnaissance d'une *negligent misrepresentation*. La *recklessness* est donc un degré d'imprudence supérieur à la simple négligence – *carelessness* – car elle appartient au domaine de la *fraudulent misrepresentation* et correspond à ce titre à un comportement si imprudent qu'il en est malhonnête. Elle fut définie par un arrêt de principe de 1891⁴³⁹ comme « l'indifférence à l'égard de la vérité, l'obliquité morale qui consiste à ignorer volontairement l'importance de la vérité »⁴⁴⁰. Dans cet arrêt, les juges rejetèrent l'existence d'une *misrepresentation* car il résultait du comportement du contractant qu'il n'avait pas réalisé la portée et l'importance des termes utilisés dans un prospectus. Ce document faisait un compte-rendu très favorable d'une société exploitant une mine de charbon et faisait référence à des rapports d'ingénieurs initialement « préparés pour les gérants », et non pour de potentiels investisseurs. En réalité, ces comptes-rendus, dont le contenu était exact, avaient initialement été dressés à destination des premiers actionnaires de la société dans le but de les inciter à contracter. Le demandeur s'était vu communiquer ces

⁴³⁶ Cette appréciation de l'état d'esprit de l'auteur de la *misrepresentation* se distingue de l'appréciation de l'état d'esprit de la victime qui doit également prouver qu'elle s'est effectivement fondée sur la *representation* pour contracter, ce qui se rapproche en droit français du caractère déterminant du consentement apprécié subjectivement, v. *infra* n^{os} 56s.

⁴³⁷ R v. Kysant & Others (the Royal Mail Case), *Court of Criminal Appeal*, 4 nov. 1931, (1932) 1 KB 442. Il s'agit initialement d'une affaire pénale pour falsification des registres et comptes de la société *Royal Mail Steam Packet Company*, mais les prévenus furent également reconnus responsables civilement sur le fondement d'une *fraudulent misrepresentation*.

⁴³⁸ Le critère de dissimulation de la réalité était donc rempli, par exception au principe selon lequel la réticence ne constitue pas une *misrepresentation* : v. *supra* n^o 50.

⁴³⁹ Angus v. Clifford, *England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)*, 18 avril 1891, [1891] 2 Ch 449.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 471.

mêmes documents ultérieurement et, sur leur base, avait acquis des parts sociales qui perdirent rapidement leur valeur. Il agit sur le fondement d'une *fraudulent misrepresentation*, estimant que la mention de rapports d'ingénieurs « *préparés pour les gérants* » relevait d'une indifférence frauduleuse de la part des gérants de la société car elle laissait penser que des documents préparés avec un soin particulier avaient été communiqués. Les juges estimèrent que les gérants étaient dépourvus d'intention frauduleuse car ils avaient utilisé l'expression litigieuse par simple négligence, sans y attacher d'importance et sans tenir compte de l'effet éventuel de ces termes. Il n'y avait donc pas de *recklessness*⁴⁴¹, définie comme une connaissance malhonnête car dans les deux cas il y a absence de croyance dans la vérité de l'affirmation⁴⁴². La volonté de tromper est conçue assez largement en droit anglais et les juges sont susceptibles de prendre en compte tout type d'attitude ou de circonstances indiquant l'état d'esprit du *representator*.

Les juges anglais et les juges français seront également amenés à vérifier que la tromperie a induit le consentement du cocontractant.

c) Une tromperie induisant le consentement

56. L'appréciation subjective du caractère déterminant par le juge français. Le second alinéa de l'article 1130 du Code civil invite les juges français à retenir une approche *in concreto* du caractère déterminant du consentement⁴⁴³ car « [le] *caractère déterminant* [des vices du consentement] *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »⁴⁴⁴. Au contraire de l'erreur, où le caractère déterminant du consentement peut facilement se confondre avec le caractère substantiel des qualités de l'objet du contrat ou de la personne du contractant⁴⁴⁵, le critère de la détermination du consentement en matière de dol présente une certaine autonomie. En effet, toutes les erreurs provoquées par dol sont susceptibles de donner lieu à l'anéantissement du contrat, et non seulement les erreurs

⁴⁴¹ V. aussi : AIC Ltd v. ITS Testing Services (UK) Ltd (The Kriti Palm), *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 nov. 2006, [2006] EWCA Civ 1601 ; [2007] 2 C.L.C. 223 : le vendeur d'une cargaison d'essence délivra un certificat de qualité attestant de la conformité de la marchandise aux tests de pression de vapeur de Reid utilisés pour déterminer la volatilité des produits pétroliers alors que c'est une autre méthode de test qui fut suivie. Le vendeur réalisa ultérieurement les bonnes vérifications qui révélèrent que le produit n'était pas conforme aux spécifications contractuelles. Il informa l'acquéreur que le certificat de qualité initialement fourni était toujours valable.

⁴⁴² AIC Ltd v. ITS Testing Services (UK) Ltd (The Kriti Palm), *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 nov. 2006, [2006] EWCA Civ 1601 ; [2007] 2 C.L.C. 223, n° 257 : « *recklessness is a species of dishonest knowledge, for in both cases there is an absence of belief in truth* ».

⁴⁴³ V. *supra* n° 41.

⁴⁴⁴ Art. 1130, al. 2, du C. civil.

⁴⁴⁵ V. *supra* n° 41.

portant sur les qualités essentielles. À ce titre, il faut noter que le nouvel article 1130 du Code civil met un terme à la distinction entre le dol principal portant sur un élément essentiel tel que le contractant n'aurait pas contracté du tout, et le dol incident portant sur un élément secondaire de telle sorte que la victime aurait contracté mais à des conditions différentes⁴⁴⁶. Le nouvel article 1130 dispose que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Cela signifie qu'il n'y a plus de distinction entre le dol principal donnant lieu à la nullité du contrat et le dol incident donnant lieu seulement à des dommages et intérêts. Cette absence de distinction est heureuse car « *la volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions* »⁴⁴⁷ ne peuvent qu'être artificiellement distinguées. La jurisprudence avait déjà renoncé à cette distinction en retenant que le dol portant sur un élément secondaire puisse donner lieu à la nullité du contrat⁴⁴⁸. Le caractère déterminant de l'erreur provoquée a acquis une autonomie vis-à-vis des autres critères et une importance. Il devient alors indispensable que le juge soit convaincu que la victime s'est effectivement fondée sur l'erreur provoquée pour contracter⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Civ. 3^{ème}, 5 avril 1968, *Bull. civ.* III, 1968, n° 156, p. 124, *D.*, 1968, somm. 89 : l'importance des dépenses de décoration d'un appartement ayant été dissimulée au contractant, c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu l'existence d'un dol incident et octroyé à la victime des dommages et intérêts sans prononcer la nullité du contrat ; *Com.*, 2 mai 1984, n° 82-16880, *Bull. civ.* IV, 1977, n° 145 : « *la cession des parts de la société était intervenue le 20 janvier 1976 a fait ressortir que les co-contractants, par la convention du 13 mai 1976, n'avaient pas manifesté la volonté de revenir sur la cession à laquelle ils avaient déjà consenti mais avaient, seulement, entendu modifier l'estimation de l'un des éléments entrant dans le calcul du prix des parts cédées* ».

⁴⁴⁷ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. I*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 310, p. 437 ; Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 108, p. 103. V. cependant *contra* : David BAKOUCH, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP G*, n° 29-34, 2012, act. 851.

⁴⁴⁸ Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 04-10415, *Bull. civ.* III, 2005, n° 137, p. 126, *LPA*, n° 17, 2006, p. 9, J. THÉRON ; *LPA*, n° 207, 2006, p. 16, M.-A. CHARDEAUX : « *la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour l'acquéreur qui devait être mis à même d'apprécier la rentabilité d'une opération et aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte, en a exactement déduit que les réticences dolosives imputables à la [venderesse] entraînaient la nullité de la vente* » ; *Com.*, 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ.* IV, 2016, n° 51, p. 60, *Rev. sociétés*, 2016, p. 590, B. LECOURT ; *RTD com.*, 2016, p. 817, A. LECOURT ; *D.*, 2017, p. 375, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2016, p. 356, H. BARBIER ; *D.*, 2016, p. 2365, J.-C. HALLOUIN ; *D.*, 2016, p. 1300, G. GRUNDELER ; *JCP E*, n° 15, 2016, act. 326 ; *JCP E*, n° 42, 2016, 1554, M. CAFFIN-MOI ; *Droit des sociétés*, n° 6, 2016, comm. 97, R. MORTIER ; *JCP G*, n° 17, 2016, act. 494, B. BRIGNON ; *Gaz. Pal.*, n° 16, 2016, p. 32, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 19, 2016, p. 78, J.-M. MOULIN ; *LEDC*, n° 6, 2016, p. 3, M. CAFFIN-MOI ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2016, p. 21, D. HOUTCIEFF ; *BJS*, n° 10, 2016, p. 572, T. MASSART ; *RDC*, n° 4, 2016, p. 652, T. GENICON : « *ces éléments étaient déterminants pour le cessionnaire, lequel n'avait pas été mis en mesure d'apprécier la valeur de la société cédée et ses perspectives de développement et n'aurait pas accepté les mêmes modalités d'acquisition s'il avait eu connaissance de la situation exacte de cette société* ».

⁴⁴⁹ *Com.*, 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ.* IV, 2005, n° 140, p. 151, *D.*, 2005, p. 2836, S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2005, p. 591, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2006, p. 2774, P. CHAUVEL ; *Droit des sociétés*, n° 11, 2005, comm. 198, T. BONNEAU ; *RDC*, n° 4, 2005, p. 1025, P. STOFFEL-MUNCK ; *Comm. com. électr.*, n° 10, 2005, comm. 158, P. STOFFEL-MUNCK : « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère*

Par exemple, dans un arrêt de 2022, la Cour de cassation a censuré la décision d'une cour d'appel pour ne pas avoir retenu l'existence d'un dol dans la formation d'un contrat de vente portant sur une maison. En l'espèce, l'acquéreur avait formulé des demandes répétées auprès de la venderesse concernant l'échouage d'algues sargasses sur la propriété. La Cour de cassation reprocha aux juges du fond d'avoir constaté l'existence de réponses mensongères de la venderesse aux questions de l'acquéreur, les demandes répétées caractérisant la nature déterminante de cette information⁴⁵⁰.

57. L'appréciation subjective du caractère déterminant par le juge anglais. En droit anglais, la condition selon laquelle la *misrepresentation* doit avoir été déterminante du consentement – *relied upon* – est également distincte des autres critères. Il faut notamment retenir que la *reliance* est différente de la *materiality*⁴⁵¹. La première désigne l'état d'esprit de la victime de la *misrepresentation* qui s'est fondée sur cette dernière pour contracter ; la seconde désigne la caractéristique de la *representation* qui est de nature à induire en erreur une personne raisonnable⁴⁵². Autrement dit, la *reliance* est appréciée *in concreto* tandis que la *materiality* est appréciée *in abstracto*. Il est vrai que si le plaideur parvient à prouver la *materiality* des affirmations de son cocontractant, il augmente les chances de convaincre le juge qu'il s'est concrètement fondé sur la *misrepresentation* pour contracter⁴⁵³ car le juge anglais peut parfois déduire le caractère subjectivement déterminant du caractère *material* de la *representation*. Cela se comprend dans la mesure où ce qui est objectivement *material* a de fortes chances d'être subjectivement déterminant. Ce type de raisonnement n'est pas sans rappeler celui que retiennent les juges français en matière d'erreur : si celle-ci porte sur les qualités substantielles, elle a toutes les chances d'avoir été déterminante du consentement⁴⁵⁴. Plus précisément, les

intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » ; Civ. 3^{ème}, 13 nov. 2003, n° 02-13974, *Bull. civ.* III, 2003, n° 201, p. 178, *Gaz. Pal.*, n° 15, 2003, p. 13 ; *Deffrénois*, n° 6, 2004, p. 451, H. PÉRINET-MARQUET : « la cour d'appel, qui a souverainement retenu que les [acquéreurs] ne démontraient pas que la non souscription de l'assurance dommages ouvrage leur avait été sciemment dissimulée ni que son bénéficiaire était un élément déterminant de leur consentement à la vente [...] a pu en déduire [...] qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la vente pour erreur ou dol » ; Com., 8 juill. 2003, n° 00-21999, inédit : « la réticence dolosive alléguée n'avait pas été déterminante de l'engagement pris par [la caution] ».

⁴⁵⁰ Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ.* III, 2022, p. 634, *D.*, 2022, p. 1891, N. BONNARDEL ; *AJDI*, 2022, p. 861, F. COHET ; *CCC* n° 8-9, 2022, comm. 130, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois*, n° 28, 2022, p. 7 ; *Flash Deffrénois*, n° 28, 2022, p. 3 ; *Gaz. Pal.*, n° 23, 2022, p. 25, C. BERLAUD ; *Deffrénois*, n° 34, 2022, p. 23, M. RICHEVAUX ; *LEDC*, n° 8, 2022, p. 7, O. ROBIN-SABARD ; *Deffrénois*, n° 40-41, 2022, p. 29, V. GARNIER-VIGIER ; *JCP N*, n° 14, 2023, 1063, S. PIÉDELIÈVRE ; *Constr. – Urb.*, n° 9, 2022, comm. 97, C. SIZAIRE.

⁴⁵¹ Sur ce critère v. *infra* n°s 63s.

⁴⁵² V. *infra* n° 63.

⁴⁵³ Neil ANDREWS, *Contract law*, Cambridge : CUP, 1^{ère} éd., 2011, n° 9.1, p. 242.

⁴⁵⁴ V. *supra* n° 41.

juges retiennent ce qui s'apparente fortement à une présomption réfragable que les affirmations qui sont *material* ont donné lieu à une *reliance*, renversant la charge de la preuve et imposant au défendeur de montrer l'absence de *reliance* effective⁴⁵⁵.

En dépit de cette possible inférence, la *reliance* demeure par principe distincte de la *materiality*. Il est particulièrement important de noter qu'en matière de *fraudulent misrepresentation*, démontrer la *materiality* peut servir au plaideur à faire jouer la présomption de *reliance*⁴⁵⁶, mais que cela n'est pas strictement exigé. En revanche, pour tous les types de *misrepresentation*, il est nécessaire de convaincre le juge que sans l'erreur provoquée, le contractant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. À cet égard, il faut noter que les juges anglais ne distinguent pas selon que l'erreur provoquée porte sur un élément essentiel ou secondaire du contrat⁴⁵⁷, à l'inverse des juges français qui avaient, un temps, distingué le dol principal du dol incident⁴⁵⁸. Les juges anglais recherchent si le contractant n'aurait pas conclu le contrat en l'absence des affirmations du cocontractant. Il

⁴⁵⁵ Smith v. Chadwick, *House of Lords*, 18 fév. 1884, (1884) 9 App. Cas. 187 : « *if it is proved that the defendants with a view to induce the plaintiff to enter into a contract made a statement to the plaintiff of such a nature as would be likely to induce a person to enter into a contract, and it is proved that the plaintiff did enter into the contract, it is a fair inference of fact that he was induced to do so by the statement* », si le demandeur prouve l'intention de tromper ainsi que la *materiality*, le juge peut raisonnablement inférer que la *misrepresentation* a été déterminante du consentement, autrement dit qu'il y a *reliance*. V. aussi : Barton v County Natwest Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 juill. 1999, [2002] 4 All E.R. 494 : si le demandeur démontre le caractère *material* de l'affirmation de son cocontractant, alors, en vertu de la présomption, la charge de la preuve repose sur le défendeur de montrer que le demandeur ne s'est pas effectivement fondé sur cette affirmation pour conclure le contrat, autrement dit qu'il n'y a pas *reliance* du demandeur ; Ross River Ltd v. Cambridge City Football Club Ltd, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 19 sept. 2007 : « *Where fraudulent misrepresentations had been deliberately made with a view improperly to influence the outcome of the negotiation of a contract in favour of the maker and his principal, by an experienced player in the relevant market, there was the most powerful inference that the fraudster had achieved his objective, at least to the limited extent required by the law, namely that his fraud was actively in the mind of the recipient when the contract came to be made* » : « *Lorsque des déclarations frauduleuses ont été délibérément faites dans le but d'influencer indûment le résultat de la négociation d'un contrat en faveur du fabricant et de son mandant, par un acteur expérimenté du marché concerné, il existe une très forte inférence que le fraudeur a atteint son objectif, au moins dans la mesure limitée requise par la loi, à savoir que ses allégations étaient activement présentes à l'esprit du destinataire au moment de la conclusion du contrat* ».

⁴⁵⁶ Leeds City Council v. Barclays Bank Plc, 22 fév. 2021, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, [2021] 2 W.L.R. 1180 : « *there [is] a presumption of inducement in fraud cases, whereby a representee who had entered into a contract after a material misrepresentation had been made was presumed to have been induced into doing so by the misrepresentation* ».

⁴⁵⁷ Il serait tentant de voir une similitude entre la distinction entre le dol principal et le dol incident issue du droit français, et le critère de la *materiality* exigé par le droit anglais en cas de *negligent* et d'*innocent misrepresentation* car les deux laissent supposer qu'il existe une gradation dans la tromperie du cocontractant. Or la similitude n'est pas avérée car la distinction entre le dol principal et le dol incident tient au caractère essentiel de l'élément qui a fait l'objet du dol, tandis que la *materiality* sert à évaluer objectivement la force persuasive de la *misrepresentation*, v. n° 63. En outre, une gradation existe dans la *misrepresentation* qui se décline en *fraudulent*, *negligent* et *innocent*, mais cette gradation est fondée sur l'état d'esprit du contractant qui la commet et non sur l'importance de l'élément falsifié ou dissimulé.

⁴⁵⁸ V. *supra* n° 56.

s'agit d'un test de causalité nommé *the but for test*⁴⁵⁹ par lequel le juge détermine que la victime a été convaincue, au moins en partie, par la *representation* qui lui a été faite. Ce critère exclut certaines situations. Le contractant ne pourra pas convaincre les juges s'il apparaît qu'il aurait quand même contracté⁴⁶⁰, qu'il n'avait pas connaissance de la *representation* au moment de la conclusion du contrat⁴⁶¹, ou encore qu'il avait connaissance de son caractère erroné⁴⁶². En revanche, il n'est pas nécessaire que la *representation* ait été le seul facteur à induire le consentement ; il suffit qu'elle ait joué un rôle dans la décision du contractant⁴⁶³. Cela augmente fortement les chances de voir reconnaître la *fraudulent misrepresentation* et montre un souci de protection accrue du consentement en droit anglais.

À première vue, le dol et la *fraudulent misrepresentation* sont extrêmement similaires. En matière de *misrepresentation*, le droit anglais retient un critère supplémentaire qui éloigne les deux notions : la *misrepresentation* doit être *material*, c'est-à-dire que les propos du cocontractant doivent avoir été de nature à induire en erreur une personne raisonnable. Ce critère n'est pas strictement nécessaire à la reconnaissance d'une *fraudulent misrepresentation*, quoiqu'il puisse être utile pour le demandeur et les juges de le caractériser car la nature *material* des propos litigieux permet de faire peser la charge de la preuve de la *reliance*, le caractère déterminant du consentement, sur le défendeur. En revanche, le critère de la *materiality* revêt une importance particulière en matière de *negligent misrepresentation* et d'*innocent misrepresentation*, pour lesquelles un contractant peut également agir en justice.

⁴⁵⁹ Par ex., le plaideur prétend : « *I would not have entered into the contract but for the falsified turnover* » ; « *Je n'aurais conclu le contrat sans le chiffre d'affaires falsifié* ».

⁴⁶⁰ JEB Fasteners Ltd v. Marks Bloom & Co, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 22 juill. 1982, [1983] 1 All ER 58 : une société agit en réparation de son dommage contre une entreprise d'audit pour avoir produit des rapports erronés quant aux comptes d'une autre société dont elle avait acquis les parts. La cour d'appel approuva le juge de première instance d'avoir rejeté la demande au motif qu'il était apparent que l'objectif de l'acquisition des parts était de s'assurer d'embaucher deux gérants particulièrement prisés et que par conséquent le chiffre d'affaires n'avait pas joué de rôle dans la décision d'acquiescer les parts. L'action était fondée sur une *negligent misrepresentation* mais la règle vaut pour tous les types de *misrepresentation*.

⁴⁶¹ Hunt v. Optima (Cambridge) Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 2014, [2014] EWCA Civ 714, [2014] 2 C.L.C. 89, n° 110 : « [...] *reliance must follow representation and cannot be retrospective [...] A cause cannot postdate its consequence* » ; « *La reliance doit suivre l'affirmation et ne peut pas être rétroactive [...] Une cause ne peut pas être postérieure à sa conséquence* ». En l'espèce, l'acquéreur d'un bien immobilier ne pouvait prétendre avoir été influencé par des attestations selon lesquelles les appartements achetés étaient habitables alors que ces attestations avaient été produites après la conclusion du contrat.

⁴⁶² Rushmer v. Mervyn Smith, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 30 janv. 2009, [2009] EWHC 94 (QB) : le demandeur ne pouvait prétendre avoir été induit par la *misrepresentation* à acquiescer des parts sociales quand il a, au cours des échanges précontractuels, admis avoir connaissance de la mauvaise santé financière de la société et s'attendre à un profit moindre dans les années à suivre.

⁴⁶³ Barton v. Armstrong, *Privy Council*, 5 déc. 1973, [1973] UKPC 27 ; [1976] AC 104. L'affaire portait en réalité sur un cas de *duress*, équivalent fonctionnel de la violence, mais les juges firent une analogie avec la *fraudulent misrepresentation* en précisant qu'il n'était pas nécessaire que la *duress* ou la *misrepresentation* soit la seule raison qui ait déterminé le consentement.

2) La *negligent misrepresentation* et l'*innocent misrepresentation*, spécifiques au droit anglais

58. Des divergences entre droit français et droit anglais. Si la notion de *mistake* est très strictement définie en droit anglais⁴⁶⁴, les juges anglais ont donné de vastes contours à la notion de *misrepresentation* qui fut également considérablement élargie par le *Misrepresentation Act* de 1967⁴⁶⁵. Alors que le juge français n'est susceptible de sanctionner que les tromperies volontaires du contractant, le juge anglais peut être saisi en vue de sanctionner une *misrepresentation* commise par négligence. Cela nécessite, comme en cas de *fraudulent misrepresentation*, des agissements ou propos⁴⁶⁶ qui ont induit en erreur le contractant⁴⁶⁷. En outre, le juge doit pouvoir caractériser l'existence d'une *duty of care* pesant sur le contractant accomplissant le dol et la victime (a). Il vérifiera également que les affirmations du cocontractant sont « *material* », c'est-à-dire de nature à induire le consentement d'une personne raisonnable (b).

a) L'existence d'une *duty of care*

59. La nécessité d'une *duty of care* pesant sur le contractant. En droit anglais, la notion de négligence est intimement liée à celle de *duty of care*. L'expression est difficilement traduisible car elle n'a pas d'équivalent fonctionnel en droit français. De façon générale, la *duty of care* correspond au devoir d'une partie de « prendre soin » de l'autre partie. Cette notion est à la base de la responsabilité civile délictuelle, nommée *torts*, telle qu'elle est conçue en droit anglais. Initialement la responsabilité délictuelle ne pouvait être mise en œuvre que dans des cas très restreints de *trespass to the person*⁴⁶⁸ ou de *trespass on the case*⁴⁶⁹, dont les conditions n'étaient pas remplies en l'espèce. L'arrêt de principe *Donoghue v. Stevenson* de 1932 de la *House of Lords*⁴⁷⁰ créa un principe général de responsabilité délictuelle. Dans cette affaire, la cliente d'un café avait consommé une bière au gingembre, achetée par une amie, contenant un escargot en décomposition. Elle agit en justice, non pas contre le café en responsabilité

⁴⁶⁴ Notam. en raison de la conception restreinte du caractère fondamental de la qualité défailante retenue par les juges anglais, v. *supra* n° 37.

⁴⁶⁵ *Misrepresentation Act 1967*, 1967 c. 7.

⁴⁶⁶ V. *supra* n° 48.

⁴⁶⁷ V. *supra* n° 57.

⁴⁶⁸ Caractérisé par un dommage physique avec une intention de causer ce dommage, le *trespass to the person* se divise en trois catégories : *assault*, *battery* et *false imprisonment* cf. Lord GOFF in *Collins v. Wilcock*, *Divisional Court*, 16 avril 1984, (1984) 79 Cr. App. R. 229, p. 234.

⁴⁶⁹ Sanctionne le dommage matériel résultant d'un acte volontaire illicite autre que la force physique, par ex. le vol, ou résultant d'une négligence.

⁴⁷⁰ *Donoghue v. Stevenson*, *House of Lords*, 26 mai 1932, [1932] UKHL 100 ; [1932] AC 562.

contractuelle puisqu'elle n'avait pas procédé à l'achat elle-même, mais contre le fabricant de la boisson. Sous l'empire du droit alors en vigueur, une telle action aurait dû échouer. La *House of Lords* dégagait un principe général selon lequel tout manquement à une *duty of care* entre deux individus et causant à l'une d'elles un dommage pouvait donner lieu à une action en justice et lui permettre d'obtenir la réparation de son préjudice⁴⁷¹. Dans l'arrêt *Donoghue* de 1932, les juges estimèrent que pesait sur le fabricant d'une boisson une *duty of care* lui imposant de prendre des précautions raisonnables pour s'assurer que ces produits étaient propres à la consommation. En outre, cette *duty of care* n'avait vraisemblablement pas été remplie car la présence d'un escargot en décomposition ne pouvait qu'indiquer une absence de précaution raisonnable⁴⁷². La nécessité d'une *duty of care* pesant sur l'un des individus en matière de *misrepresentation* renforce l'idée que cette dernière appartient au domaine du *torts* et non du contrat à proprement parler.

60. La vérification de l'existence de la *duty of care*. En l'absence d'intention de tromper caractéristique de la *fraudulent misrepresentation*⁴⁷³, un plaideur peut agir sur le fondement d'une *negligent misrepresentation* à condition qu'il existe une *duty of care* pesant sur le défendeur. Initialement, un tel devoir n'était reconnu que dans les relations contractuelles préexistantes ou de nature fiduciaire, telles que celle existant entre un *solicitor* et son client⁴⁷⁴. Cette conception fut élargie par un arrêt de principe de 1964 de la *House of Lords*⁴⁷⁵. Dans cette

⁴⁷¹ Cette innovation rappelle celle opérée par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu en matière de responsabilité délictuelle du fait d'autrui : Ass. Plén., 29 mars 1991, n° 89-15231, *Bull. A.P.* n° 1, p. 1 qui a lu dans l'alinéa premier de l'art. 1384 du C. civil un principe général de responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas énumérés par les alinéas suivants, créant ainsi un principe général de responsabilité du fait d'autrui et élargissant considérablement les cas de responsabilité.

⁴⁷² Il s'agit d'un raisonnement très utilisé en responsabilité civile délictuelle en droit anglais désigné par la locution latine *res ipsa loquitur*, la chose parle d'elle-même, cf. *Byrne v. Boadle, Court of Exchequer*, 25 nov. 1863, 159 E.R. 299 : Un tonneau de farine tomba d'un grenier du deuxième étage sur la tête de la victime qui fut blessée. Deux témoins avaient vu le tonneau heurter le demandeur mais aucun témoin n'avait vu comment cet objet était tombé. La cour jugea que, dans de telles conditions, le demandeur n'était pas tenu de fournir des preuves directes quant à la question de savoir si le responsable du tonneau avait manqué à sa *duty of care*. Cela signifie que les juges peuvent inférer la négligence et le manquement à la *duty of care* de la nature même du dommage ou des circonstances factuelles. Dans l'arrêt *Donoghue*, il fut jugé qu'il n'était pas possible qu'un escargot entre dans la bouteille à moins d'une grande imprudence du fabricant et donc d'une négligence.

⁴⁷³ V. *supra* n° 55.

⁴⁷⁴ *Nocton v. Lord Ashburton, House of Lords*, 19 juin 1914, [1914] A.C. 932 : « *the solicitor contracts with his client to be skilful and careful. For failure to perform his obligation he may be made liable at law in contract or even in tort, for negligence [...]* In the early history of the action of *assumpsit* this liability was indeed treated as one for tort » ; « le *solicitor* s'engage auprès de son client à être habile et prudent. En cas de manquement à cette obligation, il peut voir sa responsabilité contractuelle ou même délictuelle engagée pour négligence [...] Au début de l'histoire de l'action d'*assumpsit*, cette responsabilité était en effet traitée comme une responsabilité délictuelle ».

⁴⁷⁵ *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd, House of Lords*, 28 mai 1963, [1964] A.C. 465 ; [1963] 3 W.L.R. 101.

affaire, une société de communication s'était engagée à procéder à de la publicité pour le compte d'une société cliente sur la base d'informations communiquées par sa propre banque et attestant de sa bonne santé financière. En réalité, le client ne put honorer les paiements dus pour les prestations de communication et la société de publicité agit contre la banque de ce client en vue d'obtenir la réparation de son dommage sur le fondement d'une *negligent misrepresentation* portant sur la solvabilité de la société cliente. Selon la demanderesse, une *duty of care* pèse sur un contractant qui possède une compétence particulière et sait ou devrait savoir que sa compétence peut induire le consentement de l'autre partie. En l'espèce, les informations transmises à la demanderesse comportaient la mention selon laquelle elles étaient partagées « *en dehors de toute responsabilité* », ce qui constituait une clause exonératrice de responsabilité valide empêchant la demanderesse d'obtenir gain de cause. Cependant, il fut précisé qu'en l'absence d'une telle clause exonératrice, l'issue du litige aurait été différente. Selon les juges, « *lorsque dans un certain domaine une personne est placée dans une position telle que d'autres peuvent raisonnablement se fier à ses compétences, qu'elle a permis que ses conseils soient transmis à une autre personne dont elle savait ou aurait dû savoir qu'elle s'y fierait, une duty of care s'impose* »⁴⁷⁶. Cet arrêt a établi qu'il existe une *duty of care* s'il existe entre les parties une « *relation spécifique* »⁴⁷⁷ dont la définition n'est pas limitée aux cas de relations contractuelles suivies ou de nature fiduciaire. Ce principe fut précisé par des décisions ultérieures qui clarifièrent les conditions nécessaires à la reconnaissance d'une *duty of care* dans le cas d'affirmations erronées communiquées à une partie : il doit être raisonnablement prévisible que la victime se fondera sur les affirmations de l'autre, il doit y avoir une certaine proximité entre les parties, et enfin il doit être juste et équitable que la loi impose une telle *duty of care*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd, *House of Lords*, 28 mai 1963, [1964] A.C. 465 ; [1963] 3 W.L.R. 101, p. 514 : « *if in a sphere where a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry such person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows, or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise* ».

⁴⁷⁷ V. déjà l'arrêt de 1916 sur lequel est en partie fondé Hedley Byrne v. Heller : *Robinson v. National Bank of Scotland Ltd*, *House of Lords*, 10 avril 1916, 1916 S.C. (H.L.) 154, p. 157 : « *the duty of care arising from other special relationships which the Courts may find to exist in particular cases* ».

⁴⁷⁸ L'appréciation d'une *duty of care* est très casuistique, cf. *Smith v. Eric S Bush (A Firm)*, *House of Lords*, 20 avril 1989, [1990] 1 A.C. 831 ; [1989] 2 W.L.R. 790 : un expert chargé d'évaluer un bien immobilier fit parvenir son rapport au créancier hypothécaire qui consentit à l'hypothèque. Le rapport étant erroné, le créancier agit contre l'expert en vue d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice résidant dans la conclusion d'un contrat d'hypothèque peut avantageux avec le propriétaire de la maison. Les juges retinrent l'existence d'une *duty of care* car l'expert savait qu'il était extrêmement probable que le créancier hypothécaire se fonde sur son rapport pour contracter. V. aussi : *Caparo Industries plc v. Dickman*, *House of Lords*, 8 fév. 1990, [1990] UKHL 2 ; [1990] 2 A.C. 605, pp. 617 et 618 : les juges expliquèrent que les « *ingrédients nécessaires* » dans la relation entre les parties pour établir une *duty of care* sont difficiles à définir. Elles ont pu être caractérisées de relations de proximité – *proximity* – ou de voisinage – *neighbourhood*, cf. *Yuen Kun-Yeu and others v. Attorney General of Hong Kong*,

61. Le caractère professionnel de l'auteur de la *misrepresentation*. De façon générale, il y a de fortes chances pour qu'une *duty of care* soit reconnue dans le cas d'une personne agissant en tant que professionnel dans un certain domaine. D'anciens arrêts le montrent déjà. Dans un arrêt de 1888⁴⁷⁹, un expert chargé d'évaluer un bien immobilier fit parvenir son rapport au créancier hypothécaire qui consentit à l'hypothèque. Le bien avait été surévalué et le créancier agit sur le fondement d'une *negligent misrepresentation* pour obtenir la réparation de son préjudice financier. Les juges estimèrent que l'expert ayant eu connaissance de l'objectif du rapport, à savoir s'engager ou non dans une opération d'hypothèque, ils étaient tenus d'une *duty of care* leur imposant de préparer le rapport avec une grande prudence ce qui n'avait pas été le cas.

62. Un dol n'émanant pas du contractant. Il faut noter qu'en droit anglais, dans de nombreux cas, la *misrepresentation* n'émane pas du contractant et peut être invoquée en justice. Cela s'explique par l'appartenance de cette notion au domaine de la responsabilité civile délictuelle. Il ressort de l'étude de la notion de *misrepresentation* qu'elle est conçue comme causant un dommage qui consiste en la conclusion d'un contrat non profitable sur la base d'éléments erronés sans lesquels la victime n'aurait pas contracté. L'auteur des informations erronées n'est donc pas décisif. Cela explique également que la volonté de tromper ne soit pas une condition nécessaire. Le droit anglais est soucieux d'accorder une solution au contractant qui n'a pas pu évaluer l'opportunité du contrat, peu important que la raison en soit les allégations erronées du contractant lui-même ou d'un tiers. Lorsqu'il s'agit d'un tiers, la recherche d'une intention de tromper fait moins sens puisque ce n'est pas lui qui bénéficiera du contrat. Pour cette raison, sont également sanctionnées, outre les *fraudulent misrepresentations*, les *negligent misrepresentations* émanant de tiers de confiance. La *negligent misrepresentation* présente cependant la particularité d'être de nature à induire en erreur une personne raisonnable pour être sanctionnée.

b) Une tromperie de nature à induire en erreur une personne

Privy Council, 10 juin 1987, [1987] HKLR 1154. De façon générale, il revient aux juges de déceler au cas par cas s'il peut raisonnablement être retenu que l'une des parties devait se soucier tout particulièrement des intérêts de l'autre. Dans l'affaire *Caparo* de 1990, la *House of Lords* retint qu'une société d'audit n'avait pas d'obligation envers les actionnaires existants ou de potentiels investisseurs quant à l'exactitude des comptes-rendus fournis. Elle jugea, d'une part, qu'il n'y avait pas de proximité suffisante entre la société et les actionnaires existants, et, d'autre part, que faire peser sur une société d'audit une *duty of care* envers des investisseurs potentiels ouvrirait la voie à de trop nombreux recours.

⁴⁷⁹ *Cann v. Willson, Chancery Division*, 6 juin 1888, (1888) 39 Ch. D. 39.

raisonnable : la *materiality* de la *representation*

63. Une appréciation objective du caractère déterminant. La *materiality* correspond à une appréciation du caractère déterminant du consentement, comme la *reliance*⁴⁸⁰, avec la particularité d'être déterminée de façon objective. Une affirmation n'est *material* que si elle est susceptible d'induire en erreur une personne raisonnable⁴⁸¹. Le juge anglais exige donc une double détermination du consentement, ce qui est bien plus strict que le droit français qui n'exige qu'une détermination subjective du consentement. Cette référence à un critère objectif est assez caractéristique du droit anglais et la « personne raisonnable » est un outil mis en œuvre par le juge anglais dans de nombreux contentieux contractuels⁴⁸². Sa présence en matière de *misrepresentation* montre qu'il n'est pas question pour les juges anglais d'annuler un contrat ou d'accorder des dommages et intérêts pour n'importe quelle tromperie. Ainsi, dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance portant sur le risque d'incendie d'un local professionnel, ont été considérées comme *material* la réticence et le mensonge de l'assuré concernant le refus d'une autre compagnie d'assurance de conclure un contrat d'assurance portant sur un véhicule terrestre à moteur⁴⁸³. Les juges se réfèrent à la définition de la *materiality* contenue dans le *Marine Insurance Act* de 1906 selon lequel : « *toute circonstance est importante qui est susceptible d'influencer le jugement d'un assureur prudent dans la fixation de la prime ou dans la décision de prendre ou non le risque* »⁴⁸⁴. Les juges précisèrent que cette définition éclairait le critère de *materiality* pour tous les contrats d'assurance, quel que fût leur objet⁴⁸⁵. En l'espèce, le mensonge dans le questionnaire rempli par l'assuré était *material* car le refus d'un autre assureur d'assurer le véhicule découlait de mensonges proférés par le potentiel assuré dans le questionnaire de l'assureur. Or il est de première importance pour un assureur de s'assurer de l'intégrité morale de l'assuré. Selon les juges, la connaissance du refus d'un premier assureur en raison de mensonges du potentiel assuré aurait alerté l'assureur

⁴⁸⁰ V. *supra* n° 57.

⁴⁸¹ Macdowall v. Fraser, *Court of King's Bench*, 16 nov. 1779, (1779) 1 Douglas 260, 99 E.R. 170.

⁴⁸² V. *infra* n°s 264s sur l'interprétation du contrat.

⁴⁸³ Locker & Woolf Ltd v. Western Australian Insurance Co Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 13 fév. 1936, [1936] 1 K.B. 408.

⁴⁸⁴ *Marine Insurance Act 1906*, 1906 c. 41, s. 18(2) : « *every circumstance is material which would influence the judgment of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk* ».

⁴⁸⁵ V. dans le même sens : Becker v. Marshall, *England and Wales Court of Appeal*, 26 juill. 1922, (1922) 12 Ll. L. Rep. 413 : « *In my view it is very important to maintain the obligation on the assured of communicating to the underwriter every material fact, and I understand, and have always understood, the definition of material fact to be that contained in the Marine Insurance Act* » ; « *À mon avis, il est très important de maintenir l'obligation pour l'assuré de communiquer au souscripteur tout fait important, et je comprends, et j'ai toujours compris, que la définition d'un fait important est celle contenue dans la loi sur l'assurance maritime (Marine Insurance Act)* ».

du local et l'aurait probablement amené à considérer qu'il n'était pas judicieux de contracter avec cette personne⁴⁸⁶. Dans le contrat d'assurance, la surévaluation par l'assuré des biens qui sont l'objet du contrat est également considéré comme *material*⁴⁸⁷. Il en va de même lorsque, dans un contrat de prêt portant sur une somme d'argent, le prêteur avait contracté sous un faux nom en vue de dissimuler sa véritable identité car il était connu pour être un prêteur peu scrupuleux⁴⁸⁸.

La vérification de la *materiality* démontre l'accent qui est mis par le droit anglais sur la nécessité pour les contractants de se montrer à même de défendre leurs intérêts, et de demeurer prudent et alerte sur d'éventuelles tentatives évidentes de tromperie. Cette constatation contraste fortement avec le recul du devoir de s'informer que connaît le droit français, à travers notamment le dol toujours excusable.

B) La sanction de la tromperie du cocontractant

64. Deux sanctions classiques. Les juges français comme les juges anglais peuvent être amenés, en matière de dol et de *misrepresentation*, à prononcer l'anéantissement du contrat (1) ou à octroyer à la victime des dommages et intérêts (2).

1) L'anéantissement du contrat, une sanction commune au dol et à tous les types de *misrepresentation*

65. Une nullité relative. En France comme en Angleterre, la tromperie du contractant ayant induit son consentement au contrat est sanctionnée par l'anéantissement du contrat. Plus précisément, il s'agit d'un anéantissement rétroactif : la nullité en droit français, la *rescission* en droit anglais. En droit français, la victime du dol peut agir en vue d'obtenir la nullité relative⁴⁸⁹ du contrat dans les cinq ans à partir de la découverte de l'erreur provoquée⁴⁹⁰. La nullité encourue est relative, c'est-à-dire qu'en vertu de la théorie moderne des nullités adoptée par la réforme du 10 février 2016, « la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé »⁴⁹¹. Cet intérêt privé est celui de la victime du dol dont le consentement a été surpris par

⁴⁸⁶ *Locker & Woolf Ltd v. Western Australian Insurance Co Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 13 fév. 1936, [1936] 1 K.B. 408, p. 414.

⁴⁸⁷ *Ionides v. Pender, Court of Queen's Bench*, 27 mai 1874, (1873-74) L.R. 9 Q.B. 531.

⁴⁸⁸ *Gordon v. Street, England and Wales Court of Appeal*, 28 juin 1899, [1899] 2 Q.B. 641.

⁴⁸⁹ Art. 1131 C. civil.

⁴⁹⁰ Art. 1144 C. civil.

⁴⁹¹ Art. 1179 C. civil.

le dol. La sanction révèle toutefois l'importance du caractère éclairé du consentement en matière contractuelle. Il en va de même en Angleterre où le contrat est *voidable*.

66. Un contrat *voidable*. La *misrepresentation* rend le contrat *voidable*, ce qui signifie que seule la victime peut agir en vue d'obtenir l'anéantissement rétroactif⁴⁹², à l'image de la nullité relative connue du droit français. La sanction consiste à considérer que le contrat n'a jamais été formé et à remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant l'éventuelle exécution partielle ou complète⁴⁹³. Dans un arrêt de 1881⁴⁹⁴, le vendeur d'un bien immobilier agit en vue d'obtenir le complet paiement du prix. L'acquéreur fit valoir, comme moyen de défense, l'*innocent misrepresentation* dont il avait été victime et sollicita reconventionnellement tendant à l'annulation rétroactive du contrat. Ayant obtenu gain de cause, il put récupérer les sommes versées en paiement partiel de la maison. Le délai légal pour agir n'est pas spécifié en droit anglais. Dans un arrêt de principe de 1950⁴⁹⁵, cinq ans s'étaient écoulés entre la vente litigieuse d'un tableau faussement présenté comme étant du peintre Constable et la tentative de revente de ce bien qui avait mis à jour l'erreur portant sur l'auteur du tableau. Les juges estimèrent que les cinq ans écoulés constituaient un délai déraisonnable pour agir en *misrepresentation*. La solution est particulièrement sévère pour les contractants car l'absence de connaissance de la *misrepresentation* n'est pas prise en compte par les juges. Le critère semble plutôt être celui de l'existence d'une occasion pour le contractant de découvrir la vérité, les juges ayant procédé par assimilation avec l'action en inexécution contractuelle dans le contrat de vente. Une telle action n'est plus ouverte à l'acquéreur lorsqu'il a accepté le bien. L'acceptation du bien est définie à la section 35 du *Sale of Goods Act* de 1979 : elle peut être explicite, résulter de la conduite de l'acquéreur qui se comporte en propriétaire du bien⁴⁹⁶ ou être constituée par le silence de l'acquéreur pendant un délai raisonnable au cours duquel il a eu l'opportunité d'examiner les biens et de vérifier leur conformité aux stipulations contractuelles⁴⁹⁷. Considérant que l'inexécution contractuelle est plus grave que l'*innocent misrepresentation*, les juges décidèrent que là où l'action en inexécution contractuelle était prescrite, l'action en *rescission* pour *innocent misrepresentation* devait l'être aussi. Par

⁴⁹² *Urquhart v. Macpherson, Privy Council*, 22 mai 1878, (1878) 3 App. Cas. 831. V. aussi : *Whittaker v. Campbell, The High Court of Justice (Divisional Court)*, 20 mai 1983, (1983) 77 Cr. App. R. 267.

⁴⁹³ *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v. Shipping Corporation of India (The Kanchenjunga)*, *House of Lords*, 15 fév. 1990, [1990] 1 Lloyd's Rep 391.

⁴⁹⁴ *Redgrave v. Hurd, England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)*, 28 nov. 1881, (1881) 20 Ch. D. 1.

⁴⁹⁵ *Leaf v. International Galleries, England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} mars 1950, [1950] 2 K.B. 86.

⁴⁹⁶ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 35(1).

⁴⁹⁷ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 35(4).

conséquent, un acquéreur qui pendant cinq ans n'a pas examiné un tableau pour vérifier sa provenance ne peut plus agir en nullité. En outre, cette solution reflète la nature d'*equitable remedy* de la *rescision* : elle est accordée à la discrétion des juges anglais. Si ces derniers estiment que, notamment, la sécurité juridique serait menacée par l'anéantissement rétroactif du contrat, comme ce fût le cas en l'espèce, ils pourront refuser de prononcer cette sanction.

67. La confirmation du contrat. L'article 1182 du Code civil reprenant en substance les dispositions de l'ancien article 1338 du même Code, dispose que le contrat affecté d'un vice du consentement est susceptible de confirmation, expressément par un acte de confirmation, ou tacitement par l'exécution du contrat en connaissance du vice⁴⁹⁸. Dans un arrêt de 2022⁴⁹⁹, la Cour de cassation eut à connaître d'un contrat de cession de parts sociales conclue avant l'entrée en vigueur du nouvel article 1182 du Code civil relatif à la confirmation. La cession était affectée d'un dol en raison des manœuvres résidant dans le détournement de sommes d'argent par le cédant la veille de la signature de la cession ainsi que du dépôt d'une marque pouvant nuire à l'exploitation de la société cédée car celle-ci était connue pour son activité sous ce nom et cette notoriété était l'une des composantes de sa valeur. Le juge du fond avait annulé l'acte de cession de parts sociales pour dol. Or les cessionnaires avaient, à la suite de la cession et en connaissance des vices l'affectant qui avaient en outre été réparés par le cédant⁵⁰⁰, fait appel à un arbitre chargé de déterminer le prix définitif de cession des parts sociales. La chambre commerciale cassa donc l'arrêt pour défaut de base légale au regard de l'ancien article 1338 du Code civil alors applicable. Les juges du fond auraient dû rechercher si les cessionnaires n'avaient pas, par leur comportement, entendu confirmer le contrat et renoncer à la nullité. La confirmation est soumise à la réunion de deux critères : la connaissance du vice par le contractant et l'intention de le réparer. Les juges du fond se montrent particulièrement vigilants sur la réunion de ces deux critères, ce qui est heureux. Il est tout à fait concevable qu'un contractant souhaite confirmer le contrat nul pour en retirer les bénéfices. Cependant, lorsqu'un acte est entaché de nullité en raison du caractère vicié du consentement de l'une des parties, il est nécessaire de se montrer prudent quant à la confirmation tacite d'un tel acte. Celle-ci ne peut résulter de la seule exécution du contrat sans la connaissance de l'existence du vice, de la même façon que la connaissance du vice ne peut suffire à présumer la volonté de voir le contrat

⁴⁹⁸ Art. 1182 du C. civil

⁴⁹⁹ Com., 21 avril 2022, n° 20-16295, inédit, *Rev. sociétés*, 2022, p. 551, D. PORACCHIA ; *JCP E*, n° 01, 2023, 1000, M. CAFFIN-MOI.

⁵⁰⁰ Retrait du dépôt de la marque et restitution des sommes détournées par le cédant.

s'exécuter. Par conséquent, il est cohérent que les juges du fond rejettent l'existence d'une confirmation lorsque la connaissance du vice n'est pas avérée⁵⁰¹, ou lorsque l'intention de réparer le vice n'apparaît pas sans équivoque⁵⁰².

En droit anglais, la confirmation d'un contrat *voidable* en raison d'une *misrepresentation* est également possible. La confirmation peut être expresse ou s'induire de la conduite du contractant dont le consentement a initialement été vicié. Pour ce dernier cas, les juges exigent que le contractant ait eu connaissance de la *misrepresentation* et de la possibilité qui lui est offerte de solliciter l'anéantissement du contrat⁵⁰³. En réalité, les juges anglais se montrent enclins à retenir l'existence d'un *bar to rescission*, une impossibilité de demander la rescision, et à retenir une confirmation tacite par comportement. Par exemple, un actionnaire ne peut solliciter la rescision du contrat de cessions de parts sociales si, après avoir eu connaissance de la *misrepresentation*, il a accepté des dividendes et participer aux votes de l'assemblée générale⁵⁰⁴. Il en va de même pour l'acquéreur d'une machine qui en fait usage après avoir eu connaissance des manœuvres de son cocontractant⁵⁰⁵. Les juges anglais se montrent enclins à retenir la confirmation, édictant des solutions sévères pour le contractant dont le consentement a été vicié⁵⁰⁶. Au contraire du juge français, le juge anglais ne recherche pas la véritable intention de réparer le vice.

68. La possibilité du retour au *statu quo ante*. L'anéantissement rétroactif ne peut être prononcé par les juges que si les parties sont en mesure de rendre l'avantage obtenu du contrat en vertu de son exécution complète ou partielle⁵⁰⁷. Par conséquent, l'acquéreur d'un fonds de commerce ne pourra obtenir la *rescission* de la cession après avoir exercé une activité commerciale pendant quatre mois et vendu une partie du patrimoine attaché au fonds de commerce⁵⁰⁸, ou après avoir modifié les statuts et la forme légale d'une société⁵⁰⁹. En droit français comme en droit anglais, l'anéantissement rétroactif du contrat n'est pas possible si l'objet du contrat a subi une profonde altération, dont l'appréciation appartient aux juges. À

⁵⁰¹ CA Colmar, 3^{ème} ch. civ., section A, 27 sept. 2021, n° 19/04535 ; CA Reims, 1^{ère} ch., 6 juin 2023, n° 22/01522.

⁵⁰² CA Grenoble, 1^{ère} ch., 30 mai 2023, n° 21/03089 ; CA Angers, ch. com., section A, 1^{er} fév. 2022, n° 18/02562.

⁵⁰³ Habid Bank Ltd v. Tufail, *England and Wales Court of Appeal*, 7 avril 2006, [2006] EWCA Civ 374.

⁵⁰⁴ The Western Bank of Scotland v. Addie, *House of Lords*, 20 mai 1867, [1867] UKHL 113.

⁵⁰⁵ The United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet and others, *Privy Council*, 23 mars 1909, [1909] UKPC 10.

⁵⁰⁶ C'est le cas également en matière de dol, v. *infra* n° 89.

⁵⁰⁷ Urquhart v. Macpherson, *Privy Council*, 22 mai 1878, (1878) 3 App. Cas. 831.

⁵⁰⁸ Sheffield Nickel and Silver Plating Co Ltd v. Unwin, *The High Court of Justice (Divisional Court)*, 6 fév. 1877, (1877) 2 Q.B.D. 214.

⁵⁰⁹ Clarke v. Dickson, *Court of Queen's Bench*, 25 avril 1858, 120 E.R. 463.

défaut de l'anéantissement du contrat, les juges peuvent octroyer à la victime de la tromperie des dommages et intérêts.

2) L'octroi de dommages et intérêts

69. Le préjudice réparable en droit français. En droit français, le dol est conçu comme une faute civile résidant dans la tromperie du contractant commise pendant la phase précontractuelle, tromperie qui équivaut à un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi. Ce manquement permet la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle consacrée à l'ancien article 1382⁵¹⁰ et au nouvel article 1240 du Code civil. La victime du dol peut ainsi obtenir la réparation de son préjudice si la nullité ne suffit pas à garantir cette réparation, étant précisé qu'il est possible de solliciter seulement des dommages et intérêts sans soulever la nullité du contrat⁵¹¹. Par exemple, dans un arrêt de 2021⁵¹², la cour d'appel de Paris eut à connaître d'une réticence dolosive dans la formation d'un contrat de prestations de service. Une salariée détenant des parts sociales dans une société de production de projets audiovisuels et multimédia avait prescrit la conclusion de contrats entre son employeur, la société France Telecom, et cette société. Les juges du fond reconnurent un dol sur le fondement de la réticence dolosive portant sur les liens patrimoniaux entre la salariée et la société cocontractante. La nullité des contrats de prestation de service fut prononcée, ainsi que l'indemnisation de la société France Telecom, victime du dol. La cour précisa que « *la sanction de l'annulation des contrats consiste dans la remise en état des parties dans la situation où elles se seraient trouvées si les contrats n'avaient pas été conclus* » et que « *en raison de la nature des prestations fournies à la société France Télécom, il convient de compenser la restitution du montant des contrats facturés, avec les charges supportées par la société [de prestations de service] représentant l'équivalent de la contrepartie des prestations nécessairement acquises à la société France Télécom* ». Autrement dit, le contractant ayant exécuté sa prestation, il convenait certes de rendre à France Telecom le prix payé pour la prestation, mais d'en déduire les dépenses subies par le contractant pour l'exécution de ses obligations afin de replacer les

⁵¹⁰ Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, n° 77-15903, *Bull. civ. I*, 1979, n° 279, p. 226, *D.*, 1980, p. 264, J. GHESTIN ; *RTD civ.*, 1980, p. 763, F. CHABAS.

⁵¹¹ Com., 14 mars 1972, n° 70-12659, *Bull. civ. IV*, 1972, n° 90, p. 86, *D.*, 1972, p. 653, J. GHESTIN ; *Deffrénois*, 1973, p. 446, J.-L. AUBERT.

⁵¹² CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 11 juin 2021, n° 20/14638.

parties dans le *statu quo ante*. Il revient donc au juge de déterminer le préjudice en prenant en compte les avantages que le demandeur à l'action a pu retirer de la situation dommageable⁵¹³.

70. Le préjudice réparable en droit anglais. En droit anglais, la misrepresentation est également conçue comme appartenant au domaine des *torts*, donc à la responsabilité délictuelle⁵¹⁴. En principe, la victime du dol peut obtenir la réparation de son dommage de façon à revenir à la situation dans laquelle elle se trouvait avant la conclusion du contrat. Selon le principe posé par un arrêt de 1866⁵¹⁵, « *les dommages et intérêts, en vertu de la règle générale, sont calculés en prenant en compte la différence entre la position dans laquelle [le contractant] se serait trouvé si la déclaration avait été vraie et la position dans laquelle il se trouve actuellement, en raison de la fausseté de la déclaration* »⁵¹⁶. Le dommage ainsi réparé correspond au « *dommage actuel découlant directement de l'incitation frauduleuse* »⁵¹⁷. Par exemple, dans un arrêt de 1969⁵¹⁸, les juges octroyèrent la somme 5 500 livres en réparation de la somme déboursée pour acquérir l'entreprise de quincaillerie ainsi que des sommes dépensées en vue de la faire prospérer, en déduisant les bénéfices tirés de l'exploitation.

71. La réparation de la perte de chance : une divergence de conception. Lorsque la victime du dol se contente de solliciter la réparation sans demander la nullité, « *le préjudice réparable correspond uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, ou de ne pas contracter* »⁵¹⁹. La réparation accordée sera donc moindre. Il est possible de débattre de la possibilité pour un contractant d'agir en vue d'obtenir la réparation de la perte de chance de ne pas contracter. Pour certains auteurs, la cohérence entre les demandes procédurales conduit à considérer que « *la victime du dol qui a choisi le maintien du contrat ne peut se plaindre ni de la perte de chance de conclure un contrat à des conditions*

⁵¹³ Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *D.*, 2016, p. 2061, S. CARVAL ; *RTD civ.*, 2016, p. 847, H. BARBIER ; *D.*, 2017, p. 24, P. BRUN ; *JCP G*, n° 10, 2017, doct. 257, P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC*, n° 2, 2017, p. 319, J. PASSA ; *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2017, comm. 13.

⁵¹⁴ V. *supra* n° 59.

⁵¹⁵ *Firbank's Executors v. Humphreys, England and Wales Court of Appeal*, 9 nov. 1886, (1886) 18 Q.B.D. 54.

⁵¹⁶ Lord ESHER *in ibid.*, p. 60.

⁵¹⁷ Lord ATKIN *in Clark v. Urquhart, House of Lords*, 24 juill. 1929, [1930] A.C. 28, p. 68 : « *the actual damage directly flowing from the fraudulent inducement* ».

⁵¹⁸ *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 31 janv. 1969, [1969] 2 Q.B. 158.

⁵¹⁹ Com., 21 juin 2016, n° 14-29874, inédit, *RTD civ.*, 2016, p. 847, H. BARBIER ; *AJCA*, 2016, p. 386, A. BORIES ; *JCP E*, n° 42, 2016, 1554, M. CAFFIN-MOI ; *LEDC*, n° 8, 2016, p. 4, M. CAFFIN-MOI. V. déjà : Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ.* IV, 2012, n° 149, *D.*, 2012, p. 2772, M. CAFFIN-MOI ; *RTD civ.*, 2012, p. 732, P. JOURDAIN ; *D.*, 2013, p. 391, S. AMRANI-MEKKI ; *Rev. sociétés*, 2012, p. 686, B. FAGES ; *RTD civ.*, 2012, p. 725, B. FAGES ; *JCP E*, n° 38, 2012, 1548 ; *LEDC*, n° 8, 2012, p. 2, M. CAFFIN-MOI ; *RDC*, n° 1, 2013, p. 91, O. DESHAYES ; *LPA*, n° 16, 2013, p. 5, Y. OULD AKLOUCHE ; *LPA*, n° 110, 2013, p. 5, G. FRANCOIS, A. FIORENTINO, SANDRINE TISSEYRE, J.-F. RIFFARD, J.-C. RODA, M. MORAND, F. BUY, J. THÉRON, L. NEYRET.

plus avantageuses avec un tiers, ni de la perte de la chance de ne pas contracter »⁵²⁰. Cependant, la Cour de cassation semble avoir réaffirmé sa position dans un arrêt de 2019⁵²¹ dans lequel elle a précisé : « *ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont elle avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses* ». La solution semble sévère : choisir de ne pas solliciter la nullité du contrat peut signifier simplement faire contre mauvaise fortune bon cœur. Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de préjudice consistant à ne pas avoir eu la chance de contracter avec un tiers ou à ne pas avoir eu la chance de s'abstenir de contracter. Le dol correspond à la tromperie qui incite à contracter, l'auteur du dol cherchant à s'assurer par des moyens déloyaux du consentement de l'autre, quitte à lui faire miroiter une situation plus avantageuse que ce qu'il pourrait trouver ailleurs. Le préjudice peut en réalité être assez conséquent lorsque la victime du dol avait prospecté auprès de plusieurs contractants et avait fait en sorte de rechercher la meilleure option possible. En outre, lorsque la demande principale en nullité est formulée et rejetée par les juges du fond, la victime du dol peut obtenir gain de cause sur le fondement d'une demande subsidiaire fondée sur la responsabilité civile et se voir octroyer la réparation de la « *perte de chance d'avoir effectué un investissement plus rentable* »⁵²². Cela signifie que le critère de recevabilité de la demande de réparation du préjudice réside dans la formulation d'une demande d'annulation du contrat qui peut évidemment être rejetée ou accueillie par les juges du fond. Une telle solution incite précisément les plaideurs à formuler des demandes contradictoires, pour parer l'éventualité que la demande principale en nullité soit rejetée.

En tout état de cause, en matière de dol comme en matière de rupture abusive des pourparlers, il ne s'agit pas de réparer « *la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »⁵²³. En droit anglais, la définition du dommage

⁵²⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 308, p. 346.

⁵²¹ Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *D.*, 2020, p. 353, M. MEKKI ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 742, J. PROROK ; *RTD civ.*, 2019, p. 576, H. BARBIER ; *D.*, 2020, p. 118, E. LAMAZEROLLES ; *RDC*, n° 4, 2019, p. 59, J. HEINICH ; *BJS*, n° 11, 2019, p. 32, E. SCHLUMBERGER.

⁵²² Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ.* III, 2021, p. 118, *RDI*, 2021, p. 226, H. HEUGAS-DARRASPEN ; *Flash Defrénois*, n° 5, 2021, p. 7 ; *JCP N*, n° 4, 2021, act. 178 ; *JCP E*, n° 6, 2021, 1084 ; *JCP N*, n° 12, 2021, 1140, S. PIÉDELIÈVRE ; *Constr. – Urb.*, n° 3, 2021, comm. 44, C. SIZAIRE ; *CCC*, n° 4, 2021, comm. 53, L. LEVENEUR ; *Constr. – Urb.*, n° 12, 2022, comm. 135, C. SIZAIRE ; *Gaz. Pal.*, n° 19, 2021, V. ZALEWSKI-SICARD.

⁵²³ Com., 26 nov. 2003, « arrêt Manoukian », n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ.* IV, 2003, n° 186, p. 206, *Rev. sociétés*, 2004, p. 325, N. MATHEY ; *D.*, 2004, p. 869, A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; *D.*, 2004, p. 2922, E. LAMAZEROLLES ; *RTD civ.*, 2004, p. 80, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2004, p. 85, J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC*, n° 2, 2004, p. 257, D. MAZEAUD ; *BJS*, n° 6, 2004, p. 849, J.-J. DAIGRE, jurisprudence consacrée

réparable en matière de *misrepresentation* a été élargie à ce qui s'apparente à une perte chance, de façon cependant un peu différente du droit français. Dans un arrêt de 1990⁵²⁴, les juges eurent à connaître de l'acquisition d'un salon de coiffure. L'acquéreur avait contracté sur la base de l'assurance selon laquelle le vendeur ne travaillerait pas personnellement de manière régulière dans son autre salon de coiffure situé dans la même région. Il s'agissait d'un mensonge qui empêcha le salon de coiffure acheté de prospérer en raison de la rude concurrence que constituait le second établissement. Les juges retinrent qu'il était possible pour la victime du dol ayant fait l'acquisition des parts d'une société qui s'était avérée moins prospère que ce qui avait été prétendu par le cédant, de réclamer la réparation d'un tel dommage. Il s'agit donc de la réparation du préjudice qui découle, non pas de la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses ou de ne pas contracter, mais de la compensation du « *manque à gagner qui aurait pu être raisonnablement anticipé* »⁵²⁵. Un tel préjudice est susceptible de correspondre à des sommes supérieures à celles octroyées en cas de perte de chance en droit français. Dans cet arrêt, la victime du dol obtint la somme de 10 000 livres⁵²⁶. Les juges précisèrent devoir examiner le type de bénéfices que l'acquéreur aurait pu s'attendre à réaliser dans une autre entreprise de coiffure achetée pour une somme similaire, ce qui supposait de prendre en compte divers facteurs, telle que l'existence d'une concurrence rude ou l'investissement de départ.

En droit français, la réparation de la perte de chance peut surprendre en matière de dol dans la mesure où elle ne contribue pas strictement à replacer la partie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas contracté. Cette réparation donne à la victime un avantage par rapport à cette situation, elle compense les attentes légitimes déçues. Cependant, il ne s'agit pas de placer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait

par la réforme du 10 fév. 2016 et la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018 par le biais du second alinéa de l'art. 1112 du C. civil

⁵²⁴ *East v. Maurer, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 sept. 1990, [1991] 1 W.L.R. 461 ; [1991] 2 All E.R. 733 : « *it seems to me clear that there is no basis upon which one could say that loss of profits incurred whilst waiting for an opportunity to realise to its best advantage a business which has been purchased, are irrecoverable. It is conceded that losses made in the course of running the business of a company, are recoverable. If in fact the plaintiffs lost the profit which they could reasonably have expected from running a business in the area of a kind similar to the business in this case, I can see no reason why those do not fall within the words of Lord Atkin in Clark v. Urquhart* ».

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 261 : « *loss of profit that could have reasonably been anticipated* ».

⁵²⁶ *V. dans le même sens : Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd, Court of Appeal*, 31 janv. 1969, [1969] 2 Q.B. 158. Les juges octroyèrent la somme 5 500 livres en réparation de la somme déboursée pour acquérir l'entreprise de quincaillerie ainsi que des sommes dépensées en vue de la faire prospérer, en retirant les bénéfices tirés de l'exploitation.

trouvée si la fausse affirmation avait été vraie, puisque le manque à gagner n'est pas réparé. L'objectif est de placer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée sur le dol n'avait pas été commis, ce qui explique donc la compensation du préjudice résidant dans la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses, notamment avec un tiers. Le contractant est placé dans une situation où son consentement n'a pas été surpris par dol, lui laissant la possibilité de faire un choix conforme à ses intérêts en toute connaissance de cause.

Outre la tromperie du contractant par des manœuvres diverses, le droit français et le droit anglais permettent au juge de sanctionner également l'extorsion du consentement du contractant.

§ 3 - L'extorsion du consentement du cocontractant

72. Des notions relativement similaires, des sanctions divergentes. Le droit français et le droit anglais permettent tous les deux au juge de sanctionner les contrats auxquels une partie a consenti sous la contrainte (**A**). En revanche, les sanctions possibles ne sont pas les mêmes dans les deux systèmes (**B**).

A) L'extorsion du consentement par la contrainte

73. Une contrainte déterminante du consentement. En France comme en Angleterre, la conception de la contrainte qui constitue l'élément-clé de la violence et de la *duress* s'est considérablement élargie au fil des jurisprudences (1). Cette contrainte doit également avoir été déterminante du consentement de la victime, selon une conception subjective (2).

1) Une conception large de la contrainte

74. La diversité des contraintes susceptibles de vicier le consentement. La contrainte susceptible de faire obstacle au contrat est largement conçue en droit français comme en droit anglais. Elle comprend d'abord la contrainte exercée sur la personne du contractant (a). En outre, elle englobe aussi la contrainte de nature économique qui prive le contractant de sa liberté contractuelle (b).

a) La contrainte sur la personne du contractant

75. Une contrainte largement conçue en droit français. En droit français, l'article 1140 du Code civil dispose : « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Le consentement au contrat doit non seulement être éclairé, la sanction de l'erreur et du dol permet de s'en assurer, mais il doit également être libre, c'est-à-dire exercé sans aucune forme de contrainte. Dans le cas d'un consentement donné sous la menace de violences infligées au contractant ou à ses proches, le droit français reconnaît la nullité du contrat. Cette violence « est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers »⁵²⁷. La violence est définie plus largement que le dol qui n'est un vice du consentement que s'il émane du cocontractant⁵²⁸, ce qui laisse penser que le Code civil « *place [...] la liberté au premier rang des qualités du consentement, devant son caractère éclairé* »⁵²⁹, la violence étant considérée comme le vice le plus grave⁵³⁰. Un autre élément permet penser que le droit français se soucie tout particulièrement de la liberté du consentement. La définition de la contrainte, élément matériel de la violence, est large puisqu'elle englobe les menaces exercées sur le contractant ainsi que son patrimoine et ses proches. L'ancien article 1113 du Code civil

⁵²⁷ Art. 1142 du C. civil

⁵²⁸ Art. 1137 du C. civil

⁵²⁹ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 334, p. 288.

⁵³⁰ *Ibid.*, n° 321, p. 276.

mentionnait explicitement le conjoint ainsi que les descendants et les ascendants du contractant⁵³¹, la loi présumant l'affection particulière du contractant pour ces personnes⁵³². En outre, la contrainte exercée est susceptible de revêtir des formes extrêmement variées. Les juges français ont ainsi pu retenir les menaces visant l'intégrité physique du contractant⁵³³, son intégrité morale⁵³⁴, son honneur et sa réputation⁵³⁵, ou encore son patrimoine⁵³⁶. Quel que soit l'objet de la menace, il revient aux juges du fond de le préciser explicitement dans leur décision sous peine d'une cassation pour défaut de base légale⁵³⁷.

76. Une contrainte initialement conçue de façon restreinte en droit anglais. En droit anglais, le vice du consentement de *duress* était initialement conçu de façon très restreinte. Il correspondait seulement aux hypothèses de menaces d'une violence physique ou de violences

⁵³¹ Art. 1113 du C. civil : « *La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants* ».

⁵³² François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 313, p. 348.

⁵³³ V. par ex. : CA Aix-en-Provence, ch. 1, section B, 23 fév. 2006, n° JurisData 2006-313062 : annulation d'une convention de reconnaissance de droit à récompense due à la communauté en raison d'une violence caractérisée par des menaces de mort et des maltraitements physiques de l'époux sur l'épouse ; Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12454, inédit, *D.*, 2017, p. 380, M. MEKKI ; *LPA*, n° 209, 2016, p. 6, S. LEQUETTE : annulation de la vente d'un immeuble consentie par une personne reconnue atteinte de troubles mentaux en raison de violences caractérisées par le comportement manipulateur, l'emprise et les menaces de son concubin.

⁵³⁴ Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *JCP G*, n° 8, 2013, act. 210, D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RDC*, 2013, p. 879, É. SAVAUX ; *D.*, 2013, p. 1026, P. LOKIEC ; *Rev. trav.*, 2013, p. 258, F. TAQUET ; *Gaz. Pal.*, n° 45, 2013, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 82, 2013, A. SAURET et P.-L. VIGNANCOUR ; *Cah. Soc.*, n° 251, 2013, J. ICARD ; *RJEP*, n° 717, 2014, chron. 1, G. HENON et N. SABOTIER ; *JCP E*, n° 7, 2013, act. 143 ; *JCP E*, n° 16, 2013, 1236, D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP S*, n° 10, 2013, 1112, C. LEBORGNE-INGELAERE ; *JCP S*, n° 7, 2013, act. 75, L. DAUXERRE ; *Rev. proc. coll. civ. et comm.*, n° 5, 2013, comm. 150, F. TAQUET : annulation de la rupture conventionnelle du contrat de travail en raison d'une violence caractérisée par le harcèlement moral dont a été victime la salariée. Cependant, « *en l'absence de vice du consentement, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention de rupture* », cf. Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *D.*, 2019, p. 963, P. LOKIEC ; *RTD civ.*, 2019, p. 321, H. BARBIER ; *Droit social*, 2019, p. 268, J. MOULY ; *JA*, 2020, n° 613, p. 40, P. FADEUILHE ; *JCP S*, n° 5, 2019, act. 51 ; *JCP E*, n° 6, 2019, act. 91 ; *JCP S*, n° 8, 2019, 1057, G. LOISEAU ; *BJT*, n° 2, 2019, p. 16, J. ICARD ; *Gaz. Pal.*, n° 7, 2019, p. 34, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 9, 2019, p. 30, S. MAYOUX ; *Gaz. Pal.*, n° 10, 2019, p. 59, S. HARIR. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, n° 00-18369, inédit, approuvant la cour d'appel d'avoir annulé une donation en raison des « *fortes pressions d'ordre psychologique* » exercées sur la donatrice.

⁵³⁵ Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *D.*, 2013, p. 1768, P. FLORES ; *D.*, 2014, p. 1115, P. LOKIEC ; *Rev. trav.*, 2013, p. 480, G. AUZERO ; *Cah. Soc.*, n° 279, 2015, p. 577, J. ICARD ; *JCP E*, n° 23, 2013, act. 436 ; *JCP S*, n° 23, 2013, act. 265, N. DAUXERRE ; *JCP G*, n° 24, 2013, act. 681, D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP E*, n° 29, 2013, 1432, F. TAQUET ; *Rev. proc. coll. civ. et comm.*, n° 5, 2013, comm. 150, F. TAQUET ; *Rev. proc. coll. civ. et comm.*, n° 3, 2015, comm. 56, F. TAQUET ; *RJEP*, n° 717, 2014, chron. 1, G. HENON et N. SABOTIER ; *JCP S*, n° 8-9, 2014, 1078, G. LOISEAU : annulation de la rupture conventionnelle du contrat de travail en raison d'une violence caractérisée par la menace proférée par l'employeur de ternir la poursuite du parcours professionnel de la salariée en raison des erreurs et manquements de sa part.

⁵³⁶ Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *D.*, 2007, p. 2966, S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2007, p. 2215, G. RAOUL-CORMEIL ; *CCC*, n° 2, 2007, comm. 44, L. LEVENEUR : annulation d'une convention d'honoraires allouant à l'avocat la somme de 15 000€ en raison de la menace par l'avocat de ne pas verser à sa cliente, alors en état de surendettement, les sommes qui lui avaient été allouées par une décision de justice.

⁵³⁷ Civ. 3^{ème}, 7 fév. 1984, n° 82-14163, *Bull. civ. III*, 1984, n° 27.

physiques avérées⁵³⁸. Les hypothèses de *duress* présentaient déjà une certaine diversité. Dans un arrêt de 1847 du *Queen's Bench*⁵³⁹, la patiente d'un asile psychiatrique fut menacée par des proches du renouvellement de la décision d'internement la concernant. Elle signa sous cette menace un contrat de cession à titre gratuit de tous ses biens aux auteurs de la demande d'internement. Le juge estima qu'une telle menace constituait une *duress* dans la mesure où la cédante était menacée d'une grande restriction de liberté. Dans un arrêt de principe de 1976 du *Privy Council*⁵⁴⁰, les juges eurent à connaître d'un contrat de cession de parts sociales auquel le cédant avait consenti en raison de menaces de mort proférées à son encontre par le cessionnaire, lui aussi actionnaire de la société. Le juge de première instance⁵⁴¹ avait considéré que les menaces n'étaient pas la seule ni la principale raison ayant poussé le cédant à conclure le contrat car cela était avant tout plus profitable pour lui. Le *Privy Council* renversa cette décision. Il précisa que la reconnaissance de la *duress* ne nécessite pas que les menaces ou la violence soient l'unique raison ayant poussé la victime à consentir au contrat.

77. L'élargissement de la notion de contrainte. La notion de *duress* fut élargie par un arrêt de principe, connu sous l'appellation « *The Siboen* », de 1976 de la *High Court of Justice*⁵⁴². Dans cette affaire, le contrat correspondait à une convention d'affrètement de plusieurs navires. En raison d'une restructuration de leur société par la société-mère, les affréteurs signalèrent aux fréteurs qu'ils risquaient la faillite si les tarifs du transport par navire n'étaient pas revus à la baisse. Les fréteurs acceptèrent la renégociation du prix et un avenant au contrat fut signé. Un an plus tard, les affréteurs ayant retrouvé leur santé financière, les fréteurs proposèrent de renégocier le prix du transport ou de cesser de mettre à disposition les navires. Les affréteurs refusèrent les deux options, et les fréteurs mirent fin au transport initialement convenu. Les affréteurs agirent en vue d'obtenir des dommages et intérêts pour *breach of contract*⁵⁴³. Les fréteurs, défendeurs à l'action en dommages et intérêts, firent valoir la nullité⁵⁴⁴, estimant que l'attitude des affréteurs consistant à demander une renégociation du prix en insistant sur leur mauvaise santé financière constituait une *duress*⁵⁴⁵. Le juge de la *High*

⁵³⁸ Skeate v. Beale, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1841, 113 E.R. 688.

⁵³⁹ Cumming v. Ince, *Court of Queen's Bench*, 11 nov. 1847, 116 E.R. 418, (1847) 11 Q.B. 112.

⁵⁴⁰ Barton v. Armstrong, *Privy Council*, 5 déc. 1973, [1973] UKPC 27 ; [1976] AC 104.

⁵⁴¹ Il s'agissait d'une juridiction australienne, le *Privy Council* étant compétent pour connaître des appels provenant de certaines juridictions des pays du *Commonwealth* dont l'Australie, v. *supra* n° 17.

⁵⁴² Occidental Worldwide Investment Corp v Skibs A/S Avanti (The Siboen and The Sibotre), *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 avril 1975, (1976) Lloyd's Rep. 293

⁵⁴³ V. *infra* n°s 675s.

⁵⁴⁴ Plus précisément le contrat conclu en raison d'une *duress* est *voidable*, v. *infra* n° 87.

⁵⁴⁵ Le contrat était cependant *voidable* en raison de *misrepresentations* résidant dans l'exagération de la mauvaise santé financière des affréteurs.

Court of Justice rejeta cet argument et fit droit à la demande de dommages et intérêts des affréteurs. Il estima que la pression exercée sur les fréteurs lors de la signature de l'avenant n'était pas suffisamment importante pour constituer une *duress*. Cependant, il précisa que, dans sa nature, la pression exercée sur les fréteurs, quoique non caractérisée par des violences ou des menaces de violences physiques, pouvait donner constituer une *duress*. Il écrivit notamment : « *Si je devais être contraint de signer un bail ou un autre contrat [...] sous la menace imminente de voir ma maison incendiée ou un tableau de valeur lacéré sans aucune menace de violence physique à l'égard de qui que ce soit, je ne pense pas que la loi validerait cet engagement... La véritable question est en fin de compte de savoir si l'accord en question doit être considéré comme ayant été conclu volontairement ou non* »⁵⁴⁶. Cette remarque, figurant dans un *obiter dictum*, ouvrit la voie à la reconnaissance d'une *duress* hors des seules hypothèses de violences ou menaces de violences physiques. Elle constitue les prémisses de la reconnaissance de l'*economic duress*, équivalent de la « *violence économique* »⁵⁴⁷ en droit français.

b) La contrainte de nature économique

78. L'*economic duress*, reconnue de longue date en droit anglais. L'*obiter dictum* figurant dans l'arrêt *The Siboen* de 1976 de la *High Court of Justice* permit la reconnaissance d'une *economic duress* dès le début des années 80. Dans un arrêt de 1978 de la *High Court of Justice*⁵⁴⁸, le juge eut à connaître d'un contrat portant sur la construction d'un navire selon lequel le prix devait être payé en dollars selon un échancier ayant fait l'objet d'un accord entre les parties. En raison de la dévaluation du dollar, les constructeurs exigèrent une augmentation du prix, sans quoi ils ne livreraient pas le navire. Le maître d'ouvrage consentit au paiement du nouveau prix et un avenant au contrat fut signé. Une fois la construction terminée, il agit en vue d'obtenir le remboursement de la part augmentée du prix sur le fondement d'une *economic*

⁵⁴⁶ Justice KERR *in ibid.* : « *I should be compelled to sign a lease or some other contract [...] under an imminent threat of having my house burnt down or a valuable picture slashed through without any threat of physical violence to anyone, I do not think that the law would uphold the agreement... The true question is ultimately whether or not the agreement in question is to be regarded as having been concluded voluntarily* ».

⁵⁴⁷ Pascal ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC*, n° 3, 2015, p. 747 ; Albin ANDRIEUX, « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétoriennes. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA*, n° 167, 2016, p. 6 ; Hugo BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et Patr.*, n° 240, 2014, p. 50 ; Jean-Pascal CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014, p. 47 ; Mathias LATINA, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.*, 2020, p. 2180 ; Anthony MAYMONT, « La violence économique : une réalité consacrée ? », *RLDC*, n° 120, 2014, p. 8 ; Émilie MAUREL, « Pour une autonomie de l'abus de dépendance en droit des contrats », *RLDA*, n° 178, 2022, p. 28.

⁵⁴⁸ *North Ocean Shipping Co v. Hyundai Construction Co (The Atlantic Baron)*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division) (Commercial Court)*, 20 juill. 1978, [1979] Q.B. 705.

duress. Le juge estima que la menace du constructeur de rompre le contrat, sans aucune justification⁵⁴⁹, à moins que les propriétaires n'augmentent le montant des paiements constituait bien une *duress* sous forme de pression économique qui rendait l'avenant au contrat *voidable*. Dans un tel cas, la victime pouvait soit procéder à la confirmation du contrat⁵⁵⁰, soit se considérer comme libérée de ses obligations. Dans un arrêt de 1979 du *Privy Council*⁵⁵¹, les juges eurent à connaître d'une cession de parts sociales. Outre la cession, les cédants avaient accepté de ne pas vendre d'autres parts sociales pendant un an en vue d'éviter une baisse de la valeur des actions si les cessionnaires s'engageaient à acquérir un certain nombre de parts, pour un prix unitaire de 2,5 dollars, à l'issue du délai d'un an. Un tel accord privait les cédants de la possibilité de vendre les parts à un prix intéressant si celles-ci connaissaient une augmentation de leur valeur. Ils exigèrent alors du cessionnaire qu'il consente plutôt à compenser la perte subie par le cédant si la valeur des parts sociales était inférieure à 2,5 dollars. À défaut d'un accord, il menaça de ne pas transférer les parts initialement acquises par le cessionnaire. Ce dernier accepta et le transfert des parts initialement acquises fut opéré. Lorsque la valeur des parts sociales chuta, le cédant agit en vue d'obtenir l'exécution de l'accord de compensation. Le cessionnaire fit valoir la nullité d'un tel accord en raison d'une *economic duress*. Les juges précisèrent qu'en principe, rien n'empêchait la reconnaissance d'une *economic duress* comme un élément susceptible d'entraîner la nullité d'un contrat. Ils ajoutèrent qu'il est pour cela nécessaire qu'il ait une « *coercion of will* », une contrainte de la volonté, qui vicie le consentement. En d'autres termes, il doit être démontré que la conclusion du contrat n'est pas un acte volontaire de la prétendue victime de la *duress*. En l'espèce, le *Privy Council* s'en remis à l'appréciation du juge de première instance et du juge d'appel selon lesquels le cessionnaire avait donné son consentement à l'accord de compensation en vue d'éviter d'éventuelles poursuites judiciaires et une mauvaise publicité. Par conséquent, les juges retinrent que le contrat était valide car les cessionnaires avaient été soumis à une simple « *pression commerciale* » qui ne constituait pas une *duress* et ne faisait pas du contrat un acte consenti contre leur volonté. Enfin dans un arrêt de 1991⁵⁵², la *House of Lords* reconnut explicitement l'existence d'une *economic duress*. Les juges précisèrent : « *il est désormais admis que la pression économique peut être suffisante pour constituer une duress [...] à condition que la*

⁵⁴⁹ La *termination for breach*, c'est-à-dire la résolution unilatérale du contrat, est licite si elle répond à certains critères, v. *infra* n^{os} 675s.

⁵⁵⁰ V. *infra* n^o 89.

⁵⁵¹ Pao On v. Lau Yiu Long, *Privy Council*, 9 avril 1979, 1980 AC 614. [1980] A.C. 614, [1979] 3 W.L.R. 435.

⁵⁵² Dimskal Shipping Co SA v International Transport Workers Federation, (The Evia Luck) (n^o 2), *House of Lords*, 7 nov. 1991, [1992] AC 152.

pression économique puisse être qualifiée d'illégitime et qu'elle ait constitué une cause importante incitant le demandeur à conclure le contrat en question »⁵⁵³. La notion d'*economic duress* est donc conçue assez largement, par opposition à la violence économique issue du droit français qui nécessite l'accumulation de nombreux critères.

79. La violence économique, un ajout plus récent en droit français, En droit français, le nouvel article 1143 du Code civil dans sa rédaction issue de la réforme du 10 février 2016 dispose : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Cet article consacre la sanction des « *violences contextuelles* »⁵⁵⁴, c'est-à-dire issues des circonstances qui entourent la conclusion du contrat, par opposition aux violences personnelles visées par l'article 1140 du Code civil. Le nouvel article 1143 consacre ainsi une évolution de la notion de violence dégagée initialement par la jurisprudence. La reconnaissance de la nullité du contrat conclu sous l'emprise d'une menace due aux circonstances apparaît d'abord dans un arrêt de 1887 de la chambre des requêtes⁵⁵⁵ annulant une convention d'assistance maritime prévoyant une contrepartie excessive pour le sauveteur et à laquelle le capitaine n'avait consenti que pour éviter la noyade. Cette solution, assimilant à la violence l'abus de la situation de dépendance dans laquelle se trouve le cocontractant, fut consacrée par la loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer⁵⁵⁶ et figure actuellement à l'article L. 5132-6 du Code des transports⁵⁵⁷. En droit commun, l'évolution prit plus de temps. C'est seulement au début des années 2000 que la Cour de cassation admit qu'une contrainte de nature économique puisse constitutive d'une violence de nature à vicier le consentement. Dans l'arrêt de principe

⁵⁵³ Lord GOFF OF CHIEVELEY *in ibid.*, p. 165 : « *it is now accepted that economic pressure may be sufficient to amount to duress [...] provided at least that the economic pressure may be characterised as illegitimate and has constituted a significant cause inducing the plaintiff to enter into the relevant contract* »

⁵⁵⁴ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 339, p. 292.

⁵⁵⁵ Req., 27 avril 1887, *DP*, 1888, 1, p. 263.

⁵⁵⁶ Art. 15 de la loi n° 67-545 du 7 juill. 1967 relative aux événements de mer, *JORF* du 9 juill. 1967 : « *Toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 [...]* ».

⁵⁵⁷ Art. L. 5132-6 du C. des transports dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011 portant diverses dispositions d'adaptation du code des transports au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes, *JORF* n° 0134 du 10 juin 2011, texte 6 : « *Un contrat ou certaines de ses clauses peuvent être annulés ou modifiés, si : 1° Le contrat a été conclu sous une pression abusive ou sous l'influence du danger et que ses clauses ne sont pas équitables ; ou 2° Si le paiement convenu en vertu du contrat est beaucoup trop élevé ou beaucoup trop faible pour les services effectivement rendus* ».

de 2000 de la Haute juridiction⁵⁵⁸, le litige concernait une transaction conclue entre un assuré et son assureur quant à la somme qui devait lui être versée au titre d'indemnisation des dommages causés par un incendie dans le garage qu'il exploitait au titre de son activité commerciale. Estimant le montant de l'indemnisation trop faible par rapport au préjudice subi, l'assuré avait agi en vue d'obtenir la nullité du contrat sur le fondement d'une contrainte économique. Le juge du fond rejeta sa demande au motif que la transaction ne pouvait être attaquée pour lésion à laquelle se rattachait la contrainte économique. La Cour de cassation censura la décision des juges du fond pour violation des dispositions relatives à la transaction, au motif que la contrainte économique se rattachait au vice du consentement de violence, et que le dol et la violence permettaient l'annulation d'une transaction⁵⁵⁹. Cette solution ouvrait la voie à la reconnaissance de la nullité du contrat lorsque l'une des parties abusait de l'état de dépendance ou de la vulnérabilité financière du cocontractant pour obtenir un avantage, sans qu'il soit nécessaire pour les juges de caractériser « *la crainte d'exposer sa personne [...] à un mal considérable* ». En effet, la particularité de la violence économique réside dans le fait que la victime de la violence ne craint pas de mal considérable : le mal est déjà présent en raison de circonstances économiques et la situation de détresse de la victime est exploitée par le cocontractant en vue d'obtenir le consentement au contrat. Dans l'arrêt de 2000 de la Cour de cassation, la contrainte qui poussa le garagiste à contracter résidait dans la précarité de sa situation financière : son local professionnel étant détruit, il ne pouvait plus pratiquer son activité, ce qui le conduisit à consentir à l'évaluation de l'indemnisation proposée par son assureur pour obtenir rapidement des fonds afin de remettre en état le local.

La reconnaissance de la violence économique caractérisée par la contrainte financière connut ensuite un recul notamment en raison d'une décision de 2002⁵⁶⁰, « l'arrêt Bordas », dans laquelle la Cour de cassation censura pour défaut de base légale la décision du juge du fond ayant reconnu la violence, au motif que manquait la caractérisation de l'exploitation active par le contractant de la situation de dépendance⁵⁶¹. Une telle solution avait pour conséquence de

⁵⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *RTD civ.*, 2000, p. 827, J. MESTRE ; *D.*, 2000, p. 879, J.-P. CHAZAL ; *RTD civ.*, 2000, p. 863, P.-Y. GAUTIER ; *D.*, 2001, p. 1140, D. MAZEAUD ; *CCC*, 2000, comm. n° 142, L. LEVENEUR ; *Deffrénois*, 2000, p. 1124, P. DELEBECQUE ; *Dr. et patr.*, 2000, n° 2652, P. CHAUVEL ; *JCP* 2001, II, n° 10461, G. LOISEAU ; *LPA*, 2001, p. 17, L. BELMONTE.

⁵⁵⁹ Ancien art. 2053 du C. civil

⁵⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *RTD com.*, 2003, p. 86, A. FRANÇON ; *D.*, 2002, p. 1860, J.-P. CHAZAL ; *D.*, 2002, p. 2844, D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G*, n° 22, 2002, 1866 ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2002, comm. 89, P. STOFFEL-MUNCK ; *CCC*, n° 8-9, 2002, comm. 121, L. LEVENEUR ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2002, comm. 80, C. CARON ; *Gaz. Pal.*, n° 201, 2002, p. 103, F. GHILAIN ; *Deffrénois*, n° 19, 2002, p. 1246, É. SAVAUX.

⁵⁶¹ V. *infra* n° 81 sur l'abus par le cocontractant de l'état de dépendance.

ramener la violence économique au plus proche de la définition classique de la violence en exigeant un comportement actif du contractant et non une simple violence contextuelle. Par la suite, la position de la Cour de cassation fut peu claire sur la question, certaines décisions allant dans le sens de la reconnaissance de la violence économique⁵⁶², d'autres décisions fermant la porte à sa consécration⁵⁶³. Dans un arrêt paru après la réforme mais avant son entrée en vigueur⁵⁶⁴, la troisième chambre civile de la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir fait droit à la demande d'annulation de la vente d'un immeuble consentie par une personne reconnue comme étant atteinte de troubles mentaux et ayant subi des violences caractérisées par le comportement manipulateur, l'emprise et les menaces de son concubin. La création de l'article 1143 du Code civil eut le mérite d'entériner l'innovation jurisprudentielle de violence économique. La définition exacte de ce nouveau vice du consentement ne se fit cependant pas sans mal.

80. La difficile définition de l'état de dépendance. Le nouvel article 1143 du Code civil fut l'objet d'un vif débat entre le Sénat et l'Assemblée nationale relatif à la caractérisation de la violence économique. La loi d'habilitation autorisait le Gouvernement à « *sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* »⁵⁶⁵. En application de cette disposition, l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁶⁶ proposait la création d'un article 1143 ainsi rédigé : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Le texte rattachait ainsi au vice de violence le fait pour le contractant d'exploiter la vulnérabilité du cocontractant pour obtenir son consentement au contrat, en dépit de l'existence d'autres

⁵⁶² Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *D.*, 2007, p. 2966, S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2007, p. 2215, G. RAOUL-CORMEIL ; *CCC*, n° 2, 2007, comm. 44, L. LEVENEUR : annulation d'une convention d'honoraires allouant à l'avocat la somme de 15 000€ en raison de la menace par l'avocat de ne pas verser à sa cliente, alors en état de surendettement et « *en état de faiblesse psychologique* », les sommes qui lui avaient été allouées par une décision de justice.

⁵⁶³ Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *RTD civ.*, 2014, p. 880, H. BARBIER ; *RDC*, n° 1, 2015, p. 11, T. GENICON ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2002, comm. 89, P. STOFFEL-MUNCK : la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir débouté la venderesse de sa demande d'annulation d'une vente d'immeuble consentie après de multiples visites de la part du promoteur immobilier alors que la venderesse se trouvait dans une situation de difficulté financière de nature à créer un état de faiblesse.

⁵⁶⁴ Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12454, inédit, *D.*, 2017, p. 380, M. MEKKI ; *LPA*, n° 209, 2016, p. 6, S. LEQUETTE.

⁵⁶⁵ Loi n° 2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF* n° 0040 du 17 fév. 2015, art. 8, 2°.

⁵⁶⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, texte n° 26.

propositions⁵⁶⁷. Le Sénat formula l'inquiétude que la notion d'« *état de dépendance* » soit interprétée largement par les tribunaux comme toute « *situation de faiblesse d'une partie par rapport à une autre* »⁵⁶⁸, ce qui permettrait l'annulation de très nombreux contrats conclus par des personnes qui ne feraient pas l'objet de mesures de protection et reviendrait à créer « *un nouveau régime de l'état de dépendance* »⁵⁶⁹. Le Sénat proposa donc d'insérer l'adjectif « *économique* »⁵⁷⁰ après le terme « *dépendance* », ce qui fut rejeté par l'Assemblée nationale⁵⁷¹. Le Sénat proposa alors de retenir la sanction de l'abus de « *l'état de dépendance dans lequel se trouve [le] cocontractant à [l'égard de l'autre]* »⁵⁷², ce qui fut accepté par l'Assemblée nationale. Ainsi rédigé, le texte oblige les juges du fond à vérifier l'existence d'un état de dépendance du contractant par rapport à l'autre, et non plus largement un simple état de faiblesse « *intrinsèque* »⁵⁷³ de la victime de la violence. Cette conception stricte de l'état de dépendance fut retenue dans quelques arrêts de cours d'appel. Dans un arrêt de 2018⁵⁷⁴, la cour d'appel d'Aix-en-Provence eut à connaître d'un contrat de vente à réméré d'une maison dont le vendeur demandait l'annulation car il prétendait n'y avoir consenti que sous la pression d'importantes difficultés financières. Les juges estimèrent⁵⁷⁵ « *qu'il n'existait aucun lien de dépendance économique entre les parties à l'acte au sens de [l'article 1143 du code civil] qui aurait pu déterminer [le vendeur] à contracter, les difficultés financières qu'il rencontrait étant insuffisantes à créer un lien de dépendance envers [le vendeur et] son voisin acquéreur de son bien* ». La cour d'appel s'appuie sur l'absence de lien établi entre les parties antérieurement à

⁵⁶⁷ Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, vol. 19, Dalloz, coll. NBT, 2002, n^{os} 438s : l'auteure propose la création d'un quatrième vice du consentement nommé « *vice de faiblesse* » et qui reposerait sur deux critères cumulatifs : la situation de faiblesse du contractant et l'avantage excessif retiré du contrat par l'auteur de la violence.

⁵⁶⁸ François PILLET, « Rapport n^o 22 (2017-2018) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 11 oct. 2017. [En ligne] <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html> (page consultée le 08/07/2023)

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Texte n^o 23 de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel du Règlement et d'administration générale, 11 oct 2017, art. 5. [En ligne] <https://www.senat.fr/leg/pjl17-023.html> (page consultée le 08/07/2023)

⁵⁷¹ Texte n^o 429, adopté par la commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n^o 315), 29 nov. 2017. [En ligne] <https://www.senat.fr/leg/tas17-054.html>https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b0429_texte-adopte-commission (page consultée le 08/07/2023)

⁵⁷² Texte n^o 54 de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel du Règlement et d'administration générale, 1^{er} fév. 2018. [En ligne] (page consultée le 08/07/2023)

⁵⁷³ Mathias LATINA, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.*, 2020, n^o 10, pp. 2180s.

⁵⁷⁴ CA Aix-en-Provence, 4 déc. 2018, n^o 17/10400.

⁵⁷⁵ Le vendeur invoquait l'art. 1143 du C. civil s'agissant d'un contrat conclu avant le 1^{er} oct. 2016. Les juges relevèrent l'inapplicabilité de la règle de droit invoquée mais répondirent sur le fond.

l'acte litigieux et susceptible de constituer un état de dépendance du vendeur envers l'acquéreur⁵⁷⁶. De façon similaire, dans un arrêt de 2019⁵⁷⁷, la cour d'appel de Lyon rejeta la demande d'annulation d'une transaction signée par l'acquéreur d'un bien immobilier avec un tiers qui prétendait avoir des droits réels sur le bien acquis. L'acquéreur faisait valoir qu'il n'avait contracté que pour éviter un litige qui l'aurait empêché de revendre le bien acquis à bref délai, ce qui l'aurait ainsi placé dans une situation financière difficile. Les juges estimèrent l'argument insuffisant car l'acquéreur « n'invoqu[ait] *pas d'état de vulnérabilité par rapport* [à son cocontractant] »⁵⁷⁸. Cette affaire présente de grandes similarités avec un litige tranché par un arrêt de la cour d'appel de Versailles⁵⁷⁹. Les juges du fond avaient reconnu l'état de dépendance économique dans laquelle se trouvait la société Bouygues lorsqu'elle avait dû accepter, sous la menace illégitime d'un recours en annulation d'un permis de construire d'une autre société, une transaction d'un montant particulièrement élevée. La décision fit l'objet d'un pourvoi. Dans un arrêt de 2015⁵⁸⁰, la Cour de cassation avait approuvé la décision des juges du fond, au motif que la société Bouygues, « *quelle que soit son envergure financière, devait, pour mener à bien son projet, disposer de permis de construire purgés de tout recours pour, d'abord, acquérir les terrains destinés à recevoir les constructions dans les délais imposés, à peine de caducité, par les promesses synallagmatiques de vente, et, ensuite, procéder à une commercialisation d'une partie des immeubles à construire selon la forme juridique projetée, l'arrêt retient que cette menace illégitime a fait naître, pour la société, la crainte de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière, comportant la création d'une nouvelle structure hospitalière, d'une école d'infirmières et de logements collectifs à Marseille* ». La contrainte économique résidait dans l'existence de délais divers imposés par d'autres contrats dans le cadre d'une opération immobilière de grande envergure. La menace de contestation de la légalité des permis de construire nécessaire à l'opération avait donc eu pour effet de priver Bouygues de sa liberté contractuelle en vue de sauver l'opération. De la même façon,

⁵⁷⁶ V. dans le même sens : CA Versailles, 7 juill. 2022, n° 21/00675 : l'arrêt confirme le jugement de première instance ayant retenu que « *la violence ne préexistait pas à la vente et ne saurait donc constituer un vice du consentement de celle-ci* ».

⁵⁷⁷ CA Lyon, 21 mai 2019, n° 17/07686.

⁵⁷⁸ V. dans le même sens : CA Nancy, 30 sept. 2021, n° 20/01993 : les juges précisent qu'il faut caractériser « *un état de dépendance économique ou de contrainte économique, pouvant être définies comme la situation dans laquelle se trouve une personne par rapport à une autre dont l'existence ou la survie économique est subordonnée au maintien de la relation contractuelle, ce qui implique que la partie dépendante ne dispose d'aucune solution de remplacement équivalente, tant il est incontestable que l'existence d'une telle alternative supprime toute idée de dépendance* ». L'emphasis ne figure pas dans le texte original.

⁵⁷⁹ CA Versailles, 31 oct. 2013,

⁵⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 4 fév. 2015, n° 14-10920, inédit, *D.*, 2016, p. 566, M. MEKKI ; *Comm. Com. électr.*, n° 4, 2015, comm. 33, G. LOISEAU ; *RDC*, n° 3, 2015, p. 445, É. SAVAUX ; *JCP G*, n° 27, 2015, doct. 808, G. LOISEAU.

l'acquéreur du bien immobilier ayant prévu de procéder à sa revente rapide ne pouvait se permettre de voir menacer son opération par le recours d'un tiers prétendant avoir des droits réels sur le bien. Pourtant, la cour d'appel de Lyon a débouté l'acquéreur de sa demande, se pliant sans doute à la conception étroite de l'état de dépendance économique retenue par le législateur.

Cependant, il semblerait qu'une certaine proportion des juges du fond ne fassent pas application de cette conception restreinte de l'état de dépendance économique. Certaines cours d'appels ont ainsi recherché l'existence d'une vulnérabilité psychologique ou physique⁵⁸¹ — en précisant que « *le vice de violences doit être apprécié en considération de la personne qui en est victime* »⁵⁸², ce qui suggère la recherche d'un état de dépendance intrinsèque au contractant — de son « *état de stress et d'anxiété* »⁵⁸³, ou de « *l'état de faiblesse* » dans lequel elle se trouvait du fait de problèmes de santé⁵⁸⁴. Dans ces arrêts, l'état de dépendance ne fut pas caractérisé par manque de preuve⁵⁸⁵ ou l'abus ne fut pas reconnu car les agissements du contractant n'étaient pas illégitimes⁵⁸⁶, mais la conception retenue est celle d'un état de vulnérabilité intrinsèque du contractant, par opposition à une dépendance vis-à-vis de l'autre partie. Dans un arrêt de 2020⁵⁸⁷, la cour d'appel de Grenoble fit droit à la demande d'annulation d'un contrat conclu entre une société d'expertise et un particulier ayant très récemment échappé à un incendie et craint pour la vie de ses proches. Les juges notèrent que la société d'expertise avait « *démarché le contractant le lendemain du sinistre, alors qu'il sortait de l'hôpital* » et « *que ce dernier se retrouvait avec sa famille sans hébergement, sans papiers ni effets personnels, après avoir craint pour sa vie, celle de son fils et de son amie [...] et était nécessairement ébranlé par la perte de tous ses biens et les circonstances de cette perte* ». Les juges en déduisirent que « *constituent des circonstances de nature à caractériser une exploitation de sa vulnérabilité et de sa fragilité psychologique* », l'intervention de la société

⁵⁸¹ CA Montpellier, 1^{ère} ch. D, 20 déc. 2018, n° 18/00653 : « *vulnérabilité psychologique et physique importante dans le cadre d'une greffe avec traitement antirejet à vie* ». V. aussi : CA Grenoble, 7 janv. 2020, n° 18/00212 : vulnérabilité psychologique due à la survenance d'un incendie très peu de temps avant la signature d'un contrat d'expertise en vue de l'évaluation des dommages ; CA Orléans, 25 mai 2023, n° 20/01521 : « *dépendance psychologique* » vis-à-vis de l'époux.

⁵⁸² CA Montpellier, 1^{ère} ch. D, 20 déc. 2018, n° 18/00653.

⁵⁸³ CA Rouen, 4 avril 2019, n° 18/01707.

⁵⁸⁴ CA Dijon, 13 juin 2019, n° 17/00848 ; CA Nîmes, 14 avril 2020, n° 19/00887.

⁵⁸⁵ CA Orléans, 25 mai 2023, n° 20/01521 : « *il appartient à celui qui se prévaut de l'existence d'un abus de dépendance de le prouver, par tous moyens, notamment par des certificats médicaux, des rapports d'expertise psychiatrique et plus ordinairement par témoins* » ; CA Dijon, 13 juin 2019, n° 17/00848.

⁵⁸⁶ CA Montpellier, 1^{ère} ch. D, 20 déc. 2018, n° 18/00653 ; CA Nîmes, 14 avril 2020, n° 19/00887.

⁵⁸⁷ CA Grenoble, 7 janv. 2020, n° 18/00212.

d'expertise pour faire souscrire au contractant « *une lettre de mission extrêmement succincte sur les obligations mises à la charge de la société d'expertise* » et prévoyant une rémunération de la société de 5% des dommages estimés consécutifs à l'incendie, montant « *relevant de la seule appréciation de la société* ». La solution est heureuse : il n'existait certes pas de relation de dépendance spécifique du souscripteur vis-à-vis de la société d'expertise, mais l'exploitation d'un état de faiblesse psychologique est difficilement contestable. La particularité de l'état de dépendance qui vicie le consentement réside dans le fait qu'il résulte avant tout de circonstances factuelles qui entourent la conclusion du contrat⁵⁸⁸. Il s'agit d'une violence contextuelle et non personnelle, de telle sorte que la caractérisation d'un état de dépendance spécifiquement vis-à-vis du cocontractant aboutit à nier l'efficacité de ce nouveau mécanisme⁵⁸⁹. En outre, cette conception stricte de l'état de dépendance se double de l'exigence textuelle d'un abus de la situation de dépendance de la part du cocontractant, ce qui restreint encore le champ d'application de la notion.

81. L'abus de la situation de dépendance. L'article 1143 du Code civil exige que le cocontractant exploite activement l'état de dépendance de l'autre partie pour que le consentement soit vicié. Ce critère avait notamment été retenu par l'arrêt Bordas de 2002 de la Cour de cassation⁵⁹⁰. Cette dernière avait cassé, pour défaut de base légale au regard de l'ancien article 1112 du Code civil relatif à la violence, l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé une convention à titre onéreux par laquelle une salariée reconnaissait la propriété de son employeur sur tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire auquel elle avait largement contribué. Les juges du fond n'avaient pas caractérisé que la salariée était menacée par le plan de licenciement alors en projet en vigueur au sein de l'entreprise et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre de signer le contrat. Cette exploitation active des circonstances défavorables du contractant correspond à ce que l'article 1143 du Code civil

⁵⁸⁸ À l'inverse, les juges du fond ont égard à la situation générale du contractant pour écarter l'existence d'un état de dépendance, v. CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A, 17 avril 2012, n° 11/08204, arrêt dans lequel les juges retiennent que le contractant, certes soigné pour état dépressif ne bénéficiait pas à ce titre d'un arrêt de travail, et surtout que les difficultés financières qu'il rencontrait étaient modérées eu égard à son statut de fonctionnaire lui assurant un revenu régulier et lui permettant vraisemblablement d'obtenir un crédit pour faire face à ses difficultés.

⁵⁸⁹ La nécessité d'un état de dépendance vis-à-vis du cocontractant place également l'abus de dépendance économique en marge de la violence classique, car cette dernière peut émaner d'un tiers et non nécessairement du cocontractant, cf. Garance CATTALANO, « La validité du contrat », *AJ contrat*, 2018, p. 257.

⁵⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *RTD com.*, 2003, p. 86, A. FRANÇON ; *D.*, 2002, p. 1860, J.-P. CHAZAL ; *D.*, 2002, p. 2844, D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G*, n° 22, 2002, 1866 ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2002, comm. 89, P. STOFFEL-MUNCK ; *CCC*, n° 8-9, 2002, comm. 121, L. LEVENEUR ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2002, comm. 80, C. CARON ; *Gaz. Pal.*, n° 201, 2002, p. 103, F. GHILAIN ; *Deffrénois*, n° 19, 2002, p. 1246, É. SAVAUX.

nomme l'abus de l'état de dépendance. Dans certains arrêts, les cours d'appel refusent en effet de retenir l'application de l'article 1143 en l'absence d'actes positifs de la part du cocontractant. Par exemple, dans un arrêt de 2023 de la cour d'appel de Bordeaux⁵⁹¹, les juges notèrent l'absence de « *volonté de [la] contractante d'abuser* » d'un état de dépendance qui, par ailleurs n'était pas suffisamment avéré, et précisèrent qu'« *il ne [ressortait] pas enfin des pièces produites que la société [...] ait exercé des pressions sur sa cocontractante* ». Le jugement de première instance fut confirmé en ce qu'il avait débouté la société de sa demande d'annulation de la transaction. Cet arrêt retient une conception subjective de l'abus de la situation de dépendance dans laquelle se trouve le contractant, dont la preuve revient à la victime. Certains auteurs précisent que « *tous ceux qui contractent avec des personnes fragiles ne sont pas nécessairement malhonnêtes* »⁵⁹². Cela est vrai, mais l'exigence d'un abus de l'état de dépendance caractérisé par un comportement actif du cocontractant fait perdre à l'article 1143 son efficacité. En effet, « *exiger de la partie dépendante qu'elle prouve l'existence d'une contrainte émanant du cocontractant, revient à priver l'article 1143 de son intérêt et à nier sa spécificité* »⁵⁹³. L'abus de l'état de dépendance visé à l'article 1143 du Code civil est une violence contextuelle qui découle des circonstances qui entourent la conclusion du contrat et dont l'autre partie ne fait que profiter, sans forcément commettre d'actes positifs susceptible de caractériser un comportement actif d'abus de la situation de dépendance. En pratique, l'abus résidera dans la simple offre de conclure un contrat disproportionné alors que le contractant est dans une situation de vulnérabilité. Par conséquent, il pourrait suffire, pour caractériser l'abus, que le juge constate l'existence d'un avantage manifestement excessif au bénéfice du cocontractant. La réunion d'un avantage manifestement excessif et d'une situation de dépendance, dans son acception large, permet d'induire l'abus par le cocontractant de l'état de dépendance de l'autre⁵⁹⁴. Dans un arrêt de 2021⁵⁹⁵, la Cour de cassation avait approuvé les juges

⁵⁹¹ CA Bordeaux, 4^{ème} ch. com., 1^{er} juin 2023, n° 21/01657.

⁵⁹² Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 341, p. 296.

⁵⁹³ Mathias LATINA, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.*, 2020, n^{os} 21 et 22, pp. 2180s.

⁵⁹⁴ Jean-Pascal CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014, p. 48 : « *Raisonnons par l'absurde : voici une personne en situation d'extrême faiblesse qui n'a d'autre choix que de contracter ou de disparaître ; son cocontractant n'en profite cependant pas pour exiger d'elle un profit anormal. On ne voit pas un juge annuler le contrat, alors même qu'il serait convaincu que la volonté de l'une des parties n'a pas été libre au moment de donner son consentement. L'abus réside donc dans l'avantage excessif, anormal, non dans une hypothétique menace ou contrainte* » ; Mathias LATINA, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.*, 2020, n° 21, pp. 2180s.

⁵⁹⁵ Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ.* II, 2021, p. 77, *AJ fam.*, 2022, p. 8, F. EUDIER ; *Justice et Cassation*, 2022, p. 228, S. GRIGNON DUMOULIN ; *D.*, 2022, p. 384, G. CHANTEPIE ; *D.*, 2022, p. 310, R. BOFFA ; *RTD civ.*, 2022, p. 121, H. BARBIER ; *Justice et Cassation*, 2022, p. 221, F. BESSON ; *LEDC*, n° 1, 2022, p. 1,

du fond d'avoir retenu l'état de dépendance économique d'un avocat rencontrant de graves difficultés financières. Le client de cet avocat lui avait proposé de signer une convention d'honoraires particulièrement peu élevés par rapport au travail qu'il avait fourni. L'avocat avait accepté, puis il avait agi en nullité de la convention sur le fondement de l'ancien article 1111 du Code civil alors applicable. Les juges du fond avaient fait droit à sa demande au motif que le client avait retiré un « *avantage excessif* » du contrat conclu avec un avocat en situation de dépendance économique, la réunion de ces deux critères permettant de caractériser une violence viciant le consentement.

82. L'avantage manifestement excessif, un critère retenu en droit français, inexistant en droit anglais. Il serait pertinent de la part des juges français de retenir que l'avantage excessif en présence d'un état de dépendance intrinsèque à la victime permette d'établir l'abus de dépendance et donne lieu à la nullité du contrat. L'avantage manifestement excessif ne suffit pas, à lui seul, à établir l'abus de dépendance en l'absence de la preuve de la perte de lucidité du contractant due à son état de dépendance⁵⁹⁶. Seule la réunion de ces éléments concordants permettrait d'annuler les contrats litigieux ce qui limiterait l'atteinte à la sécurité juridique. Seuls les contrats qui ne répondent pas aux critères de justice contractuelle sont visés par l'article 1143 du Code civil. La mention de l'avantage manifestement excessif peut d'ailleurs surprendre en ce qui concerne un vice du consentement car s'éloigne de la seule protection du consentement. Elle constitue une incursion de la justice contractuelle dans la vérification de la validité du contrat. Néanmoins, en droit français, le critère de l'avantage manifestement excessif s'explique par le fait que l'abus de l'état de dépendance, comme le dol, procède avant tout d'une forme de déloyauté contractuelle qui a un objectif économique concret : obtenir le consentement à un contrat auquel le contractant n'aurait pas consenti s'il n'avait pas été dans une situation de dépendance. L'avantage excessif conféré par le contrat à l'auteur de l'abus de dépendance est d'ailleurs un critère absent de la notion de *duress* connue du droit anglais. La notion anglaise de *duress* est ainsi plus centrée sur la seule protection du consentement. La question de l'équilibre contractuel est absente et l'existence de pressions illégitimes sur le contractant suffisent à faire annuler le contrat.

M. LATINA ; *Gaz. Pal.*, n° 2, 2022, p. 26, C. BERLAUD ; *RDC*, n° 1, 2022, p. 9, M. LATINA ; *LPA*, n° 4, 2022, p. 52, A. CHAUSFOIN ; *Gaz. Pal.*, n° 16, 2022, p. 4, D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, n° 01, 2022, act. 11, C. CASEAU-ROCHE ; *Procédures*, n° 2, 2022, comm. 30, Y. STRICKLER ; *JCP G*, n° 07-08, 2022, doct. 257, G. LOISEAU ; *JCP G*, n° 11, 2022, doct. 371, C. CASEAU-ROCHE.

⁵⁹⁶ CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 23 mars 2023, n° 22/03976.

83. Une contrainte illégitime. En France comme en Angleterre, la violence ne vicie le consentement que si la contrainte exercée est illégitime. La question de pose de déterminer ce qui est illégitime, l'appréciation revenant aux juges. Seul le recours à des voies de fait est susceptible de constituer une contrainte illégitime, la menace de l'utilisation d'une voie de droit ne caractérisant pas, en principe, une menace illégitime, sauf s'il y a abus de cette voie de droit⁵⁹⁷. En outre, dans un arrêt de 1980⁵⁹⁸, la Cour de cassation a précisé que les juges du fond sont tenus de préciser en quoi les menaces sont illégitimes. Elle censura l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'un contrat de concession exclusive de vente de véhicules automobiles en retenant que le contractant n'avait conclu ce contrat que pour échapper à un mal considérable résidant dans la fermeture de son entreprise, et que l'auteur des violences avait abusé de « *sa force économique contraignante* ». Un tel arrêt montre qu'il n'est pas interdit d'obtenir la conclusion d'un contrat avantageux avec un contractant économiquement plus faible, dans une lecture favorable au libéralisme économique. Une préoccupation identique se retrouve en droit anglais.

Les juges anglais ont reconnu l'existence d'une simple « *pression commerciale* »⁵⁹⁹ légitime qui ne donne pas naissance au vice de *duress*. Dans un arrêt de principe de 1979⁶⁰⁰, le *Privy Council* retint que le cessionnaire avait donné son consentement au contrat en vue d'éviter la mauvaise publicité qui résulterait du non-aboutissement de l'accord qui avait été négocié entre les deux sociétés. Par conséquent, les juges retinrent que le contrat était valide car les cessionnaires avaient été soumis à une simple « *pression commerciale* » qui ne constituait pas une *duress* et ne faisait pas du contrat un acte consenti contre leur volonté. Dans un arrêt de 1991⁶⁰¹, la *House of Lords* insista sur la nécessité d'une pression illégitime : « *il est désormais admis que la pression économique peut être suffisante pour constituer une duress [...] à condition que la pression économique puisse être qualifiée d'illégitime et qu'elle ait constitué une cause importante incitant le demandeur à conclure le contrat en question* »⁶⁰². Dans une

⁵⁹⁷ Civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, n° 82-15753, *Bull. civ.* III, 1984, n° 13, étant précisé que l'abus réside dans le fait de « *détourner de son but* » la voie de droit ou de s'en servir « *pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* ».

⁵⁹⁸ Com., 20 mai 1980, n° 78-10833, *Bull. civ.* IV, 1980, n° 212.

⁵⁹⁹ Pao On v. Lau Yiu Long, *Privy Council*, 9 avril 1979, 1980 AC 614. [1980] A.C. 614, [1979] 3 W.L.R. 435. V. *supra* n° 78.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ Dimskal Shipping Co SA v. International Transport Workers Federation, (The Evia Luck) (n° 2), *House of Lords*, 7 nov. 1991, [1992] AC 152.

⁶⁰² Lord GOFF OF CHIEVELEY *in ibid.*, p. 165 : « *it is now accepted that economic pressure may be sufficient to amount to duress [...] provided at least that the economic pressure may be characterised as illegitimate and has constituted a significant cause inducing the plaintiff to enter into the relevant contract* »

affaire plus récente de 2000⁶⁰³, la *High Court of Justice* eut à connaître d'un contrat relatif à des travaux sous-marins entre un prestataire et un sous-traitant. En raison d'un changement dans les travaux demandés, le sous-traitant suspendit l'exécution de sa prestation jusqu'à obtenir un avenant au contrat prévoyant une extension des assurances du prestataire initial aux nouveaux travaux envisagés. Ce dernier accepta en raison de difficultés financières rencontrées à cette période puis agit en nullité du contrat pour *duress*. Le juge rejeta cette demande au motif que la contrainte n'était pas illégitime. Il précisa : « *Les pressions illégitimes doivent être distinguées des turbulences et rudesses des pressions exercées dans le cadre de négociations commerciales normales* »⁶⁰⁴. Selon lui, en l'espèce, le sous-traitant avait eu « *un comportement raisonnable* » et avait agi « *de bonne foi dans une situation très difficile* »⁶⁰⁵ dans la mesure où les travaux envisagés présentaient des risques accrus pour les ouvriers. La mention de la bonne foi peut surprendre dans une décision de justice anglaise⁶⁰⁶, mais il faut noter qu'elle fut en réalité un facteur parmi d'autres dans la décision du juge. Ce dernier nota également que le prestataire initial n'avait pas perdu sa liberté de contracter dans la mesure où il aurait pu chercher à solliciter un autre sous-traitant pour effectuer les travaux ou procéder à une *termination for breach* puisque le sous-traitant avait cessé les travaux⁶⁰⁷. En revanche, dans un autre arrêt de 2000 rendu par le même juge⁶⁰⁸, les faits étaient similaires à la première affaire, à la différence que le sous-traitant suspendit l'exécution de sa prestation en exigeant le paiement d'un supplément de prix qui ne faisait pas partie du contrat initial. Le cocontractant paya le prix, en vue d'éviter du retard dans la construction et de manquer à ses obligations envers le maître d'ouvrage, puis agit sur le fondement d'une *duress* en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Le juge fit droit à cette demande. Il procéda à la distinction⁶⁰⁹ des deux affaires ce qui lui permettant de s'éloigner de la solution précédemment retenue. Dans cette nouvelle affaire, le juge précisa que pour déterminer si la pression exercée est illégitime, il lui revenait d'examiner de nombreux facteurs notamment la bonne foi du cocontractant et la possibilité pour le contractant qui se disait victime de la *duress* de recourir à d'autres prestataires. En l'espèce,

⁶⁰³ DSND Subsea v. Petroleum Geo-Services, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 28 juill. 2000, [2002] C.L.Y. 718.

⁶⁰⁴ Justice DYSON *in ibid.*, n° 131 : « *Illegitimate pressure must be distinguished from the rough and tumble of the pressures of normal commercial bargaining* ».

⁶⁰⁵ *Ibid.*, n° 134.

⁶⁰⁶ V. *infra* n° 567 sur l'absence de principe de bonne foi contractuelle en droit anglais.

⁶⁰⁷ Justice DYSON *in* DSND Subsea v. Petroleum Geo-Services, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 28 juill. 2000, [2002] C.L.Y. 718, n° 136.

⁶⁰⁸ Carillion Construction Limited v. Felix (UK) Ltd, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 6 nov. 2000, [2001] C.L.Y. 872.

⁶⁰⁹ V. *supra* n° 20.

le contractant s'était lui-même engagé à respecter un calendrier strict après du maître d'ouvrage et ne disposait pas de suffisamment de temps entre le moment où les pressions furent exercées et la date de fins des travaux stipulée dans le contrat pour contracter avec un autre prestataire. En outre, la menace de rompre le contrat n'avait rien de légitime en ce qu'aucun changement n'avait été effectué dans les travaux à accomplir. Ces deux arrêts montrent que la préoccupation de la préservation de la liberté contractuelle et du libre jeu du marché économique est présente dans l'esprit des juges anglais. Ces derniers ne sont prêts à annuler un contrat que si la contrainte exercée ne procède pas de négociations contractuelles normales.

En droit français comme en droit anglais, la contrainte, qu'elle que soit sa nature, doit être déterminante du consentement pour constituer une violence donnant lieu à la nullité du contrat.

2) Une contrainte subjectivement déterminante du consentement

84. L'appréciation subjective du caractère déterminant par le juge français. L'ancien article 1112 du Code civil disposait que celle-ci « *est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». L'article énonçait ainsi deux règles contradictoires⁶¹⁰ puisque le premier alinéa imposait aux juges de retenir une appréciation *in abstracto* du caractère déterminant du consentement de la violence par la référence à la personne raisonnable, tandis que le second alinéa imposait aux juges de retenir une appréciation *in concreto* prenant en compte des éléments spécifiques à la victime tels que son âge. Le second alinéa de l'article 1130 du Code civil invite les juges français à retenir une approche *in concreto* du caractère déterminant du consentement des vices⁶¹¹ car il dispose que « [le] *caractère déterminant* [des vices du consentement] *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »⁶¹². Certains arrêts antérieurs à la réforme se réfèrent à une personne raisonnable⁶¹³, mais de façon générale, la jurisprudence avait tranché en faveur de

⁶¹⁰ Bruno PETIT, Sylvie ROUXEL et Nathalie RZEPECKI, « Art. 1140 à 1143 - Fasc. unique : Contrat. – Vice du consentement. – Violence », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 15 avril 2023, n° 56.

⁶¹¹ V. *supra* n° 41.

⁶¹² Art. 1130, al. 2, du C. civil.

⁶¹³ Com., 28 janv. 2014, n° 13-10292, inédit, *RDC*, n° 3, 2014, p. 409, A.-S. BARTHEZ ; Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ.* III, 1999, n° 11, p. 7, *RTD civ.*, 1999, p. 381, J. MESTRE ; *AJDI*, 1999, p. 1013, F. COHET-CORDEY ; *D.*, 2000, p. 76, C. WILLMANN ; *Deffrénois*, n° 12, 1999, p. 749, P. DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.*, n° 303, 2001, p. 34, J. ROVINSKI.

l'appréciation *in concreto*. Dans un arrêt de 1986⁶¹⁴, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir retenu que les pressions exercées étaient d'autant plus contraignantes pour le contractant que celui-ci « souffrait d'un déséquilibre nerveux altérant ses capacités intellectuelles et le privant d'un jugement libre et éclairé ». La Cour de cassation précisa que « le vice de violence devant être apprécié en considération de la personne qui en est victime ». Cela explique que les juges du fond aient eu égard à diverses circonstances propres au contractant victime de la violence en vue d'apprécier son caractère déterminant. Par exemple, dans un arrêt de 1976⁶¹⁵, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que « l'état de santé déficient » du client d'un avocat permettait de retenir la forte contrainte morale dont il était victime au moment de la signature de la convention d'honoraires. À l'inverse, dans un arrêt de 2012, la cour d'appel de Paris eut à connaître d'un contrat de cautionnement conclu entre une banque et la dirigeante d'une société. Les juges précisèrent la nécessité d'une appréciation *in concreto* en vue d'apprécier le caractère déterminant du consentement des pressions allégués. Ils retinrent que la contractante ayant déjà créé une société par le passé et qu'elle avait connaissance de cette pratique bancaire qu'elle était par ailleurs libre de refuser.

85. L'appréciation subjective du caractère déterminant par le juge anglais. En droit anglais, les juges font un lien entre le critère de l'illégitimité de la pression et le caractère déterminant du consentement. Il ressort de la jurisprudence que plus la pression exercée est illégitime, moins les juges sont exigeants quant au caractère déterminant du consentement des pressions exercées par le cocontractant. Ainsi, en matière du *duress as to the person*, il est suffisant pour obtenir l'annulation du contrat que la menace ait été un facteur poussant la victime à contracter⁶¹⁶. En revanche, dans le cas d'une *economic duress*, les juges exigent du contractant qu'il démontre qu'il n'aurait pas contracté s'il n'avait pas subi les pressions exercées. Dans un arrêt de 1998⁶¹⁷, la *High Court of Justice* eut à connaître de la demande d'annulation d'une transaction conclue entre deux partenaires commerciaux. Le juge précisa que, dans une action fondée sur une *economic duress*, il était nécessaire pour le demandeur de satisfaire le seuil du « *but for test* », c'est-à-dire de démontrer que sans les pressions alléguées, il n'aurait pas conclu la transaction⁶¹⁸. Autrement dit, dans le cas d'une contrainte de nature

⁶¹⁴ Civ. 1^{ère}, 22 avril 1986, n° 85-11666, *Bull. civ. I*, 1986, n° 98, p. 98, *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 302, J.-M. BISCHOFF ; *JDI*, 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN ; *JCP*, 1987. II. 20878, É. AGOSTINI.

⁶¹⁵ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1976, n° 75-12992, *Bull. civ. I*, 1976, n° 319, p. 255.

⁶¹⁶ Barton v. Armstrong, *Privy Council*, 5 déc. 1973, [1973] UKPC 27 ; [1976] AC 104. V. *supra* n° 76.

⁶¹⁷ Huyton SA v. Peter Cremer GmbH & Co, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 21 oct. 1998, [1999] 1 Lloyd's Rep. 620.

⁶¹⁸ *Ibid.*, n° 4 : « *The minimum basic test of subjective causation in economic duress ought to be a "but for" test* ».

économique, il ne suffit pas que les pressions exercées par le cocontractant soient l'un des facteurs qui aient poussé l'autre partie à contracter ; il est nécessaire que la liberté contractuelle ait été entièrement altérée. Ces jurisprudences établissent une hiérarchie dans la notion de *duress* qui n'existe pas en droit français concernant la violence et l'abus de l'état de dépendance. Cette hiérarchie est fondée sur l'objet de la contrainte, selon l'idée que toute personne craint plus facilement pour sa personne que pour ses biens. À cet égard, il est intéressant de noter que l'*economic duress* est considérée par certains juges anglais comme une catégorie large englobant la *duress of goods*⁶¹⁹. De façon similaire en France, certains cas semblent relever en même temps de la violence exercée sur les biens et de l'abus de l'état de dépendance, tels que celui de la cliente dont l'avocat refusa de lui transférer les dommages et intérêts auxquels elle a droit par effet d'une décision de justice⁶²⁰. En vertu d'une hiérarchie établie entre les objets possibles de menace, les juges anglais sont plus ou moins exigeants quant au caractère déterminant du consentement de cette menace. Quand l'objet de la menace est la personne du contractant, les juges considèrent que la menace est susceptible d'altérer la liberté contractuelle, même sans être le facteur unique de cette altération. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une pression financière ou économique, les juges considèrent que la menace doit avoir été suffisante pour altérer à elle-seule la liberté contractuelle⁶²¹. La hiérarchie ainsi établie n'est pas sans rappeler celle adoptée par le droit pénal pour organiser la répression : les atteintes aux biens sont punies, en France comme en Angleterre, moins sévèrement que les atteintes aux personnes⁶²². Le lien

⁶¹⁹ *Vantage Navigation Corp v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials (The Alev)*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 avril 1988, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 ; *Enimont Overseas AG v. RO Jugotanker Zadar (The Olib)*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 31 janv. 1991, [1991] 2 Lloyd's Rep. 108.

⁶²⁰ Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *D.*, 2007, p. 2966, S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2007, p. 2215, G. RAOUL-CORMEIL ; CCC, n° 2, 2007, comm. 44, L. LEVENEUR.

⁶²¹ V. aussi *supra* n° 83 : *Carillion Construction Limited v. Felix (UK) Ltd*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 6 nov. 2000, [2001] C.L.Y. 872. Dans cet arrêt, le juge avait considéré la contrainte économique suffisante pour altérer la liberté contractuelle car le prestataire avait payé le prix en vue d'éviter du retard dans l'avancée de travaux et de manquer à ses obligations envers le maître d'ouvrage. V. dans le même sens : *B & S Contracts and Designs Ltd v. Victor Green Publications*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 31 janv. 1984, [1984] I.C.R. 419 : un prestataire avait été chargé de conduire des tribunes dans un stade et menaça de cesser la construction à moins que le client ne paie un supplément de prix destiné à payer les indemnités de licenciement de certains ouvriers mécontents travaillant pour le prestataire. Le client paya la somme puis la déduisit de la facture qu'il régla au prestataire, arguant devant le tribunal d'une *economic duress* l'ayant poussé à contracter. Le juge reconnut l'existence d'une telle contrainte en raison des engagements contractuels pris par le client envers ses propres contractants auxquels il avait loué des emplacements du stade en vue d'une exposition qui devait intervenir une semaine à compter de la date de la menace proférée par le prestataire.

⁶²² V. par ex., l'art. 311-3 du C. pénal qui punit le vol de 3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende, l'art. 312-1 du C. pénal qui punit l'extorsion de 7 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende, et l'art. 221-1 du C. pénal qui punit le meurtre de 30 ans de réclusion criminelle. En Angleterre, le vol est puni de 7 ans d'emprisonnement, cf. *Theft Act 1968*, 1968 c. 50, s.7 et le meurtre est puni de l'emprisonnement à perpétuité, avec une durée minimum, fixée selon les cas par les juges, avant laquelle le condamné ne peut pas solliciter une libération conditionnelle, cf. *Sentencing Act 2020*, 2020 c. 17, s.321.

qui est fait par les juges anglais entre l'objet de la menace et la vivacité de l'altération du consentement est une distinction subtile mais assez réaliste qui a finalement d'autres échos en droit positif.

Les définitions de la violence et de la *duress* présentent d'importantes divergences qui résident notamment dans l'absence de prise en compte d'un déséquilibre contractuel en matière de pressions de nature économique. De la même façon, les sanctions retenues par le droit français et le droit anglais dans le cas de pression exercées sur le contractant en vue d'obtenir son consentement ne sont pas identiques.

B) Une divergence de sanction entre le droit français et le droit anglais

86. Une différence importante. Si les notions de violence et de *duress* semblent en certains points similaires, elles présentent néanmoins une différence notable qui se traduit dans leurs sanctions respectives. Elles donnent chacune lieu à l'annulation du contrat (1), mais l'octroi de dommages et intérêts est spécifique au droit français car la violence n'est pas considérée comme un *tort* en droit anglais (2).

1) La sanction commune de l'annulation du contrat

87. Une nullité relative du contrat. La sanction de la violence et de l'abus de l'état de dépendance réside dans la nullité relative⁶²³ du contrat, le délai pour agir étant de 5 ans⁶²⁴ et commençant à courir à partir du jour où la violence a cessé⁶²⁵. Puisque la nullité est relative, seule la victime de la violence⁶²⁶, « *la personne que la loi entend protéger* »⁶²⁷, peut exercer l'action en nullité du contrat. Certains auteurs regrettent que, lorsqu'il y a eu un abus de l'état de dépendance par l'un des contractants, le juge ne puisse pas rééquilibrer le contrat, alors que la présence du critère de l'avantage manifestement excessif pourrait y inviter⁶²⁸. Cela peut s'expliquer par le souhait de rattacher l'abus de l'état de dépendance à la protection du consentement et à la sécurité des conventions valablement formées, plutôt qu'à la protection de

⁶²³ Art. 1131 du C. civil.

⁶²⁴ Art. 2224 du C. civil.

⁶²⁵ Art. 1444 du C. civil.

⁶²⁶ À son décès, l'action est transmise à ses héritiers, *cf.* Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *D.*, 1996, p. 233, F. BOULANGER ; *RTD civ.*, 1995, p. 866, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 1996, p. 392, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1997, p. 205, B. VAREILLE ; *Deffrénois*, n° 6, 1996, p. 407, G. CHAMPENOIS ; *LPA*, n° 38, 1996, p. 15, J. MASSIP.

⁶²⁷ Art. 1181, al. 1^{er} du C. civil.

⁶²⁸ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 343, p. 297.

l'équilibre contractuel. Il est vrai que la mention de l'avantage brouille le rattachement de l'abus de l'état de dépendance à la violence⁶²⁹, au point qu'il est possible de se demander si la consécration de son autonomie, au moins comme quatrième vice du consentement, n'eût pas été préférable⁶³⁰. Cependant, l'avantage excessif prend tout son sens s'il permet aux juges du fond de déduire l'abus de l'état de dépendance de la part du contractant. Ce qui semble être une incursion de la protection de l'équilibre contractuel ne sert en réalité qu'à mieux protéger le consentement dans une lecture réaliste des situations visées par le texte, car l'intérêt d'abuser d'un état de dépendance réside dans l'obtention d'un contrat particulièrement favorable. L'avantage excessif est un indice décisif de l'abus et, partant, d'un consentement vicié.

88. Un contrat voidable. En droit anglais, les juges ont reconnu le caractère *voidable* d'un contrat conclu en raison d'une *duress* exercée sur le contractant⁶³¹. Cette sanction signifie que seule la victime peut agir en vue d'obtenir l'anéantissement rétroactif⁶³², à l'image de la nullité relative connue du droit français. La sanction consiste à considérer que le contrat n'a jamais été formé et à remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant l'éventuelle exécution partielle ou complète du contrat vicié. Comme en matière de dol, le juge n'ordonnera pas la restitution si celle-ci n'est pas possible⁶³³.

89. La possible confirmation du contrat. Depuis la réforme du 10 février 2016, le troisième alinéa de l'article 1182 du Code civil dispose que vaut notamment confirmation tacite de l'acte nul « *l'exécution volontaire du contrat en connaissance de la cause de nullité* ». Cet article reprend le contenu de l'ancien article 1338 du Code civil. En matière de violence, l'ancien article 1115 du Code civil précisait que la confirmation pouvait être expresse ou tacite. À cet égard, la Cour de cassation avait apporté certaines précisions. Par exemple dans un arrêt

⁶²⁹ Jean-Pascal CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014, pp. 47s : « *L'avant-projet de la Chancellerie, qui a circulé dans la presse à l'automne dernier, et celui du groupe de travail dirigé par Pierre Catala sont donc critiquables en ce qu'ils rattachent à la notion de violence économique le traitement de l'abus de faiblesse* ».

⁶³⁰ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 342, p. 297 ; Émilie MAUREL, « Pour une autonomie de l'abus de dépendance en droit des contrats », *RLDA*, n° 178, 2022, n°s 17 et 18, pp. 28s.

⁶³¹ *Pao On v. Lau Yiu Long*, *Privy Council*, 9 avril 1979, 1980 AC 614. [1980] A.C. 614, [1979] 3 W.L.R. 435, p. 634 ; *Dimskal Shipping Co SA v International Transport Workers Federation, (The Evia Luck)* (n° 2), *House of Lords*, 7 nov. 1991, [1992] AC 152, p. 168 ; *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, *House of Lords*, 1^{er} avril 1982, [1982] 2 W.L.R. 803, [1983] 1 A.C. 366, p. 383.

⁶³² *Dimskal Shipping Co SA v International Transport Workers Federation, (The Evia Luck)* (n° 2), *House of Lords*, 7 nov. 1991, [1992] AC 152, p. 168 : « *by English law a contract induced by duress is voidable by the innocent party* » ; « *En droit anglais, un contrat conclu sous la contrainte est annulable par la partie innocente* ».

⁶³³ *Halpern v. Halpern, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 3 avril 2007, [2007] EWCA Civ 29, [2008] Q.B. 195. V. *supra* n° 68 sur la possibilité du retour au *statu quo ante*.

de 2005⁶³⁴, elle cassa l'arrêt d'une cour d'appel ayant omis de constater l'approbation de la convention litigieuse par le débiteur « *dans un courrier postérieur* » à sa conclusion. De la même façon, dans un arrêt de 1954⁶³⁵, elle eut l'occasion de préciser que l'exécution même de l'engagement, accompli volontairement et en connaissance de cause, avec l'intention de donner effet aux obligations du contrat litigieux constituait également une confirmation tacite. Le troisième alinéa de l'article 1182 dispose aujourd'hui que la confirmation d'un contrat vicié par la violence ne peut intervenir « *qu'après que la violence a cessé* »⁶³⁶. Cette condition s'ajoute à celles de la connaissance du vice par le contractant et de l'intention de le réparer. Ces dernières sont considérées avec prudence par les juges du fond, ce qui se justifie car la confirmation d'un acte nul en raison du caractère vicié du consentement d'une des parties ne peut se présumer⁶³⁷. Les juges français se montrent donc vigilants sur la caractérisation de ces deux critères et de l'intention qui en découle de confirmer le contrat, tandis que les juges anglais se montrent plus enclins à déceler la confirmation de l'acte qui est *voidable*.

En droit anglais, un contrat qui est *voidable* peut être confirmé par la partie titulaire de l'action en justice⁶³⁸. Comme en droit français, la confirmation peut être déduite par les juges de l'exécution du contrat par la victime de la *duress*. Dans un arrêt de 1978 de la *High Court of Justice*⁶³⁹, le juge eut à connaître d'un contrat portant sur la construction d'un navire selon lequel le prix devait être payé en dollars selon un échéancier ayant fait l'objet d'un accord entre les parties. En raison de la dévaluation du dollar, les constructeurs exigèrent une augmentation du prix, sans quoi ils ne livreraient pas le navire. Le maître d'ouvrage consentit au paiement du nouveau prix et un avenant au contrat fut signé. Une fois la construction terminée, il agit en vue d'obtenir le remboursement de la part augmentée du prix sur le fondement d'une *economic duress*. Le juge estima que la menace du constructeur de rompre le contrat à moins que les propriétaires n'augmentent le montant de leurs paiements constituait bien une *duress* sous forme d'une pression économique qui rendait l'avenant au contrat *voidable*. Cependant, les juges retinrent également la confirmation tacite du contrat litigieux par la victime de la *duress*, en raison de deux éléments décisifs. Premièrement, ils estimèrent que les paiements

⁶³⁴ Civ. 2^{ème}, 8 sept. 2005, n° 04-12041, *Bull. civ.* II, 2005, n° 213, p. 190, *RTD civ.*, 2006, p. 108, J. MESTRE et B. FAGES.

⁶³⁵ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1954, *JCP* 1954. II. 8325.

⁶³⁶ Art. 1182, al. 3 du C. civil.

⁶³⁷ V. *supra* n° 67.

⁶³⁸ V. *supra* n° 67 sur la confirmation du contrat *voidable* en raison d'une *misrepresentation*.

⁶³⁹ *North Ocean Shipping Co v. Hyundai Construction Co (The Atlantic Baron)*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division) (Commercial Court)*, 20 juill. 1978, [1979] Q.B. 705.

supplémentaires effectués par le maître d'ouvrage, sans protestation ou réserve de sa part, constituaient un premier indice de la confirmation du contrat. Secondement, le maître d'ouvrage avait réceptionné le navire en novembre 1974, la violence ayant donc cessé à cette date, et avait pourtant agi bien plus tard, en juin 1975, ce qui corroborait la confirmation du contrat⁶⁴⁰. Par conséquent, la demande de restitution des sommes supplémentaires déboursées fut rejetée. La solution peut sembler sévère : l'absence de protestation au moment du paiement ne peut surprendre dans un contexte de pressions économiques destinées à extorquer le consentement du contractant. De la même façon, que la victime de la *duress* n'agisse en justice que sept ou huit mois plus tard ne permet pas de déterminer qu'elle acquiesce finalement au contrat, ce délai étant assez court. Dans l'objectif d'une véritable protection du consentement, il semble nécessaire que la confirmation, même tacite, soit retenue en présence d'éléments concordants nombreux et non équivoques. Cette conception large de la confirmation du contrat *voidable* s'ajoute au refus de principe du droit anglais de sanctionner la *duress* par des dommages et intérêts, la réparation du préjudice demeurant une sanction spécifique au droit français.

2) La sanction des dommages et intérêts spécifique au droit français

90. Le possible cumul de la nullité et des dommages et intérêts spécifique au droit français. La violence constitue un délit civil susceptible de donner lieu à la responsabilité délictuelle de son auteur⁶⁴¹, qu'il s'agisse du cocontractant ou d'un tiers au contrat. La victime pourra donc obtenir, outre la nullité, des dommages et intérêts destinés à réparer son préjudice. La Cour de cassation avait déjà consacré cette solution⁶⁴² qui fut reprise par le quatrième alinéa du nouvel article 1178 du Code civil qui dispose : « *Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ». Puisque l'action en nullité est indépendante de l'action en annulation, les dommages et intérêts sont susceptibles de s'ajouter à la nullité ou de s'y substituer. En revanche, l'octroi de dommages et intérêts pour *duress* n'est pas possible car la *duress* n'est pas par essence considérée comme un *tort*⁶⁴³, au contraire de la *misrepresentation*⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, pp. 719s.

⁶⁴¹ Art. 1240 C. civil.

⁶⁴² Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1967, *D.*, 1967, p. 509 ; Soc., 8 nov. 1984, *Bull. civ.* V, 1984, n° 423.

⁶⁴³ Lord DIPLOCK in *Universe Tankships v. International Transport Workers Federation (The Universe Sentinel)*, *House of Lords*, 1^{er} avril 1982, [1983] 1AC 366, p. 385, approuvé dans l'arrêt : *Dimskal Shipping Co SA v. International Transport Workers Federation, (The Evia Luck)* (n° 2), *House of Lords*, 7 nov. 1991, [1992] AC 152, pp. 166-167.

⁶⁴⁴ V. *supra* n° 70.

Outre des équivalents fonctionnels des notions d'erreur, dol et violence, le droit anglais a également développé un mécanisme spécifique de protection du consentement qui ne trouve pas de véritable équivalent en droit français.

Section 2 – Un mécanisme spécifique au droit anglais : l'*undue influence*

91. Un mécanisme propre au droit anglais. L'*undue influence*, qui ne connaît pas d'équivalent fonctionnel en droit français, correspond à l'exercice illégitime d'une influence particulière par l'un des contractants, en vue d'obtenir le consentement de l'autre au contrat (§ 1). L'exercice illégitime de cette influence a une incidence particulière sur le contrat (§ 2).

§ 1 – L'exercice illégitime d'une influence sur le cocontractant

92. Une influence illégitimement exercée. Pour reconnaître l'existence d'une *undue influence*, le droit anglais exige l'existence d'une influence exercée sur le contractant (A). En outre, l'établissement de la seule influence ne suffit pas à obtenir gain de cause. Il faut également que cette influence soit « *undue* », c'est-à-dire que son exercice soit illégitime (B).

A) L'existence d'une influence sur le contractant

93. Un mécanisme général enrichi de présomptions spécifiques. Un contractant peut, en toutes circonstances, saisir le juge pour faire valoir que son cocontractant ou un tiers a usé illégitimement de son influence sur lui. Il s'agit pour lui de prouver une *actual undue influence*, une influence exercée illégitimement avérée (1). La jurisprudence a développé, pour certaines situations strictement définies, une série de présomptions de l'existence d'une *undue influence* en raison de la relation de particulière confiance entre les contractants (2).

1) Le cas général : l'*actual undue influence*

94. Un consentement vicié. Selon les règles d'*equity*, lorsque le consentement à un contrat est donné en raison de l'exercice illégitime d'une influence d'une partie sur l'autre, ce consentement « *ne peut être considéré comme l'expression de la volonté libre* »⁶⁴⁵ de la victime de l'influence. Les juges reconnaissant que tout contractant puisse saisir le juge en vue de voir reconnaître l'exercice illégitime d'une influence détenue sur lui par l'autre partie, qu'elle que

⁶⁴⁵ Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (N° 2), *House of Lords*, 11 oct. 2001, [2001] UKHL 44, n° 7 : « *the consent thus procured ought not fairly to be treated as the expression of a person's free will* ».

soit la nature de leur relation⁶⁴⁶. Le plaideur doit convaincre le juge qu'il « *n'avait pas les moyens de se forger un avis indépendant* »⁶⁴⁷ sur l'opportunité du contrat en raison d'une « *pression* »⁶⁴⁸ effectivement exercée sur lui. Il s'agit d'un *actual undue influence* parfois aussi nommée par les juges anglais « *class 1* », la première catégorie d'*undue influence* selon une classification établie par un arrêt de principe de la *Court of Appeal* de 1988⁶⁴⁹. La définition de cette pression rappelle la notion juridique de *duress*⁶⁵⁰, mais il faut noter que la notion d'*undue influence* recouvre des situations beaucoup plus larges. Il n'est en effet pas nécessaire que l'un des contractants profère des menaces à l'encontre de l'autre ou de ses proches⁶⁵¹. La « *pression* » caractérisant l'*undue influence* est conçue plus largement et peut par exemple résider dans le fait pour un contractant d'apposer sa signature sur des conventions en se fiant à ce qui lui est dit par une personne de confiance, peu important que cette personne de confiance soit le contractant⁶⁵². L'absence d'exigence d'une influence émanant du contractant montre l'important souci de protection du consentement des juges anglais. En effet, il importe peu que celui qui exerce l'influence ne soit pas celui qui bénéficie du contrat, tant que le contrat n'est pas le reflet de la volonté libre et éclairée du contractant victime de l'influence. En outre, il suffit que le plaideur démontre que l'influence a été un facteur le poussant à conclure le contrat, quand bien même elle ne serait pas la seule raison⁶⁵³. Autrement dit, l'*undue influence* n'a pas à être déterminante du consentement, au contraire des vices du consentement français.

Le mécanisme d'*undue influence* rappelle les fondements du contrat en droit anglais, similaires à ceux du droit français⁶⁵⁴ : l'individu est obligé parce qu'il a manifesté sa volonté de l'être, en connaissance de cause. Le droit anglais va cependant plus loin : s'il existe le

⁶⁴⁶ Le droit anglais facilite cependant l'action en justice du plaideur qui peut justifier de l'existence d'une relation de particulière confiance par le biais de présomptions d'influence, v. *infra* n^{os} 96s.

⁶⁴⁷ *Bank of Montreal v. Stuart, Privy Council*, 2 déc. 1910, [1911] AC 120, [1910] UKPC 53, p. 136.

⁶⁴⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^o 10-019, p. 515.

⁶⁴⁹ *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Aboody, England and Wales Court of Appeal*, 28 nov. 1988, [1989] 2 W.L.R. 759, 4 All ER 955. Cette décision fut en partie renversée par un arrêt de 1992, v. *infra* n^o 95, mais la classification des types d'*undue influence* demeure utilisée par les juges anglais et les manuels. V. déjà : Allcard v. Skinner, *England and Wales Court of Appeal*, 9 juill. 1887, (1887) 36 Ch. D. 145, où le juge parle déjà de « *first class* » - « *première catégorie* », et « *second class* », - « *seconde catégorie* », resp. pp. 172 et 173.

⁶⁵⁰ V. *supra* n^o 75.

⁶⁵¹ *CIBC Mortgages plc v. Pitt and Another, House of Lords*, 21 oct. 1993, [1993] UKHL 7, [1994] 1 AC 200.

⁶⁵² V. *Bank of Montreal v. Stuart, Privy Council*, 2 déc. 1910, [1911] AC 120, [1910] UKPC 53 : une épouse consentit à un contrat de *mortgage* sur l'une de ses résidences personnelles à une banque, sous l'influence de son époux. L'époux n'était pas partie au contrat de *mortgage* qui fut néanmoins anéanti sur le fondement de l'*undue influence*.

⁶⁵³ *UCB Corporate Services Ltd v. Williams, England and Wales Court of Appeal*, 2 mai 2002, [2002] EWCA Civ 555.

⁶⁵⁴ V. *supra* n^{os} 1 et 5.

moindre élément remettant en cause le caractère libre ou éclairé du consentement, le contractant doit pouvoir être libéré des engagements pris. Ce souci accru de protection du consentement s'exprime également à travers l'indifférence du déséquilibre contractuel dans les cas d'*actual influence*.

95. L'absence de condition relative au déséquilibre contractuel. Lorsqu'un contractant agit sur le fondement d'une *actual undue influence*, il n'est pas tenu de démontrer que les stipulations contractuelles ont pour effet de le désavantager de façon considérable. Ce principe fut posé dans un arrêt de 1993 de la *House of Lords*⁶⁵⁵. Dans cette affaire, une contractante avait signé sans le lire un contrat de prêt portant sur des sommes excédant les capacités de remboursement du ménage en prêtant foi aux propos de son époux. Lorsque la banque agit en vue de recouvrer les mensualités de remboursement, l'épouse fit valoir comme moyen de défense l'*undue influence* exercée sur elle par son époux. La banque, se fondant sur un arrêt de la *Court of Appeal* de 1988⁶⁵⁶, argua qu'il était nécessaire pour cette défense de démontrer que le contrat était « *manifestement désavantageux* » pour le contractant. La *House of Lords* renversa la décision de 1988 en précisant que ce critère devait être strictement cantonné aux hypothèses dans lesquelles le plaideur cherche à établir une présomption d'*undue influence*⁶⁵⁷. La preuve d'un déséquilibre économique dans les prestations n'intervenant que faire jouer une présomption d'*undue influence*, cela montre que c'est avant tout le consentement qui est protégé par le mécanisme d'*undue influence* dans sa globalité. L'idée est de prendre en compte des situations de consentement vicié moins flagrantes que les cas couverts par la notion de *duress*, ce qui montre un certain réalisme de la part des juges anglais. Ce réalisme se reflète également dans l'élaboration d'une série de présomptions d'influence dans le cas de certaines relations.

2) La présomption de l'existence d'une influence fondée la relation de particulière confiance entre les contractants

96. Deux présomptions de forces inégales. Les juges anglais ont élaboré, au fil des décisions, des présomptions quant à l'existence d'une *undue influence* reposant sur la relation de particulière confiance entre les contractants. Ces présomptions sont de forces variables. Ainsi, la présomption de l'existence d'une influence est irréfragable lorsque la relation entre les

⁶⁵⁵ CIBC Mortgages plc v. Pitt and Another, *House of Lords*, 21 oct. 1993, [1993] UKHL 7, [1994] 1 AC 200.

⁶⁵⁶ Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Aboody, *England and Wales Court of Appeal*, 28 nov. 1988, [1989] 2 W.L.R. 759, 4 All ER 955.

⁶⁵⁷ V. *infra* n° 98.

parties entre dans des cas spécifiques limitativement énumérés par la jurisprudence et nommés « *relationships of presumed trust and confidence* » (a). En revanche, la présomption est réfragable lorsque la victime parvient à établir une relation particulière, nommée « *relationship of actual confidence* », dans laquelle elle a, de fait, placé une certaine confiance dans l'autre partie (b).

a) Une relation présumée de particulière confiance : une présomption irréfragable d'influence

97. Des relations présumées de particulière confiance. Dans certaines relations interpersonnelles limitativement identifiées par les décisions de justice anglaises, il est présumé de façon irréfragable qu'il existe une influence de l'une des parties sur l'autre partie. Ces relations sont nommées en anglais « *relationships of presumed trust and confidence* », et les juges anglais et la doctrine y font parfois référence sous l'appellation « *class 2A* »⁶⁵⁸. Ces relations de particulière confiance incluent la relation entre le parent et son enfant⁶⁵⁹, le tuteur et la personne protégée⁶⁶⁰, le guide religieux et son disciple⁶⁶¹, un médecin et son patient⁶⁶², un *solicitor* et son client⁶⁶³, le *trustee* et le bénéficiaire du *trust*⁶⁶⁴, deux personnes fiancées⁶⁶⁵. Toutes ces relations sont effectivement caractérisées par un lien spécifique de confiance importante. Cela souligne le caractère très réaliste du mécanisme d'*undue influence* tel qu'il a été développé par les juges, ces derniers s'étant attachés à identifier les liens personnels susceptibles obscurcir le jugement de l'individu en matière contractuelle. En revanche, la relation entre époux a été explicitement exclue de cette catégorie de relations présumées de particulière confiance⁶⁶⁶, ainsi que celle qu'entretiennent un employeur et un salarié⁶⁶⁷. Cela

⁶⁵⁸ Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Aboody, *England and Wales Court of Appeal*, 28 nov. 1988, [1989] 2 W.L.R. 759, 4 All ER 955 ; Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 10-024, p. 517.

⁶⁵⁹ Bullock v. Lloyds Bank Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)*, 30 nov. 1954, [1955] Ch 317 : une jeune fille de 21 ans reçut un héritage important et, par le biais d'un *trust*, confia à une banque la gestion de cet héritage en tant que *trustee* pour le bénéfice de son père et de son frère sous l'influence du premier.

⁶⁶⁰ Archer v. Hudson, *Court of Chancery*, 11 juill. 1844, (1844) 7 Beavan 551, 49 E.R. 1180.

⁶⁶¹ Allcard v. Skinner, *England and Wales Court of Appeal*, 9 juill. 1887, (1887) 36 Ch. D. 145 : une fidèle de l'ordre religieux « Sisters of the Poor » avait fait don de ses immeubles et actions sociales à cette organisation. Il fut reconnu que les relations entre la fidèle et la Mère supérieure de l'ordre « étaient telles qu'elles permettaient de présumer que le gratifié avait exercé une influence sur le gratifiant », cf. *ibid.*, p. 172.

⁶⁶² Dent v. Bennett, *Court of Chancery*, 29 janv. 1839, 41 E.R. 105.

⁶⁶³ Wright v. Carter, *England and Wales Court of Appeal*, 17 nov. 1902, [1903] 1 Ch. 27.

⁶⁶⁴ Ellis v. Barker, *Court of Appeal in Chancery*, 4 déc. 1871, (1871-72) L.R. 7 Ch. App. 104.

⁶⁶⁵ Re Lloyds Bank, Ltd (Bomze and Lederman v. Bomze), *England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)*, 11 nov. 1930, [1931] 1 Ch. 289.

⁶⁶⁶ Bank of Montreal v. Stuart, *Privy Council*, 2 déc. 1910, [1911] AC 120, [1910] UKPC 53.

⁶⁶⁷ Mathew v. Bobbins, *England and Wales Court of Appeal*, 19 juin 1980, (1981) 41 P. & C.R.

peut surprendre, notamment en ce qui concerne les relations entre époux car il est difficile de considérer qu'il n'y a pas de confiance particulière entre deux époux, à plus fortes raisons que les liens entre fiancés donnent lieu à la présomption. De façon similaire, il est difficile de considérer que le salarié ne sera pas influencé par son employeur dans la conclusion d'un contrat.

98. Un contrat « nécessitant une explication ». Que le contractant cherche à établir une présomption irréfragable ou réfragable d'influence, les juges exigent dans les deux cas la démonstration que le contenu du contrat soit si favorable à l'une des parties qu'il en devienne suspect⁶⁶⁸. Les juges exigeaient initialement ce qu'ils nommaient un désavantage manifeste, « *manifest disadvantage* »⁶⁶⁹. Ce critère fut précisé par un arrêt de principe de 2011 de la *House of Lords*⁶⁷⁰ dans lequel les juges estimèrent qu'il était préférable de se référer dorénavant à un contrat qui « *nécessite une explication* » — « *calls for an explanation* », c'est-à-dire que sa conclusion ne semble pouvoir s'expliquer que par l'exercice illégitime d'une influence⁶⁷¹. Pour évaluer le caractère suspect du contrat, les juges se fondent notamment sur la valeur de la prestation à la charge de la prétendue victime de l'*undue influence*. Dans un arrêt de 2004 de la *Court of Appeal*⁶⁷², les juges eurent à connaître d'un contrat de vente portant sur un terrain cédé en échange d'un bail viager autorisant le vendeur à habiter une caravane placée sur le terrain jusqu'à son décès. Un second contrat fut vendu selon lequel l'usager du terrain s'engageait à construire dessus un bungalow dans les trois ans suivant la signature du contrat sans quoi le bail viager serait révoqué contre la somme de 5 000 livres. Le juge de première instance rejeta la défense du vendeur fondée sur l'*undue influence* en retenant notamment l'absence de désavantage manifeste. Les juges de la *Court of Appeal* renversèrent la décision. Ils estimèrent que l'échange d'un bail viager pour la seule somme de 5 000 livres caractérisait un contrat suspect qui ne pouvait avoir été obtenu que par le jeu d'une *undue influence*. En revanche, une prestation de modeste valeur ne constitue pas un contrat suspect susceptible d'être mis à

⁶⁶⁸ En revanche, cette condition n'est pas nécessaire lorsque le plaideur cherche à démontrer une *actual undue influence*, v. *supra* n° 95.

⁶⁶⁹ National Westminster Bank PLC v. Morgan, *House of Lords*, 7 mars 1985, [1985] A.C. 686 ; [1985] 2 W.L.R. 588.

⁶⁷⁰ Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (N° 2), *House of Lords*, 11 oct. 2001, [2001] UKHL 44.

⁶⁷¹ Le même arrêt mentionne également un contrat qui « *n'est pas aisément explicable par la relation entre les parties* », « *not readily explicable by the relationship between the parties* », cf. *ibid.*, n° 21.

⁶⁷² Macklin v. Dowsett, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 juin 2004, [2004] EWCA Civ 904.

l'écart⁶⁷³ pour *undue influence* car cela aurait pour conséquence de rendre suspect tous les échanges de cadeaux entre parents et enfants⁶⁷⁴ ou tout paiement d'honoraires à un avocat⁶⁷⁵.

99. L'effet de la présomption d'une relation de particulière confiance. L'existence d'une relation de particulière confiance de catégorie « 2A » permet d'établir de façon irréfragable qu'il existe une influence d'une partie sur l'autre. La réunion de la relation de particulière confiance avec la présence d'un contrat suspect permet à la victime de bénéficier d'une présomption réfragable que l'influence existant dans la relation des parties a été exercée⁶⁷⁶, et que la confiance a été abusée. Cela permet au plaideur de bénéficier d'un renversement de la charge de la preuve, puisqu'il appartient alors à l'autre partie de démontrer que, s'il existe une influence, celle-ci n'a pas été exercée⁶⁷⁷.

b) Une relation avérée de particulière confiance : une présomption réfragable d'influence

100. Des relations avérées de confiance. Dans certaines relations interpersonnelles, il est présumé de façon réfragable qu'il existe une influence de l'une des parties sur l'autre partie. Ces relations sont nommées en anglais « *relationships of actual trust and confidence* », et les juges anglais et la doctrine y font parfois référence sous l'appellation « *class 2B* »⁶⁷⁸. Cette catégorie n'est pas limitativement définie au contraire des *relationships of presumed trust and confidence*. Dans le cas des relations avérées de confiance, le plaideur doit démontrer qu'il a effectivement placé une confiance accrue dans son interlocuteur de telle sorte que ce dernier est susceptible de l'influencer dans ses choix. Le cas le plus fréquent rencontré par les juges est celui dans lequel un contractant fait particulièrement confiance à l'autre pour le conseiller en matière financière⁶⁷⁹. Par exemple, dans un arrêt de 1866 de la *Court of Chancery*⁶⁸⁰, les juges eurent à connaître du contrat de vente par lequel un jeune étudiant à l'Université d'Oxford cédait l'entière propriété de sa propriété, comprenant notamment des mines prospères, pour une somme dérisoire à un homme qui le conseillait sur ses finances depuis plusieurs années. Au décès du

⁶⁷³ V. *infra* n° 106 la sanction du contrat *voidable*.

⁶⁷⁴ Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (N° 2), *House of Lords*, 11 oct. 2001, [2001] UKHL 44, n° 24.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, n° 104.

⁶⁷⁶ V. *infra* n° 103.

⁶⁷⁷ V. *infra* n° 104 **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

⁶⁷⁸ Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Aboody, *England and Wales Court of Appeal*, 28 nov. 1988, [1989] 2 W.L.R. 759, 4 All ER 955 ; Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 10-026, p. 519.

⁶⁷⁹ Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (N° 2), *House of Lords*, 11 oct. 2001, [2001] UKHL 44, n° 14.

⁶⁸⁰ Tate v. Williamson, *Court of Chancery*, 14 fév. 1866, (1865-66) L.R. 1 Eq. 528.

vendeur, le père de ce dernier agit en vue d'obtenir la mise à l'écart du contrat de vente pour *undue influence*. Le juge retint l'existence d'une relation de particulière confiance⁶⁸¹ entre l'acquéreur et un vendeur très jeune et inexpérimenté⁶⁸². Il précisa que cette relation avait été exploitée par ce dernier qui avait connaissance de la valeur véritable et s'était gardé de partager cette information avec le vendeur ou de lui suggérer de faire d'abord évaluer ses biens.

Outre les cas de particulière confiance relative au conseil financier, la catégorie 2B est plus largement définie que les relations de catégorie 2A et elle est susceptible de recouvrir des situations très variées qui ne sont pas limitativement définies par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt de 2010 de la *High Court of Justice*⁶⁸³, les juges se prononcèrent sur la réticence d'information d'un époux ayant convaincu son épouse d'accorder une hypothèque sur le domicile conjugal afin de garantir ses dettes personnelles sans lui révéler sa relation extraconjugale. Les juges rappelèrent que les *relationships of actual trust and confidence* ne se limitaient pas à l'hypothèse d'une confiance accordée dans le cadre d'un conseil financier⁶⁸⁴. Ils précisèrent que la réticence d'information relative à la relation adultère constituait un manquement de l'époux à son devoir de loyauté et de franchise envers son épouse qui avait consenti au contrat en croyant son époux aussi investi qu'elle dans leur mariage et attaché à la préservation de leur vie familiale. Elle avait par conséquent placé une confiance indéniable dans son époux et subi une *undue influence*. La distinction importante entre les classes 2A et 2B réside dans le fait que, dans la catégorie 2B, la relation de confiance doit être prouvée, tandis que dans la catégorie 2A, il suffit que les parties rentrent dans les cas limitativement énumérés par la jurisprudence. La variété d'hypothèses susceptibles de rentrer dans la seconde catégorie laisse au juge anglais une importante marge de manœuvre lui permettant de déceler les relations de particulières confiance hors d'hypothèses spécifiques. Cela permet une grande souplesse de la notion d'*undue influence* et une forme de réalisme mis au service de la protection du

⁶⁸¹ Les juges utilisent régulièrement l'expression de « *fiduciary relationship* » qui est une autre façon de désigner une relation de particulière confiance.

⁶⁸² Les caractéristiques et le comportement général du plaideur agissant sur le fondement de l'*undue influence* sont pris en compte par les juges pour déterminer l'existence d'une relation de confiance, qu'il ait agi sur le fondement d'une *actual influence* ou d'une *actual relationship of trust and confidence* : v. *Morley v. Elmaleh*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 3 juill. 2009, [2009] EWHC 1196 (Ch) : la contractante ayant agi sur le fondement de l'*undue influence* fut considérée comme « *une personne solide, volontaire et très intelligente, et il était très peu probable qu'elle ait l'habitude d'accepter simplement ce que quelqu'un d'autre lui suggérait* ».

⁶⁸³ *Hewett v. First Plus Financial Group Plc, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 mars 2010, [2010] EWCA Civ 312.

⁶⁸⁴ V. déjà : *Justice LEWISON in Thompson v. Foy*, [2009] EWHC 1076 (Ch), n° 100.

consentement. Cette souplesse est toutefois tempérée par l'exigence d'un autre critère que la relation de confiance : l'exercice illégitime de l'influence.

B) L'exercice illégitime de l'influence

101. Des présomptions facilitant la tâche du plaideur. Les règles qui régissent l'*undue influence* sont particulièrement complexes en raison notamment de la mise en œuvre de présomptions quant à l'existence d'une influence, mais également quant à l'exercice de cette influence. Dans le cas général d'*actual undue influence*, la victime doit convaincre le juge que l'influence a été exercée de façon illégitime (1). Dans un cas de présomption de l'existence d'une relation de confiance, la victime peut bénéficier d'une deuxième présomption légale qui facilite la preuve de l'exercice de l'influence (2).

1) L'exercice illégitime de l'influence dans le cas général de l'*actual undue influence*

102. Une influence « indue ». Un contrat ne peut être écarté que s'il a été conclu en raison d'une influence indue, illégitimement exercée, et non d'une simple influence. Dans un arrêt de 2003⁶⁸⁵, les juges du *Privy Council* ont précisé : « *Quelle que soit l'importance de l'influence qu'une personne peut exercer sur une autre, l'Equity n'intervient pas tant que cette influence n'a été abusée. L'Equity ne sauve pas les gens des conséquences de leur propre folie ; elle agit pour leur éviter d'être victimes d'autres personnes* »⁶⁸⁶. Dans cette affaire, un banquier avait consenti à un client un important découvert de compte à la condition que la somme soit utilisée pour un développement foncier spécifique, pour lequel le client avait de lui-même manifesté un certain intérêt. La banque agit en vue de recouvrer les sommes et fut déboutée sur le fondement de l'*undue influence* exercée par son préposé, le banquier, ayant conseillé au client un investissement peu recommandable et désavantageux pour lui. Le *Privy Council* renversa cette décision, estimant qu'il existait effectivement une influence du banquier sur le client, mais que cette influence n'avait pas été exercée indument. En effet, il n'était pas démontré que le banquier avait renseigné le client sur la fiabilité de l'investissement mais il avait seulement insisté pour que l'argent soit utilisé dans le but pour lequel il avait été emprunté, ce qui constituait une pratique bancaire normale et licite. Autrement dit, en matière d'*undue influence*, il revient aux juges de ne pas confondre le caractère désavantageux du contrat pour l'une des parties avec le critère d'exercice indu d'une influence.

⁶⁸⁵ National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v. Hew, *Privy Council*, 30 juin 2003, [2003] UKPC 51.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, n° 33.

2) L'exercice illégitime de l'influence dans un cas de présomption

103. Une présomption réfragable d'exercice indu d'une influence. Il existe une série de présomptions de deux sortes permettant au juge de retenir l'existence d'une relation de particulière confiance et donc d'un pouvoir d'influence de l'une des parties sur l'autre⁶⁸⁷. Elles ont pour effet de renverser la charge de la preuve et de permettre au plaideur d'établir plus facilement le critère de l'existence de la capacité d'influence de l'autre parties. Ces présomptions, combinées avec la preuve d'un contrat suspect⁶⁸⁸, ont également l'effet de faire présumer de façon réfragable l'exercice indu de l'influence, de telle sorte qu'il appartient à l'autre partie de démontrer qu'il n'a pas exercé indument l'influence qu'il détenait. En effet, la réunion d'une relation de particulière confiance et d'un contrat particulièrement désavantageux pour l'une des parties laisse vraisemblablement penser que l'autre contractant a effectivement abusé de la relation de confiance et exercé son influence. Le mécanisme d'*undue influence* tel qu'il est conçu par le droit anglais présente la particularité d'être assez réaliste. Dans les hypothèses où la probabilité qu'un contractant ait été influencé par l'autre est élevée, les présomptions d'un exercice de l'*indue influence* ont pour conséquence de renverser la charge de la preuve.

104. La preuve d'un exercice libre de la volonté. La présomption d'exercice indu de l'influence est réfragable. Il appartient donc à l'autre partie de démontrer que la prétendue victime de l'*undue influence* a en réalité exercé librement sa volonté. Les juges sont susceptibles de prendre en compte divers éléments pour considérer que le libre exercice de la volonté est établi. L'un des facteurs décisifs réside dans le fait que la prétendue victime ait reçu d'autres informations ou conseils émanant d'un tiers et non de la personne qui aurait exercé une influence. De nombreux arrêts montrent que les juges prennent en compte l'absence d'avis indépendant pour retenir que la présomption d'exercice de l'*undue influence* n'est pas renversée⁶⁸⁹. Cependant, l'existence d'un avis indépendant n'est pas suffisante. Par exemple, dans un arrêt de 1928 du *Privy Council*⁶⁹⁰, les juges eurent à connaître d'une donation consentie par une femme très âgée et totalement analphabète à son neveu portant sur la quasi-totalité de

⁶⁸⁷ V. *supra* n^{os} 96s sur les *relationships of presumed trust and confidence* donnant lieu à une présomption irréfragable de l'existence d'une capacité d'influence et les *relationships of actual trust and confidence* donnant lieu à une présomption irréfragable de l'existence d'une capacité d'influence.

⁶⁸⁸ V. *supra* n^o 98 sur le contrat « nécessitant une explication ».

⁶⁸⁹ V. des arrêts dans lesquels la victime présumée de l'*undue influence* n'a pas reçu de conseils émanant d'un tiers : *Allcard v. Skinner, England and Wales Court of Appeal*, 9 juill. 1887, (1887) 36 Ch. ; *Bullock v. Lloyds Bank Ltd, The High Court of Justice (Chancery Division)*, 30 nov. 1954, [1955] Ch. 317.

⁶⁹⁰ *Inche Noriah v. Shaik Allie bin Omar, Privy Council*, 14 oct. 1928, [1929] A.C. 127.

son patrimoine essentiellement constitué d'immeubles et d'une importante valeur. Avant de signer l'acte de donation, la donatrice avait bénéficié des conseils d'un avocat. Les juges avaient retenu l'existence d'une relation avérée de particulière confiance car le neveu gérait depuis plusieurs années les affaires de sa tante. Cette relation particulière et le caractère suspect du contrat donnait naissance à la présomption réfragable d'exercice illégitime d'une influence par le neveu sur sa tante. Ce dernier tenta de faire valoir que le fait que la donatrice ait bénéficié des conseils d'un avocat permettait de renverser la présomption. Les juges du *Privy Council* rejetèrent cet argument. Ils estimèrent que l'avocat semblait de bonne foi, mais qu'il ignorait que la donation portait sur la quasi-totalité du patrimoine de la donatrice et qu'il aurait pu lui conseiller de préférer le testament en vue de gratifier son neveu. Autrement dit, la donatrice avait reçu des conseils n'émanant pas du neveu certes, mais il s'agissait de conseils peu avisés et donc insuffisants à renverser la présomption. Les juges du *Privy Council* précisèrent qu'ils « considèrent qu'il est très important, du point de vue de l'ordre public, de maintenir la règle de droit qui a été établie et d'insister sur le fait qu'une donation effectuée dans des circonstances qui donnent lieu à la présomption doit être annulée à moins que le donataire ne soit en mesure de prouver à la Cour des faits suffisants pour renverser la présomption »⁶⁹¹. De façon générale, il ressort en effet de la jurisprudence que lorsque, par le jeu des présomptions, le plaideur arrive à établir la présomption réfragable d'exercice illégitime de l'influence, il est très difficile pour l'autre partie de renverser cette présomption⁶⁹².

Outre l'existence d'un conseil indépendant, les juges anglais peuvent être convaincus que le contrat a été conclu en raison d'un lien d'affection entre les deux parties sans qu'il n'y ait eu *undue influence*. Dans un arrêt de 1910 de la *High Court*⁶⁹³, le juge eut à connaître d'une cession de bail commercial et de la licence autorisant la vente de boissons alcoolisées dans le local commercial. La cession avait été consentie contre la somme de 6 livres par une femme à celui de ses trois enfants qui avait pour habitude de l'assister régulièrement dans la gestion du commerce familial. L'un des autres enfants agit en vue de voir reconnaître l'exercice d'une *undue influence* par le cessionnaire sur la cédante. Le juge retint l'existence d'une relation

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁹² *Cloughton v. Price, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 17 April 1997, (1997) 74 P. & C.R. D15 : en raison des difficultés financières qu'il rencontrait, un patient avait vendu à son psychiatre, devenu un ami proche, plusieurs biens immobiliers pour un prix très inférieur à leur valeur sans stipuler une option de rachat. Le médecin fit valoir que le vendeur avait reçu un avis indépendant de la part d'un *solicitor*. Les juges estimèrent que ce fait ne permettait pas de renverser la présomption d'exercice d'une influence illégitime car un *solicitor* compétent aurait insisté sur l'importance d'une option de rachat.

⁶⁹³ *Coomber v. Coomber, The High Court of Justice (Chancery Division)*, 30 nov. 1910, [1911] 1 Ch. 174.

présumée de particulière confiance entre un parent et son enfant, confiance accentuée par le fait que le cessionnaire aidait habituellement la cédante dans la gestion du commerce. Cela avait pour effet de renverser la charge de la preuve sur le cessionnaire qui ne put démontrer que sa mère avait reçu un avis indépendant du sien pour consentir à la cession. En revanche, le juge retint qu'il était possible de renverser la présomption autrement en montrant que le contrat avait été conclu librement car l'influence n'avait pas été exercée. En l'espèce, il ressortait des éléments soumis au juge que la cédant avait consenti la cession par affection pour son fils et en étant convaincue de répondre aux souhaits de son défunt mari qui souhait la prospérité du commerce familial. Par conséquent, la cession était valide et non teintée d'*undue influence*.

Les effets de l'*undue influence*, si elle est établie, sont conséquents puisqu'il s'agit en principe d'un anéantissement rétroactif du contrat replaçant les parties dans le *statu quo ante*.

§ 2 – L'incidence de l'*undue influence* sur le contrat

105. La préférence pour la nullité du contrat. En principe, le contrat conclu dans le cadre d'une *undue influence* est *voidable*, ce qui est une forme de nullité contractuelle (A). Cependant, lorsque l'annulation n'est pas possible, la compensation par des dommages et intérêts a pu être retenue par les juges (B).

A) Un contrat en principe *voidable*

106. Un contrat *voidable*. Le contrat conclu en raison d'une *undue influence* est en principe *voidable*⁶⁹⁴, ce qui signifie que seule la victime peut agir en vue d'obtenir l'anéantissement rétroactif⁶⁹⁵, de façon similaire à la nullité relative connue du droit français. Les juges utilisent également l'expression d'un contrat « mis de côté », « *set aside* »⁶⁹⁶. La sanction consiste à considérer que le contrat n'a jamais été formé et à remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant l'éventuelle exécution partielle ou complète du contrat. Par exemple, dans un arrêt de 1997 la *Court of Appeal*⁶⁹⁷, les juges ordonnèrent au

⁶⁹⁴ Allcard v. Skinner, *England and Wales Court of Appeal*, 9 juill. 1887, (1887) 36 Ch. D. 145, p. 186.

⁶⁹⁵ Urquhart v. Macpherson, *Privy Council*, 22 mai 1878, (1878) 3 App. Cas. 831. V. aussi : Whittaker v. Campbell, *The High Court of Justice (Divisional Court)*, 20 mai 1983, (1983) 77 Cr. App. R. 267.

⁶⁹⁶ Bullock v. Lloyds Bank Ltd, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 30 nov. 1954, [1955] Ch. 317 ; Inche Noriah v. Shaik Allie bin Omar, *Privy Council*, 14 oct. 1928, [1929] A.C. 127.

⁶⁹⁷ Cloughton v. Price, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 17 April 1997, (1997) 74 P. & C.R. D15.

médecin ayant acquis pour un prix très inférieur à leur valeur les biens immobiliers de son patient de restituer les propriétés en échange du prix payé.

107. Une conception économique des restitutions. En principe, chacune des parties doit rendre ce qu'elle a retiré du contrat. Cependant, la situation n'est pas toujours idéale et les restitutions réciproques ne sont pas toujours possibles. En matière d'*undue influence*, les juges anglais retiennent la possibilité d'ordonner quand même les restitutions dans un tel cas, à condition d'être en mesure d'obtenir un résultat « *juste en pratique* ». Cette vision des restitutions rappelle la conception économique des restitutions, rejetée par la Cour de cassation, et qui consiste à effacer tous les effets matériels de l'exécution grâce au jeu des restitutions pour remettre les parties dans le *statu quo ante*⁶⁹⁸. Cette conception est « [i]ncontestablement plus exigeante pour le juge »⁶⁹⁹ car elle suppose qu'il prenne en compte tous les avantages tirés de l'exécution par chaque contractant et effectue un calcul complexe permettant de rééquilibrer les patrimoines. Dans un arrêt de 1984 de la *Court of Appeal*⁷⁰⁰, les juges se prononcèrent sur la validité de plusieurs contrats de gestion, de représentation exclusive, d'enregistrement et de cession de droits d'auteurs conclus par un jeune musicien sans expérience ni connaissance du milieu de la musique et influencé par son agent. Il fut reconnu l'existence d'une relation avérée de particulière confiance et de contrats particulièrement désavantageux pour le musicien de telle sorte qu'il existait une présomption réfragable d'exercice illégitime de l'influence. Le juge de première instance ordonna la restitution des droits d'auteur cédés ainsi que des *masters*⁷⁰¹. Il ordonna le calcul des bénéfices réalisés par les cocontractants du musicien grâce aux droits d'auteur cédés et aux enregistrements effectués et le transfert de ces sommes au musicien. Les contractants firent appel de la décision notamment relativement à l'étendue des restitutions. Ils firent valoir que le principe de la restitution intégrale ne pouvait s'appliquer en l'espèce car il était impossible de les replacer dans leur situation précédente la conclusion du contrat puisqu'ils avaient fourni un travail conséquent en exécution des contrats litigieux. Les juges de la *Court of Appeal* retinrent que « *l'impossibilité de la restitution in integrum n'empêche pas le juge d'ordonner ce qui est pratiquement juste entre les parties pour les remettre dans la situation où elles se trouvaient avant la conclusion des contrats* »⁷⁰². Les juges confirmèrent la décision

⁶⁹⁸ V. *infra* n° 162.

⁶⁹⁹ Sophie PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, n° 24, 2016, act. 676.

⁷⁰⁰ O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 fév. 1984, [1985] Q.B. 428.

⁷⁰¹ Enregistrement principal et original d'une composition.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 429.

du juge de première instance en ce qu'elle avait reconnu l'existence d'une *undue influence* rendant les contrats *voidable* mais ils octroyèrent une forme de la rémunération de leur travail aux divers contractants.

B) L'exception de la compensation

108. La reconnaissance de la possibilité pour le juge d'octroyer des dommages et intérêts. L'octroi de dommages et intérêts n'est pas la sanction privilégiée de l'*undue influence*, le principe demeurant la restitution. Cependant, lorsque la restitution n'est pas possible, il fut récemment jugé par la *High Court of Justice* que le juge avait le pouvoir d'octroyer des dommages et intérêts à la victime de l'*undue influence*. Dans un arrêt de 2013⁷⁰³, qu'il n'y avait « *pas de raison d'interdire aux juges d'accorder une compensation aux personnes lésées par l'exercice d'une undue influence* »⁷⁰⁴. Dans cette affaire, une femme avait fait don de 90% de son patrimoine, comprenant une importante somme d'argent et deux biens immobiliers à l'une de ses filles, lésant ses deux autres enfants. Au décès de la donatrice, les deux enfants agirent contre la gratifiée en vue d'obtenir l'annulation de la donation. L'*undue influence* fut reconnue, mais la question se posait de savoir comment effectuer les restitutions dans la mesure où les biens immobiliers furent vendus à des tiers de bonne foi. Selon le juge, il n'était pas envisageable de revenir sur ces contrats de vente. En revanche, il jugea, dans l'optique de remettre la succession de la défunte dans la situation où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu d'influence indue, qu'il était possible d'octroyer aux demandeurs des sommes équivalentes à ce qu'ils auraient obtenu si les biens avaient été vendus, ainsi qu'il est souvent fait dans le cadre d'une administration régulière des biens d'une succession. Ainsi les demandeurs reçurent leur part de la valeur des propriétés partagée entre les trois enfants, ainsi que le prévoyait le dernier testament de la défunte. De la même façon, la somme versée à la gratifiée fut répartie entre les trois enfants. L'assouplissement du principe de restitutions permet au juge de replacer la victime de l'*undue influence* dans une situation équivalente à elle dans laquelle elle se trouvait avant que son consentement soit vicié. Déjà dans un arrêt de 1996⁷⁰⁵, les juges de la *High Court* eurent à connaître d'un contrat de cession de parts sociales consentie par le cédant à son beau-fils. L'*undue influence* fut reconnue mais, le cessionnaire ayant revendu les parts à

⁷⁰³ Hart v. Burbidge, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 12 juin 2013, [2013] EWHC 1628 (Ch), confirmé par Hart v. Burbidge, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 22 juill. 2014, [2014] EWCA Civ 992.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁰⁵ Mahoney v. Purnell, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 26 avril 1996, [1996] 3 All E.R. 61.

un prix très élevé bien supérieur à celui auquel il les avait acquises, leur restitution n'était pas possible. Par conséquent, les juges octroyèrent au cédant une compensation égale à la valeur des parts sociales au moment de leur cession initiale. Cette prérogative judiciaire d'octroyer une compensation à la victime de l'*undue influence* est heureuse dans la mesure où les hypothèses dans lesquelles la stricte restitution est impossible sont susceptibles d'être nombreuses et qu'il faut pouvoir remédier à la situation de la victime.

Conclusion du Chapitre 1

109. Une équivalence fonctionnelle nuancée. Les trois vices du consentement connus du droit français que sont l'erreur, le dol et la violence⁷⁰⁶ connaissent tous un équivalent fonctionnel en droit anglais. La notion d'erreur qui correspond à une méprise sur des éléments essentiels du contrat trouve un équivalent dans la notion de *mistake*, la notion de dol qui correspond à la tromperie du contractant correspond à la notion *misrepresentation* et la notion de violence qui correspond à l'extorsion du consentement correspond à la notion de *duress*. Cependant, la méprise, la tromperie et l'extorsion ne sont pas entendues de la même façon dans les deux systèmes. Au contraire, il existe d'importantes divergences dans ces trois couples de notion. La notion de *mistake* est conçue de façon très restrictive en droit anglais puisqu'elle recouvre essentiellement les hypothèses d'erreur-obstacle, tandis que l'erreur sur les qualités substantielles est appréciée subjectivement et peut donc donner lieu à de nombreuses nullités. En revanche, la *misrepresentation* est bien plus large que le dol puisqu'elle inclut des hypothèses de négligences qui seraient plutôt couvertes en droit français par l'obligation précontractuelle d'information. En outre, la réparation en matière de *misrepresentation* couvre l'éventuel manque à gagner ce qui est plus généreux que le droit français mais alourdit la tâche du juge qui doit calculer le profit raisonnable que la victime aurait pu attendre du contrat si les allégations du cocontractant n'avaient pas été faites. Enfin, il existe en droit anglais une forme de vice du consentement inconnue du droit français : l'*undue influence*. Issue des règles d'*equity*, cette notion constitue un *equitable remedy*. L'*undue influence* établit des présomptions dans le cas de certaines relations interpersonnelles ou lorsque le contrat paraît si avantageux pour l'un des contractants et si désavantageux pour l'autre que l'exercice d'une influence peut seul expliquer le consentement au contrat. Le développement de telles présomptions n'a pas d'équivalent en droit français.

En conclusion, les deux systèmes sont riches d'outils juridiques variés et diversifiés visant à assurer l'intégrité du consentement. L'élaboration, en droit français comme en droit anglais, d'un ensemble de mécanismes visant à débusquer les contrats formés sur un consentement contraint ou inéclairé confirme l'importance de la volonté individuelle dans le processus de création du contrat.

⁷⁰⁶ Art. 1130 du C. civil.

110. Des degrés d'intervention judiciaire inégaux. Bien que le droit anglais ait une conception en théorie plus large de la tromperie du contractant et connaisse un vice du consentement supplémentaire, il n'est pas certain que cela porte le juge anglais à intervenir plus souvent dans le contrat. En effet, les notions sont plus variées et sont en théorie largement conçues, telle que la *misrepresentation* qui couvre l'hypothèse de la négligence. Néanmoins, certains éléments compensent cette disparité. Les critères nécessaires pour établir l'existence de ces vices sont nombreux et les juges anglais peuvent se montrer exigeants dans leur appréciation de ces conditions. Par exemple, la tromperie doit être déterminante du consentement à deux égards : subjectivement et objectivement, par référence à la figure de la personne raisonnable qui est souvent modelée à l'image du juge, instruit et prudent⁷⁰⁷. Les vices du consentement en droit anglais sont plus nombreux, susceptibles de recouvrir des hypothèses plus variées mais la multiplication des critères peut les rendre difficile à établir devant les tribunaux en pratique. Surtout, la réticence dolosive n'est en principe pas sanctionnée par la *misrepresentation* en raison de l'absence d'un équivalent du principe de contracter de bonne foi. Ce dernier semble au contraire très cher au droit français puisqu'il a permis le développement de la sanction de la réticence dolosive ainsi que la consécration jurisprudentielle puis légale d'une obligation précontractuelle d'information. La protection du consentement est indéniablement au cœur des préoccupations des juges français et anglais, mais cette protection prend des formes assez différentes d'un système à l'autre.

⁷⁰⁷ V. *infra* n° 265.

Chapitre 2 – Le contrôle de la licéité du contenu du contrat

111. Des définitions comparables, des sanctions divergentes. En droit français comme en droit anglais, le juge est amené à contrôler la licéité du contrat par rapport à des règles dites d'ordre public ou de *public policy* qui protègent l'intérêt général. Ces règles sont censées transcender les intérêts privés et les conventions particulières ne sauraient par conséquent y déroger. L'illicéité du contrat est conçue de façon comparable en France et en Angleterre (**Section 1**). En revanche, les sanctions du contrat nul en raison de la contrariété de son contenu à l'ordre public ou à la *public policy* sont conçues très différemment dans les deux systèmes (**Section 2**).

Section 1 – Des définitions comparables de l'illicéité du contenu du contrat

112. La moralisation de la vie contractuelle, une tâche commune des juges français et anglais. En droit français, il existe de multiples dispositions législatives visant à préserver la licéité du contrat, entendue comme sa conformité à une certaine conception morale. Le juge français est amené à contrôler la licéité du contenu du contrat grâce à trois notions voisines : l'ordre public, les bonnes mœurs, ainsi que la cause et de l'objet du contrat aujourd'hui regroupés dans la notion de contenu visée par l'article 1128 du Code civil. En droit anglais, une notion permet au juge de remplir cette même fonction de moralisation de la vie contractuelle. Il s'agit de la notion de *public policy*. Toutes ces notions ont le même objectif : permettre aux juges de contrôler le caractère moral de la convention. (§ 1). La moralisation de la vie contractuelle est également inspirée du contrôle de la proportionnalité de l'atteinte portée par le contrat aux droits et libertés fondamentaux protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (§ 2).

§ 1 – Une moralisation de la vie contractuelle contrôlée par les juges nationaux

113. Une licéité inégalement mise en œuvre. En matière de licéité du contrat, les juges français et les juges anglais partagent un point commun : ils exercent une influence importante sur les notions juridiques qui leur permettent de contrôler la conformité du contrat à l'ordre public (**A**). Cependant, alors que l'ordre public tel qu'il est défini par le juge français permet à ce dernier d'opérer un contrôle étendu de la licéité du contrat, le juge anglais adopte une vision plus restrictive de son contrôle (**B**).

A) L'influence importante des juges sur les outils de contrôle de licéité du contenu du contrat

114. Les outils du contrôle de la licéité du contrat. Pour contrôler la licéité du contrat, le juge français a à sa disposition deux notions complémentaires que sont l'ordre public et les bonnes mœurs (1). Le juge anglais met, quant à lui, en œuvre la notion de *public policy* (2).

1) L'identité de fonction de l'ordre public et des bonnes mœurs en droit français

115. La fonction de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'article 6 du Code civil dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Le second alinéa de l'article 1102 du Code civil reprend cette règle puisqu'il dispose : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Par conséquent, l'ordre public correspond en ce sens à « *l'antithèse de la liberté contractuelle ou conventionnelle. C'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle* »⁷⁰⁸. La contrariété à l'ordre public rend la convention illicite. Plus précisément, un auteur retient que « [les] articles 6, 1131 et 1133 visent les conventions illicites ; elles se divisent elles-mêmes en deux catégories : celles qui ont contraires aux lois et à l'ordre public et que l'on peut appeler les conventions illicites proprement dites, et celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, les conventions immorales ; ces dernières sont à la fois illicites et immorales »⁷⁰⁹. Les bonnes mœurs⁷¹⁰ correspondent au volet « *moral* »⁷¹¹ de l'ordre public et permettent d'identifier un cas spécifique d'illicéité du contrat : l'immoralité. Au même

⁷⁰⁸ Jean HAUSER, Jean-Jacques LEMOULAND, et Gaël PIETTE, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Rép. civ.*, fév. 2019, (actu. sept. 2022), n° 40.

⁷⁰⁹ Roger DORAT DES MONTS, *La cause immorale : étude de jurisprudence*, Paris : Librairie Rousseau, 1956, n° 5, p. 3.

⁷¹⁰ Lubomir TCHAVADAROFF, *De la notion des Bonnes mœurs*, Toulouse, 1927 ; Albert-Eugène SAINT-CYR, *La notion de bonnes mœurs en droit civil*, Castéra, 1941 ; Julien BONNECASE, « La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 91 ; Jacques CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, coll. CURAPP, 1994 ; Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, coll. « Partage du savoir », 2005 ; Geneviève PIGNARRE, « *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?"* », *RDC*, n° 4, 2005, p. 1290 ; Jean HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », in Pauline Rémy-CORLAY et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Actes, Thèmes & commentaires, 2003, p. 105 ; Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 516 ; Jacques FOYER, « Les bonnes mœurs », in *1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495.

⁷¹¹ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 289, p. 264.

titre que l'ordre public, les bonnes mœurs sont un « *instrument de contrôle du contrat* »⁷¹². Leur fonction « *consiste toujours à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité* »⁷¹³. Elles ont connu un certain recul avec la disparition de l'ancien article 1133 du Code civil depuis la réforme du 10 février 2016. Cet article disposait : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». La licéité de la cause était donc évaluée par rapport à sa contrariété aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Ces deux notions sont souvent indissociables et les juges les utilisent de façon conjointe lorsqu'ils ont à contrôler la licéité de la cause du contrat.

116. La survie des concepts de cause et d'objet. La réforme du droit des contrats du 10 février 2016 a abandonné les termes de cause et d'objet. L'article 1162 du Code civil dispose maintenant que « [le] *contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Cependant, « *sur le fond, rien n'a changé* »⁷¹⁴ et les notions de cause et d'objet telles que développées par la jurisprudence constituent la substance de la notion de « *contenu du contrat* » visée par l'article 1128 du Code civil et par la sous-section 3 de la section 2 portant sur la validité du contrat⁷¹⁵. En effet, « [l']*exigence nouvelle que les stipulations du contrat soient licites correspond à la condition traditionnelle de licéité de l'objet ; l'exigence nouvelle que le but soit licite correspond à la condition traditionnelle de licéité de la cause* »⁷¹⁶. Par conséquent, les arrêts rendus sur le fondement de l'ancien article 1133 du Code civil et qui font référence aux notions de cause et d'objet permettent encore d'éclairer le droit positif en matière de licéité du contrat.

⁷¹² Dimitri HOUTCIEFF, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *RTD civ.*, 2021, n° 2, p. 757.

⁷¹³ Jean HAUSER, Jean-Jacques LEMOULAND, et Gaël PIETTE, « Ordre public et bonnes mœurs », *in Rép. civ.*, fév. 2019, (actu. sept. 2022), n° 42.

⁷¹⁴ Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 262. V. aussi : Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, « La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats ? », *ERCL*, n° 13, 2017, p. 418 ; Bertrand FAGES, « Notion de contenu contractuel et disparition des notions de cause et d'objet », *in* Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy droit civil, 2021, n° 1015 (actu. juin 2022) : « *La réforme de 2016 a maintenu, à travers l'exigence d'un contenu licite et certain (C. civ., art. 1128), les deux fonctions principales de la cause qui consistaient à contrôler la teneur de l'obligation [...] et la licéité du but poursuivi par le contrat* ».

⁷¹⁵ La sous-section intitulée « Contenu du contrat » comprend les art. 1162 à 1171 du C. civil.

⁷¹⁶ Antoine GOUËZEL, « Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs. – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », *in JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 24 oct. 2018, n° 12. V. pour la correspondance entre l'objet licite et les stipulations contractuelles : Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 302. V. pour la correspondance entre la cause subjective et le but du contrat : Muriel FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, p. 639.

117. La conception dualiste de la cause. En outre, il faut préciser que la jurisprudence française a mis en œuvre une conception dualiste de la cause. Le terme, tel qu'il était employé dans l'ancien article 1131 du Code civil⁷¹⁷ était susceptible de renvoyer à deux réalités distinctes : la cause objective et la cause subjective. La première correspond à la raison « *immédiate* »⁷¹⁸ pour laquelle le contractant s'engage, c'est-à-dire la contrepartie objectivement obtenue. Lorsque cette contrepartie était absente ou « *fausse* », le contrat était nul. La seconde correspond à la raison « *lointaine* »⁷¹⁹ pour laquelle le contractant s'engage, c'est-à-dire le motif subjectif qui le pousse à conclure le contrat. Lorsque ce motif était illicite, le contrat était nul. Certains auteurs ont proposé de retenir une conception moniste de la cause mais la doctrine moderne a préféré retenir une conception dualiste qui fut consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe de 1989⁷²⁰. Dans cet arrêt, la Haute juridiction précisa que « *la cause de l'obligation de l'acheteur réside dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé* ». L'actuel article 1162 du Code civil, qui dispose que « [le] contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties », a supprimé la référence à la cause. Il emploie le terme « *but* » qui renvoie à la notion de cause subjective, c'est-à-dire la cause du contrat et non pas la cause de l'obligation⁷²¹. La licéité du but du contrat s'apprécie donc par référence à l'ancienne notion de cause subjective à laquelle les juges du fond se réfèrent encore. Dans un arrêt de 2022⁷²², la cour d'appel de Versailles précisa, à propos d'une créance constituée par le cumul de douze lettres de change impayées, que « *cette créance constitu[ait] la cause de l'obligation appréciée à la date où le contrat a été souscrit, laquelle cause doit être entendue non point comme la cause objective mais par le but poursuivi par les parties, ceci en son acception protéiforme retenue par la jurisprudence et consolidée par la réforme du droit des contrats recourant à d'autres notions* ».

⁷¹⁷ « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

⁷¹⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 399, p. 446.

⁷¹⁹ *Ibid.*, n° 399, p. 446.

⁷²⁰ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, n° 88-11443, *Bull. civ.* I, 1989, n° 293, p. 194, *JCP*, 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBÉ, *Defrénois*, 1990, p. 358, J.-L. AUBERT ; *Gaz. Pal.*, 1991, 1, jur. P. 374, F. CHABAS ; *RTD civ.*, 1990, p. 468, J. MESTRE.

⁷²¹ Ancien art. 1131 C. civil : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

⁷²² CA Versailles, 16^{ème} ch., 14 mai 2020, n° 18/08576.

que la cause objective ». La jurisprudence ne s'est donc pas départie de la conception dualiste de la cause, la cause subjective permettant de contrôler la licéité du contrat.

La cause subjective ainsi que l'objet, englobés aujourd'hui par la notion de contenu du contrat, sont des outils juridiques qui ont permis d'évaluer le caractère moral des contrats par référence aux étalons d'ordre public et de bonnes mœurs.

118. La définition jurisprudentielle des bonnes mœurs. La notion de bonnes mœurs n'est pas définie par le Code civil. Cela laisse une place importante à une « *autonomie normative du juge* »⁷²³ puisqu'il revient à ce dernier de déterminer le contenu de cette notion. La notion de bonnes mœurs donne lieu à un ordre public judiciaire dans la mesure où le juge statue selon les « *fondements de l'organisation sociale* »⁷²⁴ qu'il apprécie lui-même. Les juges du fond français ont régulièrement eu recours à la notion de bonnes mœurs pour sanctionner les contrats contraires aux fondements de l'organisation sociale. Par exemple, une convention imposant à un salarié de demeurer vingt années à son poste au sein de la même SARL sous peine de lourdes pénalités a été considérée comme contraire aux bonnes mœurs, au motif qu'elle organisait une forme de servitude contraire à la Convention européenne des droits de l'homme⁷²⁵. La notion de bonnes mœurs a considérablement évolué au fil des arrêts rendus notamment par la Haute juridiction qui prit en compte l'évolution de la société. La question des libéralités consenties à l'occasion d'une relation adultère le montre. Dans un arrêt de 1972⁷²⁶, la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt ayant débouté un homme marié de sa demande en nullité pour cause illicite de la donation déguisée qu'il avait consentie à sa concubine. Les juges du fond avaient estimé que l'acte ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, les parties étaient irrecevables à agir en justice pour obtenir l'exécution du contrat ou des restitutions. Cela aboutissait à faire produire des effets à l'acte de donation et la Haute juridiction avait censuré l'arrêt pour violation, par refus d'application, de l'ancien article 1133 du Code civil qui disposait que « *l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ». Les juges du fond auraient donc dû retenir la nullité de la donation en raison de l'illicéité de sa cause. Or les arrêts qui ont suivi ont opéré un revirement de jurisprudence en admettant le caractère licite de la

⁷²³ Edith GÉRAUD-LLORCA, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in Jacques CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, coll. CURAPP, 1994, p. 74.

⁷²⁴ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 291, p. 265.

⁷²⁵ T. com. Saint-Nazaire, 14 fév. 2018, n° 2013-004001.

⁷²⁶ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 1972, n° 70-12679, *Bull. civ. I*, 1972, 25, p. 22.

cause de ces donations. Dans un arrêt de 1999⁷²⁷, la Cour de cassation cassa l'arrêt d'une cour d'appel qui avait pourtant appliqué la jurisprudence posée par l'arrêt de 1972. La Haute juridiction retint la violation par l'arrêt des juges du fond des articles 1131 et 1133 du Code civil au motif que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ». Cette solution fut confirmée par un arrêt d'Assemblée plénière⁷²⁸ qui rappela que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* ». L'arrêt de la cour d'appel fut également cassé pour violation des anciens articles 1131 et 1133 du Code civil relatifs à la cause illicite appréciée à l'aune de sa contrariété aux bonnes mœurs. Le contenu de la notion de bonnes mœurs est donc défini par les juges, notamment la Cour de cassation. Ce revirement de jurisprudence fut vivement critiqué comme opérant une trop grand relâchement des bonnes mœurs⁷²⁹. Cependant, le juge ne crée pas de toutes pièces la notion de bonnes mœurs. Il en définit les contours en s'adaptant à l'évolution sociale qu'il observe⁷³⁰. Il est souhaitable que les notions de bonnes mœurs et d'ordre public soient évolutives et pourvues d'un contenu adaptable par le juge. Ce dernier ne peut être tenu d'évaluer la contrariété de la cause du contrat à la lumière de notions figées et intangibles de morale et de bienséance. Il doit au contraire pouvoir prendre en considération l'évolution des

⁷²⁷ Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *RTD civ.*, 1999, p. 383, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1999, p. 817, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 1999, p. 364, J. HAUSER ; *D.*, 1999, p. 377, J.-J. LEMOULAND ; *D.*, 1999, p. 351, C. LARROUMET ; *D.*, 1999, p. 307, M. GRIMALDI ; *D.*, 1999, p. 267, X. SAVATIER ; *RTD civ.*, 1999, p. 892, J. PATARIN ; *Deffrénois*, n° 13-14, 1999, p. 814, G. CHAMPENOIS ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2000, p. 13, F. CHABAS ; *Gaz. Pal.*, n° 97, 2000, p. 29, F. CHABAS ; *Deffrénois*, n° 11, 1999, p. 680, J. MASSIP ; *LPA*, n° 135, 1999, p. 30, J. MASSIP ; *Deffrénois*, n° 12, 1999, p. 738, D. MAZEAUD ; *LPA*, n° 229, 1999, p. 10, M. MESTROT.

⁷²⁸ Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *JCP G*, n° 4, 2005, II, 10011, F. CHABAS ; *Dr. famille.*, n° 12, 2004, comm. 230, B. BEIGNIER ; *CCC*, n° 3, 2005, comm. 40, L. LEVENEUR ; *D.*, 2004, p. 3175, D. VIGNEAU ; *RDC*, 2005, p. 1278, P. MALAURIE ; *RDC*, 2005, p. 1284, D. FENOUILLET ; *RTD civ.*, 2005, p. 104, J. HAUSER ; *D.*, 2005, p. 809, J.-J. LEMOULAND ; *Deffrénois*, n° 3, 2005, p. 234, S. PIEDELIÈVRE ; *LPA*, n° 112, 2005, p. 17, S. PIMONT ; *Deffrénois*, n° 12, 2005, p. 1045, V. MIKALEF-TOUDIC. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *RTD civ.*, 2005, p. 368, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2005, p. 439, M. GRIMALDI ; *D.*, 2005, p. 809, J.-J. LEMOULAND ; *JCP E*, n° 7, 2006, 1071, R. LE GUIDEC ; *JCP G*, n° 47, 2005, I, 187, R. LE GUIDEC ; *JCP G*, n° 17, 2005, act. 223, F. TERRÉ ; *Dr. famille*, n° 12, 2004, comm. 230, B. BEIGNIER.

⁷²⁹ V. *JCP G*, n° 4, 2005, II, 10011, F. CHABAS ; *Dr. famille*, n° 12, 2004, comm. 230, B. BEIGNIER ; *CCC*, n° 3, 2005, comm. 40, L. LEVENEUR ; *D.*, 2004, p. 3175, D. VIGNEAU ; *RDC*, 2005, p. 1278, P. MALAURIE ; *RDC*, 2005, p. 1284, D. FENOUILLET.

⁷³⁰ De façon similaire, le contrat de courtage matrimonial avait initialement été jugé contraire à la dignité et à la liberté du mariage, cf. Civ., 1^{er} mai 1855, *DP*, 1855. I. 147 ; *S.*, 1855. I. 337, rapp. LABORIE, avant d'être reconnu valide : Req., 27 déc. 1944, *DC*, 1945, p. 121 ; *S.*, 1945. I. 32. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *RTD civ.*, 2012, p. 93, J. HAUSER ; *D.*, 2012, p. 840, H. AUBRY ; *D.*, 2012, p. 971, J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.*, 2012, p. 113, B. FAGES ; *D.*, 2012, p. 59, R. LIBCHABER ; *LEFP*, n° 11, 2011, p. 1, A. BATTEUR ; *LEDC*, n° 11, 2011, p. 3, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *LPA*, n° 1, 2012, p. 8, S. MILLEVILLE ; *CCC*, n° 3, 2012, comm. 76, G. RAYMOND ; *Dr. famille*, n° 2, 2012, comm. 21, D. VIGNEAU ; *JCP G*, n° 3, 2012, doct. 63, J. GHESTIN ; *JCP G*, n° 1 – 2, 2012, act. 9, D. BAKOUCHE ; *RDC*, n° 2, 2012, p. 383, Y.-M. SERINET ; *RDC*, n° 2, 2012, p. 473, D. FENOUILLET ; *Gaz. Pal.*, n° 12, 2012, p. 17, D. HOUTCIEFF ; *AJ fam.*, 2011 p. 613, F. CHÉNÉDÉ.

us et coutumes de la société dans laquelle il rend la justice. La notion de bonnes mœurs s'inscrit nécessairement dans un contexte culturel que le juge garde à l'esprit lorsqu'il évalue la licéité de la cause subjective des contrats.

119. La définition jurisprudentielle de l'ordre public. Il est difficile de définir l'ordre public. Il « *ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue* »⁷³¹ car il a « *par lui-même un contenu indéterminé* »⁷³². Il est possible de retenir que « *[l']ordre public est la marque de certaines règles légales ou réglementaires qui tirent leur suprématie de leur objet : la défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les contrats qui les expriment* »⁷³³. L'ordre public substantiel se décline en plusieurs manifestations qui peuvent être regroupées sous deux catégories : l'ordre public classique et l'ordre public économique et social⁷³⁴. L'ordre public classique comprend l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire, les règles qui gouvernent la famille, les règles qui gouvernent la personne et son corps – comprenant en principe les libertés fondamentales – et enfin l'ordre public professionnel. L'ordre public économique et social comprend un ordre public économique de direction et un ordre économique de protection⁷³⁵. En matière contractuelle, c'est un ordre public économique qui se rencontre le plus souvent. Il correspond à « *[l']ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat* »⁷³⁶.

S'il revient au juge français de contrôler la licéité du contenu du contrat en vérifiant sa conformité à une définition législative de l'ordre public, le juge a également précisé les contours de la notion d'ordre public à travers le développement d'un ordre public judiciaire. En Angleterre, les juges se réfèrent à une notion unique : la *public policy* dont ils déterminent également les contours.

2) Une notion unique de *public policy* en droit anglais

⁷³¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 2017, n° 984, p. 2037.

⁷³² Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, éd. Matot-Braine, 1953, n° 27.

⁷³³ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. *Manuel*, 2021, n° 292, p. 266.

⁷³⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2022, n^{os} 490s, pp. 578s.

⁷³⁵ *Ibid.*, n^{os} 491s, pp. 578s.

⁷³⁶ Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. *BDP*, 1963, p. 38.

120. La notion d'*illegality*. Le droit anglais « *peut refuser de donner plein effet à un contrat pour cause d'illégalité, c'est-à-dire que le contrat implique la commission d'un acte illicite, ou est d'une façon ou d'une autre contraire à l'ordre public* »⁷³⁷. Il s'agit du contrôle de l'*illegality* du contrat, qui correspond à un contrôle de la licéité du contrat au moment de sa formation. De la même façon qu'en France, il est possible de distinguer deux formes d'illicéité du contrat : celle qui découle d'une contrariété à une règle légale et celle qui découle de la contrariété à une règle issue de la *common law*⁷³⁸ dégagée par les juges. Les exemples d'illicéité conçue comme la contrariété à une règle légale posée par *statute* sont extrêmement nombreux. Il faut noter que le juge anglais retiendra l'illicéité du contrat sans référence à un caractère d'ordre public de la règle transgressée. Qu'il s'agisse du non-respect du prix maximal légal de certaines marchandises⁷³⁹ ou de la méconnaissance des dispositions relatives au contrat de location-vente et de vente à crédit⁷⁴⁰, ou encore de la méconnaissance des règles relatives au fonctionnement des associations à but non lucratif⁷⁴¹, toutes les règles légales ont la même valeur. Il n'existe pas de règles légales ayant un statut particulier « d'ordre public ». Cela confère donc au juge anglais un important pouvoir en matière d'illicéité du contrat puisque la méconnaissance de n'importe quelle disposition législative est susceptible d'entraîner l'illicéité du contrat. En outre, le caractère illicite du contrat par contrariété à une règle légale sera relevé d'office par les juges⁷⁴².

121. Un ordre public judiciaire. L'expression « *public policy* » permet de désigner des principes qui ne figurent pas dans la législation mais qui sont dégagés par les juges et dont le non-respect peut les conduire à retenir l'illicéité du contrat. Dans un arrêt de principe de 2016 de la *Supreme Court*, il fut précisé que : « [le] *fondement essentiel de la doctrine de l'illicéité est qu'il serait contraire à l'intérêt public de faire droit à une demande si cela devait nuire à* »

⁷³⁷ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-001, p. 538 : « *The law may refuse to give full effect to a contract on the ground of illegality, i. e. because the contract involves the commission of a legal wrong or is in some other way contrary to public policy* ».

⁷³⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-003, p. 539. Cet auteur distingue dans sa classification deux types d'illicéité : il sépare les contrats illicites car ils nécessitent la commission d'un acte illégal, *cf. ibid.*, n°s 11-011s, pp. 536s, des contrats illicites car ils sont contraires à la *public policy*, *cf. n°s* 11-032s, pp. 549s.

⁷³⁹ David Taylor & Son v. Barnett Trading Co, *England and Wales Court of Appeal*, 4 mars 1953, [1953] 1 W.L.R. 562.

⁷⁴⁰ Belvoir Finance Co Ltd v. Stapleton, *England and Wales Court of Appeal*, 27 juill. 1970, [1971] 1 Q.B. 210 : le contrat de location-vente méconnaissait les dispositions du *Hire-Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1964, art. 1, Sch. 2*, qui a depuis été abrogé et remplacé par le *Hire-Purchase Act 1965*, 1965 c. 66.

⁷⁴¹ Coltman v. Coltman, *England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)*, 5 nov. 1881, (1881) 19 Ch. D. 64 : le contrat de prêt consenti par l'association, par le biais de ses représentants, constituait une violation du *Friendly Societies Act 1992*, 1992 c.40.

⁷⁴² V. *infra* n° 906.

l'intégrité du système juridique (ou, éventuellement, à certains aspects de la moralité publique) [...] Il est nécessaire (a) d'examiner l'objectif sous-jacent de l'interdiction qui a été bafouée et de déterminer si cet objectif sera renforcé par le rejet de la demande, (b) d'examiner toute autre considération d'ordre public pertinente sur laquelle le rejet de la demande peut avoir un impact et (c) d'examiner si le rejet de la demande serait une réponse proportionnée à l'illicéité, en gardant à l'esprit que la sanction d'actes illicites relève des tribunaux répressifs »⁷⁴³. Cette citation apporte deux éléments de compréhension importants. Premièrement, d'un point de vue procédural, le caractère illicite d'un contrat est souvent invoqué comme moyen de défense visant à faire échec à la demande d'exécution d'un des contractants⁷⁴⁴. En effet, si le juge anglais est convaincu du caractère illicite du contrat, il refusera d'en ordonner l'exécution, appelée en anglais *specific performance*. Deuxièmement, la distinction faite par les juges anglais entre, d'une part, « *l'interdiction qui a été bafouée* » et, d'autre part, « *toute autre considération d'ordre public* » implique que l'illicéité peut être tirée de la contrariété à une règle légale ou à une règle jurisprudentielle⁷⁴⁵. Cela rejoint la distinction effectuée par la doctrine française entre l'ordre public textuel et l'ordre public judiciaire en droit français des contrats. Cependant, puisqu'en Angleterre toutes les dispositions légales sont au même niveau sans distinction entre certaines règles législatives qui seraient d'ordre public et d'autres qui ne le seraient pas⁷⁴⁶, l'expression « *public policy* » désigne l'ordre public judiciaire anglais sans qu'il soit pertinent de l'opposer à un ordre public textuel dans ce système.

122. Le fondement de la *public policy*. La possibilité pour le juge anglais de dégager des règles auxquelles le contrat ne peut déroger sous peine d'être illicite et donc dépourvu d'effet juridique fut reconnue explicitement dès la fin du 18^{ème} siècle. Dans l'arrêt de principe de 1775⁷⁴⁷, les juges de la *King's Bench* précisèrent le fondement de cette prérogative : « *Le*

⁷⁴³ Patel v. Mirza, *Supreme Court of the United Kingdom*, 20 juil. 2016, [2016] UKSC 42, [2017] A.C. 467, n° 120 : « *The essential rationale of the illegality doctrine is that it would be contrary to the public interest to enforce a claim if to do so would be harmful to the integrity of the legal system (or, possibly, certain aspects of public morality) [...] It is necessary (a) to consider the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed and whether that purpose will be enhanced by denial of the claim, (b) to consider any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact and (c) to consider whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts* » .

⁷⁴⁴ V. *infra* n° 152.

⁷⁴⁵ V. *supra* n° 120. V. également : Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-001, p. 538 : « *The law may refuse to give full effect to a contract on the ground of illegality, i. e. because the contract involves the commission of a legal wrong or is in some other way contrary to public policy* », ce qui implique que l'illicéité peut provenir de la commission d'un acte illicite ou, plus largement, d'une contrariété à l'ordre public.

⁷⁴⁶ V. *supra* n° 120.

⁷⁴⁷ Holman v. Johnson, *Court of King's Bench*, 5 juill. 1775, 98 E.R. 1120.

*principe qui gouverne l'ordre public est le suivant : ex dolo malo non oritur actio. Aucun tribunal ne prêtera son concours à un homme qui fonde sa cause sur un acte immoral ou illégal. Si, d'après les déclarations du demandeur ou d'autres parties, la cause de l'action semble provenir de l'ex turpi causa [...] le tribunal dira qu'il n'a pas le droit de recevoir de l'aide. C'est sur cette base que le tribunal se prononce, non pas dans l'intérêt du défendeur, mais parce qu'il ne veut pas prêter son concours à un tel demandeur »*⁷⁴⁸. La règle de *public policy* vise en principe, comme l'ordre public en droit français, à protéger non pas le défendeur mais une certaine bienséance en matière contractuelle⁷⁴⁹. Il faut retenir que la moralisation de la vie contractuelle n'est toutefois pas la première préoccupation du droit anglais des contrats. Les juges anglais se soucient le plus souvent de faire en sorte que les contractants respectent leurs engagements⁷⁵⁰. Cela explique le caractère assez restreint de la *public policy* en droit anglais et la grande prudence des juges en la matière⁷⁵¹.

Il convient de s'intéresser plus précisément à l'ordre public judiciaire tel qu'il est façonné par les juges français et par les juges anglais au fil des décisions de justice. La comparaison de l'étendue du pouvoir des juges dans les deux pays révèle un contrôle dissemblable de la licéité du contrat en France et en Angleterre.

B) Un contrôle dissemblable de la licéité du contrat

123. Des conceptions divergentes de la licéité. L'ordre public judiciaire, qui sert aux juges à contrôler la licéité du contrat, est conçu de façon assez large en droit français des contrats (1), alors qu'il est beaucoup plus restreint en droit anglais (2).

1) Une notion d'ordre public judiciaire étendue en France

124. L'essor de l'ordre public judiciaire en droit français. Les dispositions législatives ou réglementaires qui défendent un intérêt général précisent parfois leur caractère

⁷⁴⁸ Lord MANSFIELD *in ibid.*, p. 343 : « *The principle of public policy is this; ex dolo malo non oritur actio. No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causa [...] there the Court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the Court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff* ».

⁷⁴⁹ Patrick DEVLIN, *Enforcement of Morals*, OUP, 1975, pp. 43 et 44.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 43. V. également : John SHAND, « Unblinking the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract », *CLJ*, vol. 30, n° 1, 1972, p. 148.

⁷⁵¹ V. *infra* n°s 127s.

d'ordre public⁷⁵² et forment un ordre public textuel⁷⁵³. En outre, « [il] existe un ordre public judiciaire ou virtuel, d'ailleurs formellement consacré par l'article 1102 nouveau du Code civil qui évoque les "règles" et non les lois qui intéressent l'ordre public. Le juge peut qualifier une règle d'ordre public indépendamment du législateur »⁷⁵⁴. Les juges du fond ainsi que la Cour de cassation contrôlent les contours de la notion de cet ordre public virtuel⁷⁵⁵, ce qui leur confère donc d'importantes prérogatives en la matière. Le rôle de la Cour de cassation dans la définition des dispositions d'ordre public s'est progressivement accentué. En matière contractuelle, la Haute juridiction s'est régulièrement prononcée sur le caractère d'ordre public de certaines dispositions, empêchant ainsi les justiciables de prévoir des dérogations conventionnelles. Par exemple, a été considéré comme relevant de l'ordre public le droit de préemption de la Société d'Aménagement Foncier et de l'Établissement Rural en cas de vente d'un bien immobilier ou mobilier qui se rattache à une exploitation agricole⁷⁵⁶. L'article 265 du Code civil qui dispose : « *Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme* » s'est également vu conférer le statut de disposition impérative, ce qui a pour conséquence de rendre nulles les clauses de non-divorce régulièrement stipulées dans les actes de donation⁷⁵⁷. De façon similaire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur le caractère d'ordre

⁷⁵² Certaines dispositions légales requièrent le respect de certaines conditions « à peine de nullité ». C'est le cas par ex. de l'exigence d'un écrit pour la cession de créance ou de dette, cf. art. 1322 et 1327 du C. civ, ou encore du formalisme requis pour le testament, cf. art. 1001 du C. civil L'expression figure également dans le C. commerce qui exige l'accomplissement de certaines formalités de publicité pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, cf. art. L. 235-2 du C. commerce ou encore qui interdit l'émission de parts bénéficiaires ou parts de fondateur, cf. art. L. 228-4 du C. commerce.

⁷⁵³ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 290, p. 264.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, n° 60, p. 51.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, n° 290, p. 265.

⁷⁵⁶ Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ.* III, 2018, n° 58, *RTD civ.*, 2018, p. 642, obs. H. BARBIER ; *JCP E*, n° 23, 2018, act. 516 ; *JCP E*, n° 23, 2018, act. 450 ; *JCP G*, n° 42, 2018, doct. 1093, H. PÉRINET-MARQUET ; *RD rur.*, n° 466, 2018, comm. 136, H. BOSSE-PLATIÈRE, F. COLLARD, B. TRAVELLY ; *Flash Defrénois*, n° 24, 2018, p. 1 ; *Defrénois*, n° 2 », 2018, p. 5 ; *LEDC*, n° 7, 2019, p. 7, O. SABARD ; *LEDIU*, n° 8, 2018, p. 6, H. PAOLI-MICHON ; *RDC*, n° 3, 2018, p. 441, F. DANOS ; *Defrénois*, n° 41, 2018, p. 37, M. BOUIRAT ; *Gaz. Pal.*, n° 39, 2018, p. 76, J. LAURENT.

⁷⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ.* I, n° 56 ; *RTD civ.*, 2012, p. 300, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2012, p. 357, M. GRIMALDI ; *D.*, 2012, p. 1386, J. MARROCCHIELLA ; *D.*, 2013, p. 1089, J.-J. LEMOULAND ; *D.*, 2012, p. 2476, V. BRÉMOND ; *D.*, 2012, p. 1386, A. POSEZ ; *JCP E*, n° 15, 2012, act. 607, C. BRENNER ; *LPA*, n° 104, 2013, p. 6, J. MASSIP ; *Defrénois*, n° 18, 2012, p. 893, C. DONZEL-TABOUCOU ; *RDC*, n° 3, 2012, 891, C. GOLDIE-GENICON ; *LPA*, n° 123, 2012, p. 4, Y. OULD AKLOUCHE ; *LEFP*, n° 5, 2012, p. 1, L. MAUGER-VIELPEAU ; *LPA*, n° 83, 2012, p. 16, J.-G. MAHINGA ; *JCP E*, n° 21, 2013, 1146, C. LESBATS ; *JCP E*, n° 12, 2013, 1060, R. LE GUIDEC ; *JCP G*, n° 9, 2013, doct. 250, R. LE GUIDEC ; *JCP E*, n° 25, 2012, 1400, J.-B. SEUBE ; *Dr. famille*, n° 5, 2012, comm. 79, V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Dr. famille*, n° 5, 2012, comm. 83, B. BEIGNER ; *JCP G*, n° 18, 2012, doct. 561, M. MEKKI ; *JCP E*, n° 15, 2012, 1182, C. BRENNER.

public des droits du preneur à bail commercial en cas de vente du local⁷⁵⁸. Dans cette affaire, le propriétaire d'un immeuble à usage commercial avait mandaté un agent immobilier qui devait procéder à la recherche d'un acquéreur. Un candidat fit connaître au propriétaire, par l'intermédiaire de cet agent immobilier, son intention d'acquérir l'immeuble. Le propriétaire notifia au locataire une offre de vente comprenant le prix accepté par le candidat à l'acquisition augmenté des honoraires de l'agent immobilier. Le locataire accepta l'offre de vente mais refusa de régler ces honoraires. Le propriétaire agit en vue d'obtenir la régularisation de la vente au profit du tiers acquéreur, considérant que le locataire se substituait au tiers acquéreur et ne pouvait donc remettre en cause le prix notifié comprenant les frais d'agence. La cour d'appel rejeta cette demande. La Cour de cassation approuva la décision des juges du fond au motif que l'alinéa premier de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce qui prévoit l'obligation pour le propriétaire d'un immeuble à usage commercial de notifier au preneur une offre de vente est d'ordre public. Le droit qui est ainsi conféré au preneur s'analyse en « *un droit prioritaire d'acquisition* »⁷⁵⁹ qui intervient avant toute action de la part d'un agent immobilier de telle sorte que le prix de vente proposé au locataire ne pouvait comprendre les frais d'agence. Par conséquent, en l'espèce, l'acceptation du prix sans les honoraires par le preneur suffisait à rendre la vente parfaite. Cet arrêt illustre bien l'œuvre jurisprudentielle en matière d'ordre public car les articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce indiquent quels textes relatifs au bail commercial sont impératifs⁷⁶⁰ et l'article L. 145-46-1 n'y figure pas.

L'affaire *Our Body* constitue un moment-clé du développement de l'ordre public judiciaire. À partir de février 2009, une exposition intitulée « Our Body / À corps ouvert » fut organisée dans des musées parisiens et donnait à voir au public des cadavres humains venus de Chine. L'exposition fut interdite car elle fut jugée contraire à l'ordre public et au respect dû au

⁷⁵⁸ Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ.* III, 2018, n° 76 ; *D.*, 2018, p. 1740, note P. VIUDÈS ; *RTD com.*, 2018, p. 605, obs. F. KENDÉRIAN ; *D.*, 2019, p. 1511, M.-P. DUMONT ; *D.*, 2018, p. 2435, A.-L. COLLOMP ; *AJDI*, 2019, p. 122, J.-P. BLATTER ; *D.*, 2018, p. 1740, P. VIUDÈS et F. ROUSSEL ; *RTD civ.*, 2018, p. 875, H. BARBIER ; *JCP G*, n° 27, 2018, act. 606 ; *JCP E*, n° 29, 2018, 1408 ; *JCP E*, n° 28, 2018, act. 575 ; *JCP G*, n° 39, 2018, act. 984, C. GIJSBERS ; *JCP E*, n° 37, 2018, 1454, B. ALIDOR ; *Loyers et copr.*, n° 9, 2018, 201, comm. P.-H. BRAULT ; *JCP E*, n° 12, 2022, 1123, S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP E*, n° 20, 2019, 1194, S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP E*, n° 39, 2018, 1291, J. LAFOND ; *LEDIU*, n° 9, 2018, p. 8 ; *Flash Defrénois*, n° 27, 2018, p. 9 ; *Defrénois*, n° 26, 2018, p. 9 ; *Gaz. Pal.*, n° 27, 2018, p. 26, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 8, 2018, p. 2, N. LEBLOND ; *LPA*, n° 184-185, 2018, p. 13, K. MOYA ; *Defrénois*, n° 38, 2018, p. 21, F. DE LA VAISSIÈRE ; *Defrénois*, n° 41, 2018, p. 30, C. GRIMALDI ; *Gaz. Pal.*, n° 40, 2018, p. 61, J.-D. BARBIER.

⁷⁵⁹ Philippe VIUDÈS et Franck. ROUSSEL, « Commission d'agence et ordre public : premières précisions sur l'article L. 145-46-1 du code de commerce », *D.*, 2018, p. 1740.

⁷⁶⁰ Ces deux art. réputent non-écrites des clauses qui dérogeraient à certaines dispositions du même Code.

corps humain⁷⁶¹. L'exposition avait également soulevée une question importante en matière contractuelle puisque la société *Encore Events* qui avait organisé l'exposition avait souscrit le 7 novembre 2008 un contrat d'assurance ayant pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant les dépouilles et les organes de personnes humaines à des fins commerciales. L'assuré agit en vue d'obtenir la condamnation de l'assureur à lui verser les sommes correspondant au montant de la garantie prévue aux contrats avec intérêts ainsi que des dommages et intérêts pour non-respect de leur obligation de conseil. Le tribunal de grande instance de Paris⁷⁶² puis la cour d'appel de Paris⁷⁶³ refusèrent de faire droit à cette demande et prononcèrent la nullité absolue des contrats d'assurance pour illicéité de la cause sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. L'assureur fut condamné à restituer les primes versées au titre des contrats avec intérêts. Or un nouvel article 16-1-1 fut intégré au Code civil par la loi du 19 décembre 2008⁷⁶⁴, peu de temps après l'exposition. Cet article dispose que « [le] respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Il n'était pas applicable au contrat d'assurance conclu antérieurement à l'entrée en vigueur du texte, mais la cour d'appel rappela que les articles 16-1 et suivants du Code civil « prohibaient déjà la patrimonialisation du corps humain et l'article 16-3 l'atteinte à l'intégrité du corps humain, sans distinguer entre le corps des personnes vivantes et celui des morts » de telle sorte que la création de l'article 16-1-1 n'avait fait « qu'étendre explicitement au cadavre humain la protection de la dignité et du respect dus à l'être humain découlant de l'article 16 du Code civil ». La société *Encore Events* forma un pourvoi qui fut rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt de 2014⁷⁶⁵. La Haute

⁷⁶¹ CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *D.*, 2010, p. 604, J.-C. GALLOUX ; *RTD civ.*, 2009, p. 501, J. HAUSER ; *Constitutions*, 2010, p. 135, X. BIOY ; *D.*, 2009, p. 2019, B. EDELMAN ; *JCP G*, n° 25, 2009, act. 12, note G. LOISEAU ; *JCP G*, n° 20, 2009, act. 259 ; *JCP G*, n° 43, 2009, 369, Y.-M. SERINET ; *Civ.* 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ.* I, 2010, n° 174, *JCP G*, n° 50, 2010, act. 1239, B. MARRION ; *Comm. com. électr.*, n° 11, 2010, comm. 112, A. LEPAGE ; *JA*, n° 426, 2010, p. 13, S. S. ; *D.* 2010, p. 2750, G. LOISEAU ; *D.*, 2011, p. 780, E. DREYER ; *D.*, 2010, p. 2754, B. EDELMAN ; *RTD civ.*, 2010, p. 760, J. HAUSER ; *D.*, 2010, p. 2145, F. ROME ; *Légipresse*, 2010, p. 363, A. TRICOIRE ; *RDC*, n° 2, 2011, p. 605, F. BELLIVIER et C. NOUVILLE ; *LEFP*, n° 9, 2010, p. 2, T. DOUVILLE ; *Gaz. Pal.*, n° 266, 2010, p. 28, C. BERLAUD.

⁷⁶² TGI Paris, 12 avril 2009,

⁷⁶³ CA Paris, Pôle 2, ch. 5, 5 fév. 2013, n° 12/10020, *RCA*, 2013, alerte 11, obs. L. BLOCH ; *JCP G*, n° 37, 2013, 950, C. BYK ; *JCP G*, n° 15, 2013, 411, G. LOISEAU ; *D.*, 2015, p. 242, A.-S. EPSTEIN ; *LEDA*, n° 4, 2013, p. 2, P.-G. MARLY.

⁷⁶⁴ Loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire, *JORF* n° 0296 du 20 déc. 2008.

⁷⁶⁵ *Civ.* 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ.* I, 2014, n° 178, *D.*, 2015, p. 246, D. MAINGUY ; *D.*, 2015, p. 242, A.-S. EPSTEIN ; *RTD civ.*, 2015, p. 102, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2015, p. 121, H. BARBIER ; *D.*, 2015, p. 529, S. AMRANI-MEKKI ; *JAC*, 2014, n° 19, p.12, P. NOUAL ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 361, P. BERLOZ ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 299, F. LEDUC ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 370, C. PÉRÈS ; *LPA*, n° 59, 2015, p. 8, R. LAULIER ; *LPA*, n° 22, 2015, p. 8, S. CACIOPPO ; *RGDA*, n° 1, 2015, p. 16, J. KULLMANN ; *LPA*, n° 261, 2015, p. 15, M. MIGNOT ; *LEDA*, n° 11, 2015, p. 1, F. PATRIS ; *LEDC*, n° 11, 2015, p. 1, O. SABARD ; *Gaz. Pal.*, n° 331, 2015, p. 9, S. PRIEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 317, 2015, p. 24, C. BERLAUD ; *JCP E*, n° 45, 2014, act. 832 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 5, 2015, 1, H. GROUDEL ; *CCC*, n° 1, 2015, comm. 1, L. LEVENEUR ; *RD banc. et fin.*, n° 1, 2015, comm. 13, J. DJOUDI ; *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2015, 27 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2015, 30 ; *JCP G*, n° 46 – 47, 2014, 1170, G. LOISEAU.

juridiction approuva l'annulation du contrat d'assurance et confirma le caractère illicite de la cause dans la mesure où la convention « *avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales* ». La référence aux « *fins commerciales* » permet de retenir que la cause ici visée correspond à la cause subjective, jugée contraire au « *principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* » et « *qui préexistait à l'article 16-1-1 du Code civil* ». Or il n'était « *nullement question, ni dans la lettre, ni dans l'esprit de la loi du 29 juillet 1994 dont [l'article 16-1-1 est issu] d'étendre le statut conçu pour le corps des êtres humains vivants au cadavre des individus décédés* »⁷⁶⁶. Par conséquent, le contrat d'assurance fut jugé nul pour contrariété avec un ordre public virtuel conçu par les juges du fond et validé par la Cour de cassation. Cette dernière avait depuis longtemps précisé qu'une cause puisse être jugée illicite pour contrariété à l'ordre public « *sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* »⁷⁶⁷. Les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, déterminent la définition de l'ordre public et des bonnes mœurs et, par ce biais, les contours de la licéité.

Il arrive également que la Cour de cassation refuse d'octroyer un caractère d'ordre public à une disposition. Par exemple, dans un arrêt de l'Assemblée plénière de 2018⁷⁶⁸, les juges eurent à connaître d'un pourvoi dirigé contre un arrêt d'une cour d'appel ayant retenu que le troisième alinéa de l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle, en vertu duquel « *[le] droit de suite est à la charge du vendeur. La responsabilité de son paiement incombe au professionnel intervenant dans la vente et, si la cession s'opère entre deux professionnels, au vendeur* », relevait d'un « *ordre public économique de direction* » et « *revêt[ait] un caractère impératif imposant que la charge définitive du droit de suite incombe exclusivement au vendeur* ». Les juges du fond avaient déclaré nulle la clause contraire contenue dans le contrat de cession. La Haute juridiction cassa l'arrêt de la cour d'appel pour violation de la disposition au motif qu'elle « *ne fait pas obstacle à ce que la personne redevable du droit de suite [...] puisse conclure avec toute autre personne, y compris l'acheteur, que celle-ci supporte*

⁷⁶⁶ Grégoire LOISEAU, « Exposition de cadavres : les contrats d'assurance sont aussi illicites », *JCP G*, n° 15, 2013, 411, note sous CA Paris, Pôle 2, ch. 5, 5 fév. 2013, n° 12/10020.

⁷⁶⁷ Civ., 4 déc. 1929, S. 1931. 1. 49, note P. ESMEIN.

⁷⁶⁸ Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *RTD com.*, 2019, p. 106 F. POLLAUD-DULIAN ; *AJ contrat*, 2018, p. 527, X. PRÈS ; *Légipresse*, 2019, p. 49, A.-E. CRÉDEVILLE ; *Légipresse*, 2018, p. 603 ; *JCP G*, n° 12, 2019, doct. 326, N. BINCTIN ; *Comm. com. électr.*, n° 3, 2019, chron. 5, M. RANOUIL ; *Comm. com. électr.*, n° 2, 2019, comm. 7, C. CARON ; *JCP G*, n° 52, 2018, act. 1375, M. RANOUIL ; *JCP E*, n° 48, 1618 ; *JCP E*, n° 46, 2018, act. 850 ; *Gaz. Pal.*, n° 40, 2018, p. 43, C. BERLAUD ; *LEPI*, n° 1, 2019, p. 3, A.-E. KAHN.

définitivement, en tout ou en partie, le coût du droit de suite, pour autant qu'un tel arrangement contractuel n'affecte pas les obligations et la responsabilité qui incombent à la personne redevable envers l'auteur ». Par conséquent, la clause contractuelle qui met le droit de suite à la charge d'un autre contractant que le vendeur n'est pas contraire à l'ordre public car l'article L. 122-8 est dépourvu de caractère impératif.

125. La motivation de la caractérisation d'une disposition d'ordre public. Les arrêts étudiés montrent que les juges français, notamment la Cour de cassation, jouent un rôle important dans la détermination des contours de l'ordre public en matière contractuelle. Or il est important de souligner que, dans ces arrêts, la Cour de cassation se contente de proclamer le caractère d'ordre public de la disposition visée, ou de valider la caractérisation par les juges du fond, sans justifier où se situe la défense de l'intérêt général qui caractériserait l'ordre public⁷⁶⁹. Selon CARBONNIER, il revient « *aux tribunaux de rechercher, par une analyse de la disposition, si des intérêts essentiels de la société y sont impliqués* »⁷⁷⁰. Si cette recherche est effectuée, elle n'apparaît pas dans l'arrêt. D'autres arrêts confirment l'absence d'explication détaillée du raisonnement. En 2003⁷⁷¹, la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu la nullité d'un contrat d'assurance qui garantissait les activités d'un kinésithérapeute ayant été condamné par une décision pénale antérieure pour le délit d'exercice illégal de la médecine. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, sans motiver spécifiquement sa décision, précisant simplement « *qu'une assurance garantissant l'exercice illégal d'activités professionnelles est nulle comme contraire à l'ordre public* ». Un supplément de motivation, dite « *motivation enrichie* »⁷⁷², telle qu'elle est pratiquée par la Cour de cassation depuis quelques années serait particulièrement souhaitable et utile.

126. Un office étendu du juge français en matière de licéité du contrat. Le juge français dispose d'une marge de manœuvre très conséquente dans la définition du contenu de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'étendue du contrôle qu'il exerce sur la licéité du contrat dépend en grande partie de la conception plus ou moins large de l'ordre public et des bonnes mœurs qu'il retient. Si la notion de bonnes mœurs a connu un certain recul, la jurisprudence montre que l'ordre public économique occupe une place grandissante en droit des contrats et

⁷⁶⁹ V. *supra* n° 118.

⁷⁷⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 2017, n° 984, p. 2038.

⁷⁷¹ Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-15401, inédit.

⁷⁷² Marie DUGUÉ et Julie TRAULLÉ (dir.), *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, LexisNexis, coll. *Hors-collection*, 2023, 200 p.

visé notamment à protéger la partie contractante disposant d'un moindre pouvoir de négociation. La notion d'ordre public est conçue de façon plus restreinte en Angleterre.

2) Une notion d'ordre public judiciaire restreinte en Angleterre

127. L'essor initial de la notion de *public policy*. Au-delà du non-respect des règles législatives susceptible d'entraîner l'illicéité du contrat, le juge anglais peut dégager des règles de *public policy* dont la méconnaissance entraînera également l'illicéité du contrat. La notion de *public policy* a connu un essor important à travers la protection d'une certaine moralité sexuelle à l'image des bonnes mœurs en droit français. Par exemple, le contrat qui prévoit une rémunération en échange de faveurs sexuelles est illicite⁷⁷³. Il en va de même pour le contrat conclu pour le transport d'une prostituée⁷⁷⁴. La notion de *public policy* fut également très utilisée par les juges pour les contrats relatifs au mariage. Par exemple, les contrats restreignant de façon excessive la liberté du mariage de l'un des contractants furent jugés contraires à la *public policy*. Ce fut le cas pour un contrat par lequel une veuve s'engageait à payer 100£ si elle se remariait⁷⁷⁵. En revanche, le contrat qui a simplement pour effet de dissuader le contractant de se remarier ne restreint pas la liberté du mariage⁷⁷⁶ et n'est pas contraire à la *public policy*. La *public policy* en droit anglais des contrats a donc occupé une fonction très similaire à l'ordre public et aux bonnes mœurs en droit français des contrats notamment en matière familiale.

128. La méfiance suscitée par un outil d'intervention judiciaire. En dépit de la grande variété de contrats susceptibles d'être annulés pour des raisons de *public policy* dégagés par les juges anglais, ces derniers manifestent régulièrement une très grande méfiance à l'égard de cet outil qui permet au juge de limiter la liberté contractuelle. Les exemples sont très nombreux, mais il est possible de citer Lord MANSFIELD qui, avant de préciser le fondement de la doctrine de *public policy*⁷⁷⁷, ne manqua pas de déclarer : « *Le moyen de défense selon lequel un contrat conclu entre le demandeur et le défendeur est immoral ou illégal, sonne toujours très mal dans*

⁷⁷³ Benyon v. Nettlefold, *High Court of Chancery*, 12 déc. 1850, (1850) 3 Mac. & G. 94 ; 42 E.R. 196.

⁷⁷⁴ Pearce v. Brooks, *Court of the Exchequer*, (1866) L.R. 1 Ex. 213. Le transporteur ne put récupérer le paiement des voyages effectués.

⁷⁷⁵ Baker v. White, *Court of Chancery*, 1^{er} janv. 1690, (1690) 2 Vern. 215. V. aussi : Lowe v. Peers, *Court of King's Bench*, 14 mai 1768, 1768 4 Burr. 2225 : un homme s'était engagé à verser une certaine somme d'argent à une femme s'il épousait une autre personne, ce qui fut jugé contraire à la *public policy* car cela constituait une restriction totale de la liberté du mariage.

⁷⁷⁶ Le contrat qui prévoit de laisser la jouissance d'un bien immobilier à une personne jusqu'à son éventuel remariage est licite, v. Gibson v. Dickie, *Court of King's Bench*, 25 janv. 1815, (1815) 3 M. & S. 463.

⁷⁷⁷ V. *supra* n° 122.

la bouche du défendeur »⁷⁷⁸. Au début du 19^{ème} siècle, un juge écrivait déjà : « *Pour ma part, je me méfie [...] d'un argumentaire fondé en trop grande partie sur l'ordre public ; il s'agit d'un cheval très indiscipliné, et quand on le monte, on ne sait jamais où il va nous mener. Il peut vous éloigner du droit le plus sain. On ne plaide jamais sur ce point que lorsque les autres moyens échouent* »⁷⁷⁹. Comme c'est souvent le cas en droit anglais, toute notion juridique qui permet au juge d'intervenir dans le contrat fait l'objet d'une grande méfiance⁷⁸⁰. Cela conduisit de nombreux juges à estimer qu'il ne relevait pas de leur office d'étendre les contours de la notion de *public policy* tels qu'ils avaient été fixés par les *precedents*. La première déclaration en ce sens date de 1851⁷⁸¹ lorsqu'un juge écrivit : « *Il est du ressort du juge d'exposer uniquement la loi : la loi écrite à partir des textes, la loi non écrite ou la common law à partir des décisions de nos prédécesseurs et de nos tribunaux actuels [...] il ne s'agit pas de spéculer sur ce qui est le mieux, à son avis, pour le bien de la communauté. Certaines de ces décisions [fondées sur l'ordre public] ont sans doute été fondées sur les opinions dominantes et justes du bien public [...] Elles sont devenues une partie de la loi reconnue, et nous sommes donc liés par elles, mais nous ne sommes pas autorisés à établir comme loi tout ce que nous pensons être pour le bien public, et à interdire tout ce que nous pensons y être contraire* ». L'impossibilité de principe pour le juge d'élargir les hypothèses d'illicéité du contrat dégagées par les *precedents* antérieurs fut confirmée par la *House of Lords*⁷⁸² et maintes fois rappelée⁷⁸³. Les

⁷⁷⁸ Lord MANSFIELD in *Holman v. Johnson*, *Court of King's Bench*, 5 juill. 1775, 98 E.R. 1120, p. 343 : « *The objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant* ». V. également : L. J. HARMAN in *Sheridan v. Dickson*, *England and Wales Court of Appeal*, 29 mai 1970, [1970] 1 W.L.R. 1328, p. 1330 : « *counsel relied on illegality; if that plea is good, however much we may disapprove of it, we must give it countenance* » ; « [le] conseil s'est fondé sur l'illégalité ; si ce moyen est bon, même si nous le désapprouvons, nous devons lui donner raison ».

⁷⁷⁹ Justice BURROUGHS in *Richardson v. Mellish*, *Court of Common Pleas*, 2 juill. 1824, 130 E.R. 294, (1824) 2 Bingham 229, p. 251.

⁷⁸⁰ V. *infra* n° 369 pour une réaction similaire concernant la *contextual approach* en matière d'interprétation, v. également *infra* n° 617 pour le recul de l'intervention du juge anglais en matière de clause pénale, et v. *infra* n° 661 sur le champ d'application extrêmement restreint de la *frustration* invoquée par les plaideurs en cas de changement de circonstances économiques.

⁷⁸¹ PARKE B. in *Egerton v. Brownlow*, 20 août 1851, 4 H. L. C. 1 ; 10 E. R. 359 : « *It is the province of the judge to expound the law only; the written from the statutes; the unwritten or common law from the decisions of our predecessors and of our existing Courts, from text-writers of acknowledged authority, and upon the principles to be clearly deduced from them by sound reason and just inference; not to speculate upon what is best, in his opinion, for the advantage of the community. Some of these decisions may have no doubt been founded upon the prevailing and just opinions of the public good; for instance, the illegality of covenants in restraint of marriage or trade. They have become a part of the recognised law, and we are therefore bound by them, but we are not thereby authorised to establish as law everything which we may think for the public good, and prohibit everything which we think otherwise* ».

⁷⁸² Lord HALSBURY in *Janson v. Driefontein Consolidated Mines Ltd*, *House of Lords*, 5 août 1902, [1902] A.C. 484, p. 491 : « *I deny that any Court can invent a new head of public policy* » ; « *Je conteste qu'un tribunal puisse inventer un nouveau fondement d'ordre public* ».

⁷⁸³ Lord READING in *Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) v. Daimler Co.*, *England and Wales Court of Appeal*, 15 janv. 1915, [1915] 1 K.B. 893, p. 912. V. aussi : Lord ATKINSON in *Rodriguez v. Speyer Bros*, *House*

juges anglais montrent une très grande réticence à élargir la notion de *public policy* de telle sorte que les plaideurs ont peu de chance d'obtenir gain de cause sauf à ce que le contrat litigieux soit contraire à une règle de *public policy* précédemment établie par des décisions antérieures dans une situation identique. Dans un arrêt de 1916⁷⁸⁴, la *Court of Appeal* eut à connaître d'un contrat de prêt qui contenait une clause selon laquelle l'emprunteur s'engageait à ne pas contracter d'autres prêts ou des hypothèques sur son bien immobilier jusqu'au remboursement complet des sommes prêtées. L'emprunteur ayant manqué à ses obligations, le prêteur agit en vue d'obtenir l'entier paiement des sommes prêtées. La *Court of Appeal* jugea que le contrat n'était pas contraire à la *public policy* car les seuls *precedents* définissant la *public policy* avaient été rendus dans le cas d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail⁷⁸⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de prêt. Les juges précisèrent explicitement qu'ils se refusaient à créer une nouvelle règle de *public policy*⁷⁸⁶.

En outre, la possibilité pour le juge anglais de déclarer un contrat illicite et donc de le priver d'effets juridiques heurte considérablement la liberté contractuelle, ce qui a pu également préoccuper les juges. Dans un arrêt de 1875⁷⁸⁷, les juges de la *Court of Appeal* eurent à connaître d'un contrat de cession du droit de propriété portant sur un brevet. Une telle cession n'ayant jamais été déclarée contraire à la *public policy*, les juges refusèrent de reconnaître une quelconque illicéité. S'adressant à l'ensemble des juges anglais, le *Master of the Rolls* de la *Court of Appeal* précisa : « *Il ne faut pas oublier que vous ne devez pas étendre arbitrairement les règles qui disposent qu'un contrat donné est nul comme étant contraire à l'ordre public, car s'il y a une chose que l'ordre public exige plus que toute autre, c'est que les hommes majeurs et capables de discernement aient la plus grande liberté de contracter, et que leurs contrats, lorsqu'ils sont conclus librement et volontairement, soient tenus pour sacrés et soient exécutés par les cours de justice. Par conséquent, vous devez tenir compte de cette règle*

of Lords, 2 août 1918, [1919] A.C. 59 p. 61 : « *it is not open for a judge to start a new ground of public policy based upon his own individual views of what is for the public weal* » ; « *il n'est pas loisible à un juge de créer un nouveau fondement d'ordre public fondé sur sa propre vision de ce qui serait pour l'intérêt public* ». V. enfin Lord WRIGHT in *Fender v. St John Mildmay, House of Lords*, 28 juin 1937, [1938] A.C. 1, p. 23 : « *I find it difficult to conceive that in these days any new head of public policy could be discovered* » ; « *J'ai du mal à concevoir qu'à l'heure actuelle, on puisse découvrir un nouveau moyen relevant de l'ordre public* ».

⁷⁸⁴ *Horwood v. Millar's Timber & Trading Co Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 30 nov. 1916, [1917] 1 K.B. 305.

⁷⁸⁵ V. *infra* n° 130.

⁷⁸⁶ Herbert COZENS-HARDY *M. R. in ibid.*, p. 310.

⁷⁸⁷ *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson, England and Wales Court of Appeal*, 9 mars 1875, (1875) L.R. 19 Eq. 462.

suprême de public policy ; vous ne devez pas entraver cette liberté de contracter »⁷⁸⁸. La liberté contractuelle est un principe cardinal du droit des contrats anglais au respect duquel le juge doit veiller. Elle serait même une expression de la *public policy* car il est dans l'intérêt général que les contrats négociés librement par les justiciables soient respectés pour éviter l'insécurité juridique.

129. Le recul subséquent de l'ordre public judiciaire. Le juge anglais a, en théorie, conservé un pouvoir de dégager de nouvelles règles de *public policy*. Cependant, il doit l'utiliser avec une très grande prudence : « *les tribunaux doivent faire preuve d'une extrême retenue avant de déclarer un contrat nul pour contrariété à l'ordre public, et ne doivent le faire que lorsque le contrat est incontestablement et à tout point de vue contraire à l'intérêt public* »⁷⁸⁹. Les tribunaux anglais seront donc difficiles à convaincre du caractère illicite du contrat en dehors des *precedents* déjà établis : « *nous ne devrions pas considérer que la stipulation en question est contraire à la loi, à moins que nous en soyons convaincus, au-delà de tout doute raisonnable* »⁷⁹⁰. Les chances de voir s'élargir la notion de *public policy* dans les décisions contemporaines sont très faibles. Dans un arrêt de 2016⁷⁹¹, les juges précisèrent que les hypothèses dans lesquelles un contrat serait jugé contraire aux règles issues de la *public policy* sont aujourd'hui assez rares. La notion de *public policy* a même connu un certain recul en droit anglais, comme l'ordre public en droit français⁷⁹². L'admission de la validité des contrats conclus entre concubins pour l'organisation de la vie commune⁷⁹³ permet de l'illustrer.

L'exemple le plus frappant du recul du contrôle judiciaire de la licéité du contrat à travers la restriction de la notion de *public policy* se révèle dans le contentieux des stipulations relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Elles étaient initialement conçues comme relevant d'une interdiction absolue et contraires à la *public policy* car elles faisaient obstacle à la liberté de commerce, alors que le problème ne s'est jamais posé sous cet angle en droit français. Dans

⁷⁸⁸ George JESSEL *M. R.*, in *ibid*, p. 465 : « *It must not be forgotten that you are not to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider - that you are not lightly to interfere with this freedom of contract* ».

⁷⁸⁹ Jack Barclay Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 20 fév. 1951, [1951] 2 K.B. 252, p. 265.

⁷⁹⁰ Lord Justice WARRINGTON in *Champion v. Wallace*, *England and Wales Court of Appeal*, 30 mars 1920, [1920] 2 Ch. 274, p. 288 : « *I think, therefore, we ought not to hold that the disposition in question is obnoxious to the law unless we are satisfied beyond reasonable doubt* ».

⁷⁹¹ Patel v. Mirza, *Supreme Court of the United Kingdom*, 20 juil. 2016, [2016] UKSC 42, [2017] A.C. 467, n° 120.

⁷⁹² V. *supra* n° 118.

⁷⁹³ *Somma v. Hazelhurst*, *England and Wales Court of Appeal*, 3 mars 1978, [1978] 1 W.L.R. 1014.

l'arrêt de principe anglais de 1600⁷⁹⁴, les juges déclarèrent contraires à la *public policy* une clause de non-concurrence obligeant un ancien apprenti à payer la somme de 20£, montant conséquent à l'époque, s'il se faisait connaître dans le même comté en tant que mercier dans les quatre ans suivant la conclusion du contrat. Le tribunal retint qu'une telle clause allait à l'encontre de « *la liberté d'un homme affranchi, [...] le droit de la Magna Carta et [...] le Commonwealth* » tout entier. Le paragraphe 20 de la *Magna Carta* pose la principe de la proportionnalité des peines et dispose qu'« *un homme libre ne doit être puni d'une amende pour un petit délit que proportionnellement à la nature du délit, et pour un grand délit, il doit être puni d'une amende proportionnelle à sa gravité, lui épargnant son gagne-pain [...]* ». En outre, le terme « *Commonwealth* » désigne à la fois « *le regroupement d'États issus de l'Empire britannique* » mais également « *le bien public, l'intérêt commun* »⁷⁹⁵. Les stipulations mettant en place une restriction de la concurrence étaient donc perçues comme de graves atteintes à l'intérêt public, ce qui s'explique par le développement du droit anglais qui s'est organisé principalement autour de la préservation et du développement du commerce⁷⁹⁶. Cependant, l'interdiction absolue de ces pratiques pouvait avoir pour effet de dissuader les artisans de former des apprentis à leur métier puisqu'ils ne pouvaient ensuite leur interdire, même pour un temps et dans un espace limité, de s'installer avec la même activité. Par conséquent, l'interdiction absolue des stipulations limitant la concurrence fut infléchie. Aujourd'hui, la position des juges anglais consiste à estimer que ces stipulations sont présumées illicites mais que cette présomption est réfragable, sous réserve pour l'artisan de démontrer, d'une part, que la clause est « *raisonnablement nécessaire aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation de non-concurrence* »⁷⁹⁷, autrement dit en adéquation avec des intérêts privés, et d'autre part, que la clause n'est pas contraire à la *public policy*, autrement dit qu'elle ne heurte pas l'intérêt général. Les juges ont eu l'occasion de préciser le champ d'application de la *public policy* notamment à travers la question des clauses de non-concurrence et des contrats d'approvisionnements exclusifs.

⁷⁹⁴ Claygate v. Batchelor, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1600, 74 E.R. 961.

⁷⁹⁵ BLACK'S LAW DICTIONARY, Bryan A. GARNER (dir.), Thomson West, 11^{ème} éd., 2019. [En ligne]

⁷⁹⁶ Patrick DEVLIN, *Enforcement of Morals*, OUP, 1975, p. 44 : « *at the time when the common law was growing [the English] were more interested than others in commerce and so the common law was designed mainly to serv commerce* » ; « *à l'époque où la common law se développait, les Anglais étaient plus intéressés que [les autres Nations] par le commerce et la common law a donc été conçue principalement pour servir le commerce* ». V. *supra* n° 5.

⁷⁹⁷ Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd v. Frank Weisinger, *Queen's Bench Division*, 1^{er} janv. 1988, [1988] I.R.L.R. 60. Le caractère raisonnable est apprécié par rapport à la durée de l'obligation de non-concurrence, son étendue géographique et l'étendue des activités prohibées.

130. La contrariété à l'ordre public des pratiques restrictives de concurrence. Pour déterminer la validité des clauses de non-concurrence et des contrats d'approvisionnements exclusifs, le juge doit déterminer si la stipulation est contraire à l'intérêt général. Dans un arrêt de 1933⁷⁹⁸, les juges de la *Court of Appeal* eurent à connaître d'un contrat de travail interdisant au salarié qui quittait l'entreprise d'exercer l'activité de commerce de laine pour laquelle il avait été employé au sein de ladite entreprise. Cette stipulation fut jugée illicite pour contrariété à l'ordre public en raison de la rareté du savoir-faire du débiteur de l'obligation de non-concurrence à l'époque. Lui interdire d'exercer sa profession revenait à priver la communauté d'une activité utile et était donc particulièrement préjudiciable à l'intérêt public. Quoique très critiquée par une partie de la doctrine⁷⁹⁹, la règle fut réitérée dans un arrêt de 1966⁸⁰⁰. Dans cette affaire, le contrat de travail d'un directeur de ventes contenait une clause par laquelle le paiement de la pension de retraite par l'employeur cesserait s'il reprenait une activité identique. La clause fut jugée contraire à l'ordre public car elle privait le public du savoir-faire d'un travailleur compétent. Le contrôle de l'illicéité du contrat s'exerce de façon extensive en droit anglais puisqu'en l'espèce, la clause ne constituait pas à proprement parler une clause de non-concurrence dans la mesure où le salarié ne s'était pas engagé à ne pas reprendre une activité, mais était simplement dissuadé de le faire par la cessation du paiement de la pension. Les juges retinrent que, quoiqu'en théorie la distinction soit pertinente, « *du point de vue du public et de la raison d'être de la règle de common law, il n'y a guère, voire pas du tout, de distinction de principe. Le facteur pertinent est l'incitation à ne pas occuper un emploi pour lequel on est qualifié* »⁸⁰¹. Ces deux arrêts constituent l'application d'un *obiter dictum* exprimé dans un arrêt de 1869 selon lequel « [la] public policy exige que tout homme soit libre de travailler pour lui-même, et qu'il ne soit pas autorisé à se priver ou à priver l'État de son travail, de sa compétence ou de son talent, par un contrat qu'il a conclu »⁸⁰². Les juges anglais ne seront donc pas facilement convaincus du renversement de la présomption selon laquelle la clause restrictive de concurrence est illicite.

⁷⁹⁸ Wyatt v. Kreglinger, *England and Wales Court of Appeal (King's Bench Division)*, 7 fév. 1933, [1933] 1 K.B. 793.

⁷⁹⁹ *LQR*, vol. 49, 1933, p. 465.

⁸⁰⁰ Bull v. Pitney Bowes Ltd, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 26 juill. 1966, [1967] 1 W.L.R. 273.

⁸⁰¹ Justice THESIGER in *ibid.*, p. 282.

⁸⁰² V. déjà : Vice Chancellor JAMES in *Leather Cloth Co. v. Lorscheider*, *Court of Chancery*, 12 nov. 1869, (1869) L. R. 9 Eq. 345, p. 354 : « *Public policy requires that every man shall be at liberty to work for himself, and shall not be at liberty to deprive himself or the State of his labour, skill, or talent, by any contract that he enters into* ».

Pour déterminer si la clause de non-concurrence dans le contrat de travail est contraire à l'intérêt général, les juges anglais sont susceptibles de prendre en compte une variété de facteurs. Dans un arrêt de principe de 1961⁸⁰³, les juges se prononcèrent sur la demande d'un employeur visant à obtenir le prononcé à l'encontre d'un ancien salarié d'une injonction de cesser les agissements contraires à une clause de non-concurrence. La clause interdisait à l'ancien salarié d'exercer une activité de fumigation dans toute la ville de Singapour ou de prendre un emploi auprès de toute personne exerçant une activité de fumigation dans les trois ans suivant la fin de son emploi. La Cour a d'abord considéré que l'accord était raisonnable du point de vue des intérêts légitimes des parties. Cependant, elle a estimé qu'il était préjudiciable à la communauté dans son ensemble car il créait un quasi-monopole de l'employeur en matière de travaux de fumigation à Singapour. Les juges notèrent notamment que l'apparition sur le marché d'une nouvelle entreprise, gérée par le défendeur, avaient engendré une baisse des frais de fumigation des navires ce qui devait être considéré comme un élément positif. Les juges anglais font donc preuve d'une certaine sévérité à l'égard des clauses de non-concurrence figurant dans les contrats de travail au regard d'exigences d'intérêt général⁸⁰⁴.

En revanche, il ressort de la jurisprudence que la validité des clauses de non-concurrence contenues dans les contrats de cession de fonds de commerce sont appréciées par référence au seul critère de protection raisonnable des intérêts du créancier de l'obligation, sans référence aux exigences de *public policy*. Dans un arrêt de principe de 1988⁸⁰⁵, la *High Court of Justice* se prononça sur un contrat de cession qui comprenait une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans interdisant au cédant de proposer des services financiers sur l'ensemble du territoire du Royaume-Uni. Les juges estimèrent la clause nécessaire pour la protection des intérêts du cessionnaire sans examiner une possible contrariété à la *public policy*. Dans un arrêt de 1895⁸⁰⁶, la *House of Lords* eut à connaître d'un contrat de cession conclu entre un fabricant d'armement et un acquéreur. Le cédant s'était engagé à ne pas fabriquer d'armes ou de munitions et à ne pas faire concurrence au cessionnaire de quelque manière que ce soit pour une période de 25 ans sans limitation géographique. Le cédant n'ayant pas respecté son

⁸⁰³ Thomas Cowan & Co Ltd v. Orme, [1961] MLJ 41.

⁸⁰⁴ Les juges français se montrent cependant encore plus vigilants en ce qui concerne les clauses de non-concurrence dans le contrat de travail car celles-ci sont en principe illicites en ce qu'elles constituent une atteinte à la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle. Elles ne deviennent licites que si elles satisfont le test de proportionnalité de l'atteinte, v. *infra* n° 133.

⁸⁰⁵ Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd v. Frank Weisinger, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} janv. 1988, [1988] I.R.L.R. 60.

⁸⁰⁶ Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co Ltd, *House of Lords*, 31 juill. 1894, [1894] A.C. 535.

obligation, le cessionnaire agit en vue d'obtenir de la cour une injonction de cesser les agissements contrevenant à la clause de non-concurrence. Le cédant fit valoir qu'une telle restriction de concurrence était contraire à la *public policy*. Les juges rejetèrent cet argument à l'unanimité. Ils précisèrent qu'auparavant, une absence de limitation géographique comme c'était le cas en l'espèce aurait pu être considérée comme une atteinte illicite à la liberté de commerce. En effet, à une époque plus ancienne, il était difficile d'imaginer qu'une entreprise ait un rayonnement si important que seule une clause de non-concurrence très large permette la protection de ses intérêts. Cela était en revanche moins difficile à concevoir à la fin du 19^{ème} siècle. Par conséquent, l'absence d'un secteur géographique précis n'était pas contraire à la *public policy* qui devait s'adapter à des temps plus modernes⁸⁰⁷. Ainsi que le fit remarquer un juge anglais, « *l'ordre public n'est pas statique* »⁸⁰⁸. Or la conscience du caractère changeant de la *public policy* a plutôt été utilisé par les juges pour réduire son champ d'application que pour l'élargir en ce qui concerne les clauses de non-concurrence contenues dans les contrats de cession de fonds de commerce. Cette différence de traitement entre ces clauses contenues dans les cessions de fonds de commerce et des clauses de même nature contenues dans les contrats de travail s'explique par la différence de pouvoir de négociation entre employeur et employé⁸⁰⁹. Cela ne relève pas à première vue de l'intérêt général, sauf à dire que la protection d'une partie économiquement faible sert l'intérêt général car à défaut les contractants seraient dissuadés de s'engager dans des contrats d'approvisionnements et les relations de travail se compliqueraient. En réalité, il semblerait plutôt que le droit anglais connaisse également un léger mouvement de moralisation de la vie contractuelle. Le glissement d'une *public policy* conçue par référence à la seule liberté de commerce à une notion englobant également la protection d'un contractant plus faible se confirme avec la jurisprudence relative aux contrats d'approvisionnement exclusifs.

Les contrats d'approvisionnements exclusifs font l'objet d'une jurisprudence éclairante quant à la licéité des conventions au regard de la *public policy*. Dans un arrêt de 1974⁸¹⁰, les juges de la *House of Lords* eurent à connaître d'un contrat conclu par un parolier âgé de 21 ans et une maison d'édition musicale selon lequel le parolier s'engageait à produire exclusivement

⁸⁰⁷ Lord WATSON *in ibid.*, p. 552.

⁸⁰⁸ Lord Justice SALMON *in Gray v. Barr, England and Wales Court of Appeal*, 30 mars 1971, [1971] 2 Q.B. 554, p. 582 : « *Public policy is not static* ».

⁸⁰⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-121, p. 609.

⁸¹⁰ A Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay (formerly Instone), *House of Lords*, 16 oct. 1974, [1974] 1 W.L.R. 1308.

pour la maison d'édition pendant cinq ans et cédait aux éditeurs les droits d'auteur complets sur toutes ses compositions musicales produites pendant la durée du contrat, ce dernier étant tacitement reconduit pour une période de cinq années supplémentaires à l'échéance de la première période. Les juges estimèrent qu'un tel contrat était contraire à la *public policy*. Il est fait référence à la conception classique de la *public policy* selon laquelle « [l']intérêt public exige [...] que chacun soit libre, dans la mesure du possible, de gagner sa vie et de faire profiter le public des fruits de ses aptitudes particulières »⁸¹¹. Cependant, un autre juge précisa : « il est [...] salutaire de reconnaître qu'en refusant d'appliquer les dispositions d'un contrat par lequel une partie accepte, pour le bénéfice de l'autre partie, d'exploiter ou de s'abstenir d'exploiter sa capacité de revenus, la *public policy* que le tribunal met en œuvre n'est pas une théorie économique du XIX^{ème} siècle sur les avantages de la liberté de commerce pour le grand public. Il s'agit de la protection de ceux dont le pouvoir de négociation est faible contre le fait d'être forcés par ceux dont le pouvoir de négociation est plus fort à conclure des ententes qui sont déraisonnables »⁸¹². L'évolution d'une *public policy* qui défend un intérêt public au sens d'une mise à disposition des biens et services utiles à la société vers une *public policy* qui protège parfois les contractants faibles fut confirmée dans un arrêt de la *House of Lords* de 1967⁸¹³.

Cependant, le test de contrariété à la *public policy* des clauses de non-concurrence et des contrats d'approvisionnements exclusifs aboutit le plus souvent à la reconnaissance de la validité de ces stipulations. La liberté de commerce s'est en partie estompée devant la liberté contractuelle, sauf en matière de contrat de travail où le droit anglais montre un certain souci de libéralisme économique. Il est plus surprenant de constater que s'ajoute à la préservation de la liberté de commerce un souci de protection de la partie faible car cela n'est pas en principe une grande préoccupation du juge anglais⁸¹⁴.

⁸¹¹ Lord REID *in ibid.*, p. 1313 : « *The public interest requires in the interests both of the public and of the individual that everyone should be free so far as practicable to earn a livelihood and to give to the public the fruits of his particular abilities* ».

⁸¹² Lord DIPLOCK *in ibid.*, p. 1315 : « *It is, in my view, salutary to acknowledge that in refusing to enforce provisions of a contract whereby one party agrees for the benefit of the other party to exploit or to refrain from exploiting his own earning power, the public policy which the court is implementing is not some 19th-century economic theory about the benefit to the general public of freedom of trade, but the protection of those whose bargaining power is weak against being forced by those whose bargaining power is stronger to enter into bargains that are unconscionable* ».

⁸¹³ *Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd, House of Lords*, 23 fév. 1967, [1968] A.C. 269.

⁸¹⁴ Le juge anglais se montre sévère avec le consommateur dans son appréciation du caractère abusif des clauses contenues dans les contrats conclus avec des professionnels alors même que la législation issue du droit de l'Union a pour objectif la protection d'un contractant disposant d'un faible pouvoir de négociation, v. *infra* n° 628. Plus généralement, le droit anglais s'étant construit avant tout pour faciliter le commerce et les échanges, il est rarement guidé par une méfiance envers les contrats que le juge français jugerait déséquilibrés, v. *supra* n° 5.

Le juge français participe activement à la définition des notions d'ordre public et de bonnes mœurs qui lui permettent de contrôler la licéité du contrat, de même que le juge anglais définit la notion de *public policy*. Cette dernière est cependant plus restrictive en droit anglais. Elle a connu un recul important et semble figée par les *precedents* les plus anciens de telle sorte que le juge anglais sera moins souvent amené à annuler un contrat pour *illegality*. Il en va de même en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité qui fait l'objet d'une application inégale par les juges français et par les juges anglais.

§ 2 - Une moralisation de la vie contractuelle par le contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux

131. Le fondement du contrôle de la licéité du contenu du contrat au regard des droits fondamentaux. De la même façon que le contrôle du respect de l'ordre public, le contrôle judiciaire du contenu du contrat à l'aune des droits fondamentaux constitue une limite à la liberté contractuelle des justiciables. Cette limite est justifiée par la crainte qu'en présence d'une liberté contractuelle absolue, « *le contrat [devienne] l'instrument privilégié de désintégration des droits garantis* »⁸¹⁵. Par le biais du contrat, un contractant pourrait limiter l'une de ses libertés fondamentales ou y renoncer⁸¹⁶, tel que ce fut le cas dans les arrêts relatifs au contrat de bail⁸¹⁷. Il pourrait également se voir imposer une restriction de ses libertés par l'expression de la liberté contractuelle d'autrui. Cela peut être le cas en matière de donation-partage. Dans un arrêt de 2015⁸¹⁸, la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt ayant appliqué, à la demande d'une des parties, la clause pénale contenue dans un acte de donation-partage et qui stipulait que le gratifié qui attaquait en justice les dispositions de l'acte serait privé de toute part dans la quotité disponible. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour défaut de base légale. Elle précisa qu'il incombait au juge du fond, saisi d'une action en annulation de la donation-partage pour dol, de rechercher si l'application de la clause pénale ainsi rédigée n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice garanti par l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le juge du fond se voit donc confier une importante mission de protéger le sujet de droit contre, d'une part, sa propre liberté contractuelle, et d'autre part, la liberté contractuelle des autres sujets de droit qui pourrait s'exercer à son détriment. À ce titre, les droits fondamentaux qui appartiennent initialement à l'ordre public classique, « *jouent un rôle*

⁸¹⁵ Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, p. 225.

⁸¹⁶ Le contractant peut en effet « *détruire lui-même, en l'exerçant, la liberté que la loi lui donne* », cf. Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1952, n° 64, p. 124.

⁸¹⁷ V. *supra* n° 131.

⁸¹⁸ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *RTD civ.*, 2016, p. 339, H. BARBIER ; *D.*, 2016, p. 566, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2016, p. 424, M. GRIMALDI ; *Gaz. Pal.*, n° 2, 2016, p. 44, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 1, 2016, p. 3, S. PELLET ; *LEDA*, n° 2, 2016, p. 6, M. LEROY ; *LEFP*, n° 2, 2016, p. 6, N. PETRONI-MAUDIÈRE ; *Gaz. Pal.*, n° 15, 2016, p. 89, A. DEPRET ; *Gaz. Pal.*, n° 18, 2016, p. 55, L. MAYER ; *Gaz. Pal.*, n° 20, 2016, p. 70, S. LEROND ; *RDC*, n° 2, 2016, p. 294, S. GODECHOT-PATRIS ; *Deffrénois*, n° 12, p. 683, H. LEYRAT ; *JCP N*, n° 19, 1159, C. GOLDIE-GENICON ; *JCP N*, n° 14-15, 2017, 1153, M. MEKKI ; *Dr. famille*, n° 2, 2016, comm. 33, M. NICOD.

semblable à celui assigné à l'ordre public économique »⁸¹⁹ car ils assurent la protection d'une partie faible. Eu égard à l'importance de la mission, le contrôle du juge se doit d'être large.

132. Le contrôle de proportionnalité de l'atteinte contractuelle à un droit fondamental. En France, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁸²⁰ prévoyait que le second alinéa de l'article 1102 du Code civil soit ainsi rédigé : « *Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ». La référence explicite aux droits fondamentaux offrait ainsi au juge un nouvel outil, distinct de l'ordre public⁸²¹, de contrôle de licéité du contenu du contrat. Selon cette disposition, le contrat ne pouvait jamais déroger aux lois relevant de l'ordre public, mais il pouvait restreindre les droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, à condition que cette restriction satisfasse un test de proportionnalité entre l'atteinte au droit fondamental et les intérêts légitimes des contractants. Bien que la référence aux droits fondamentaux ait disparu du nouvel article 1102 tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, les juges du fond demeurent à deux égards chargés de contrôler la licéité des contrats à l'aune de la proportionnalité des éventuelles atteintes aux droits fondamentaux. Dans un premier temps, certains textes posent explicitement l'exigence d'une atteinte proportionnée aux droits fondamentaux justifiée par sa proportion avec le but recherché par le contrat. C'est le cas notamment en matière de contrat de travail. Le Code du travail porte une interdiction générale⁸²² des atteintes disproportionnées aux droits fondamentaux qu'il réitère en matière de règlement intérieur au sein de l'entreprise⁸²³. Dans un second temps, la Cour de cassation avait, bien avant le projet de réforme du droit des contrats, approuvé le contrôle opéré par les juges du fond de la licéité du contenu d'un contrat par rapport aux droits fondamentaux. Par exemple,

⁸¹⁹ Éric GARAUD, « Le respect des droits et libertés fondamentaux », in Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy droit civil, 2021, n° 1072 (actu. juin 2022).

⁸²⁰ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 25 fév. 2015.

⁸²¹ Quoiqu'en théorie, les droits fondamentaux procèdent de l'ordre public classique, v. *supra* n° 119. Cependant, la différence de régime entre le contrat contrevenant à l'ordre public et le contrat portant atteinte à un droit fondamental oblige à faire la distinction.

⁸²² L. 1121-1 C. travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

⁸²³ L. 1321-3 C. travail.

dans un arrêt de 1996⁸²⁴, elle avait eu à connaître d'arrêts ayant considéré que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvaient avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches en vertu de l'article 8, §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le respect de la vie privée et familiale. Par conséquent, la cour d'appel avait retenu l'absence de manquement de la bailleuse à ses obligations contractuelles. Le pourvoi arguait d'une violation des articles 6 et 1134 du Code civil, relatifs respectivement à l'ordre public et à la force obligatoire du contrat. La Cour de cassation retint l'absence de violation de ses dispositions par les juges du fond et rejeta le pourvoi. À l'inverse, pour des faits identiques, la Haute juridiction censura la décision de la cour d'appel n'ayant pas constaté la violation de l'article 8, §1 de la CEDH et n'ayant pas déduit l'inapplicabilité de la clause illicite⁸²⁵.

133. La proportionnalité des clauses de non-concurrence dans le contrat de travail.

Le contrôle de proportionnalité trouve aussi à s'appliquer depuis longtemps en ce qui concerne les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail. Une telle clause restreint la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle. Dans un arrêt rendu en 1999⁸²⁶, la Cour de cassation avait eu à connaître d'un arrêt ayant jugé licite la clause non-concurrence insérée dans un contrat d'association provisoire entre deux médecins. La Haute juridiction avait cassé l'arrêt pour défaut de base légale au regard de l'article 1131 relatif à la cause, dans sa rédaction antérieure à la réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Il fut reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, compte tenu de la durée du contrat et du lieu d'exercice de la profession* ». Cela constitue la confirmation⁸²⁷ d'un revirement de jurisprudence par rapport

⁸²⁴ Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ.* III, 1996, n° 60, p. 41, *RTD civ.*, 1996, p. 580, J. HAUSER ; *AJDI*, 1996, p. 704, B. WERTENSCHLAG ; *RTD civ.*, 1996, p. 897, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1996, p. 1024, J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 1996, p. 379, CRDP Nancy II ; *D.*, 1997, p. 167, B. de LAMY ; *Deffrénois*, n° 23, 1996, p. 1432, A. BÉNABENT.

⁸²⁵ Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ.* III, 2006, n° 73, p. 61, *D.*, 2007, p. 903, N. DAMAS ; *RTD civ.*, 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDI*, 2006, p. 637, Y. ROUQUET ; *RDC*, n° 4, 2006, p. 1149, J.-B. SEUBE ; *LPA*, n° 148, 2006, p. 18, É. GARAUD ; *Loyers et Copr.*, n° 5, 2006, comm. 93, B. VIAL-PEDROLETTI ; *JCP G*, n° 16, 2006, IV, 1872, M.-C. ROUAULT.

⁸²⁶ Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ.* V, 1999, n° 156, p. 103 ; *D.*, 2000, p. 312, Y. SERRA ; *D.*, 1999, p. 385, J. PENNEAU ; *Loyers et copr.*, n° 12, 2016, étude 15, S. ANDJECHAIRI-TRIBILLAC ; *CCC*, n° 12, 2013, comm. 260 M. MALAURIE-VIGNAL ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2012, comm. 65, M. CHAGNY ; *JCP G*, n° 4, 2006, II, 10011, A.-M. LUCIANI ; *Dr. et Patr.*, n° 91, 2001, Y. AUGUET.

⁸²⁷ V. déjà : Soc., 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, 1992, n° 309, *JCP E*, 1992, II, n° 21889, note J. AMIEL-DONAT ; *D.*, 1992, p. 350, note Y. SERRA : la validité de la clause de non-concurrence souscrite par un salarié est licite si cette restriction de concurrence est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. V. aussi : Com., 14 nov. 1995, *D.*, 1997, p. 59, obs. D. FERRIER : un franchisé ne peut être tenu par une clause de non-concurrence pour le temps suivant la rupture du contrat que si cette clause « *est destinée à protéger les intérêts légitimes du franchiseur* ».

aux décisions antérieures qui estimaient que la seule condition de validité de la clause de non-concurrence résidait dans la sauvegarde de la liberté économique individuelle du débiteur de l'obligation de non-concurrence⁸²⁸. Il faut maintenant également que le juge du fond effectue un entier contrôle de proportionnalité de la clause de non-concurrence. Les juges français ont donc durci les conditions de validité de la clause de non-concurrence contenue dans le contrat de travail, ce que confirme l'exigence de contrepartie dégagée plus tard par la jurisprudence⁸²⁹. Cette approche est très différente de celle des juges anglais vis-à-vis des clauses de non-concurrence puisqu'en droit français, la sanction est fondée sur la protection de la liberté fondamentale de l'individu, et non sur la protection d'un intérêt général qui participe d'une conception plus classique de l'ordre public⁸³⁰. De façon générale, le contrôle de proportionnalité en matière contractuelle a connu un essor considérable⁸³¹. Il convient d'examiner sa mise en œuvre par les juges nationaux.

134. L'intérêt légitime de l'atteinte. La proportionnalité est une « *notion autonome* » distincte de l'équité et de l'abus⁸³². Il convient de déterminer comment le juge procède au contrôle de cette proportionnalité. Les critères de ce contrôle peuvent être ainsi identifiés⁸³³ : le juge doit déterminer un intérêt prépondérant⁸³⁴, puis déterminer si l'atteinte au droit fondamental est strictement nécessaire⁸³⁵, et enfin vérifier s'il existe une contrepartie à cette atteinte pour le contractant qui la subit⁸³⁶. En ce qui concerne d'abord le critère de l'existence d'un intérêt légitime, le juge est amené à évaluer les intérêts en présence les uns par rapport aux autres. Dans l'affaire portant sur la clause d'un bail d'habitation interdisant au preneur d'héberger ses proches⁸³⁷, la cour d'appel avait eu à mettre en balance le droit à la vie privée

⁸²⁸ Civ., 26 mars 1928, *DP*, 1930, 1, p. 145, note PIC. V. aussi : Soc., 18 oct. 1952, *Bull. civ.* IV, 1952, n° 736.

⁸²⁹ V. *infra* n° 136.

⁸³⁰ V. *supra* n° 130.

⁸³¹ Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Buylant, 1992, p. 49.

⁸³² Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, coll. BDP, n°s 758s, pp. 449s.

⁸³³ Aurore-Angélique HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, t. 60, IRJS, coll. bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, n° 685, p. 476. V. dans le même sens : Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, coll. BDP, n° 786, p. 460 parlant d'un « *tryptique utilité, nécessité, proportionnalité* » mis en œuvre par le juge.

⁸³⁴ Cela correspond à l'exigence d'« *intérêts légitimes* » visée à l'art. 1102 du C. civ issu du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 25 fév. 2015.

⁸³⁵ Cela correspond à l'exigence d'une « *atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes* » visée à l'art. 1102 du C. civil.

⁸³⁶ Cela correspond à l'exigence d'une atteinte « *proportionnée au but recherché* » visée à l'art. 1102 du C. civil.

⁸³⁷ Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ.* III, 1996, n° 60, p. 41, *RTD civ.*, 1996, p. 580, J. HAUSER ; *AJDI*, 1996, p. 704, B. WERTENSCHLAG ; *RTD civ.*, 1996, p. 897, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1996, p. 1024,

protégé par l'article 8, §1 de la CEDH et l'intérêt que pouvait avoir le bailleur à éviter la suroccupation du logement susceptible d'entraîner sa détérioration. Il ressort de la jurisprudence que les juges du fond privilégient les intérêts extrapatrimoniaux sur les intérêts patrimoniaux⁸³⁸, cela fut le cas dans cette affaire⁸³⁹.

135. Le caractère nécessaire de l'atteinte. En ce qui concerne le second critère du contrôle de proportionnalité, il impose au juge d'apprécier le caractère strictement nécessaire de l'atteinte portée au droit fondamental par le contrat. L'atteinte est strictement nécessaire si elle est en adéquation avec la finalité recherchée par le contrat⁸⁴⁰, avec l'intérêt légitime poursuivi. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation illustre bien le raisonnement que doit tenir le juge du fond en la matière⁸⁴¹. Le contrat de travail d'un attaché commercial comportait une clause de mobilité géographique avec obligation de résidence⁸⁴². Le contrat précisait également qu'en cas de non-acceptation de la part du salarié, ce refus pouvait entraîner la rupture du contrat de travail sans indemnité particulière de licenciement autre que les indemnités légales ou conventionnelles. L'employeur avait notifié au salarié la modification d'affectation et lui avait demandé d'établir son domicile dans la région de Montpellier. Le salarié refusa et fut licencié. Il saisit la juridiction prud'homale en vue d'obtenir le paiement de diverses sommes sur le fondement de l'absence d'une cause réelle et sérieuse justifiant son

J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 1996, p. 379, CRDP Nancy II ; *D.*, 1997, p. 167, B. de LAMY ; *Defrénois*, n° 23, 1996, p. 1432, A. BÉNABENT.

⁸³⁸ Aurore-Angélique HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, t. 60, IRJS, coll. bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, n° 689, p. 479.

⁸³⁹ V. aussi : Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *AJDI*, 2001, p. 612, C. GIVERDON ; *D.*, 2003, p. 1334, C. GIVERDON ; *D.*, 2002, p. 1522, C. GIVERDON ; *Rev. sociétés*, 2001, p. 357, Y. GUYON ; *D.*, 2001, p. 1493, E. ALFANDARI ; *Gaz. Pal.*, n° 79, 2001, p. 9, F. GHILAIN ; *Gaz. Pal.*, n° 190, 2002, p. 26, A. HOCHART ; *Defrénois*, n° 12, 2001, p. 795, C. ATIAS ; *BJS*, n° 6, 2001, p. 635, V. GRELLIÈRE ; *JCP E*, n° 14, 2001, 586 ; *JCP G*, n° 13, 2001, 1560 : une clause d'adhésion obligatoire à une association chargée d'administrer et de gérer les biens d'une copropriété était contenue dans un contrat de vente en l'état futur d'achèvement. En l'espèce, le conflit se présentait entre l'intérêt patrimonial résidant dans l'administration et la gestion commune du bien immobilier et l'intérêt extrapatrimonial résidant dans la préservation de la liberté d'association protégée par la loi du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, *JORF* du 2 juill. 1901. La cour d'appel avait retenu la force obligatoire de la clause et ordonner à l'ancien adhérent le paiement des cotisations. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation censura cette décision pour violation de l'art. 4 de la loi du 1^{er} juill. 1901 aux termes duquel « Tout membre d'une association peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire ». La décision de la cour d'appel revenait à obliger l'ancien adhérent à demeurer membre de l'association qu'il devait pouvoir librement quitter. L'intérêt extrapatrimonial devait donc primer sur l'intérêt patrimonial.

⁸⁴⁰ Aurore-Angélique HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, t. 60, IRJS, coll. bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, n° 692, pp. 483 et 484.

⁸⁴¹ Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4, *LPA*, n° 64, 1999, p. 10, B. GAURIAU ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, J.-E. RAY ; *RTD civ.*, 1999, p. 395, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1999, p. 358, J. HAUSER ; *D.*, 1999, p. 645, J.-P. MARGUÉNAUD.

⁸⁴² Clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans une certaine période suivant ce changement d'affectation.

licenciement. La cour d'appel retint que la clause était licite dans la mesure où elle était justifiée par la nature et le lieu des fonctions commerciales exercées par l'intéressé et par le bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour défaut de base légale au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit de toute personne au respect de son domicile, et rappela que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit. Par conséquent, une atteinte portée à ce droit fondamental par le contrat de travail devait satisfaire les exigences du contrôle de proportionnalité, notamment le caractère « *indispensable* » de l'atteinte, qui désigne autrement la stricte nécessité. La Haute juridiction reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir expliqué « *en quoi les attributions [du salarié] exigeaient une présence permanente à Montpellier* » et en quoi une simple résidence dans cette ville était insuffisante à protéger les intérêts de l'entreprise. L'existence d'une solution alternative joue un rôle important dans l'appréciation du critère de stricte nécessité de l'atteinte au droit fondamental. Cela se confirme en ce qui concerne la protection du savoir-faire acquis par le salarié. La clause de non-concurrence comme la clause de confidentialité permettent de protéger l'intérêt légitime de l'employeur qui consiste à éviter la fuite des connaissances et des techniques propres à son entreprise. La clause de non-concurrence porte une atteinte importante à la liberté professionnelle du contractant tandis que la clause de confidentialité limite seulement sa liberté d'expression auprès des entreprises concurrentes quant au savoir-faire acquis. Pour éviter de se heurter au contrôle de proportionnalité, les employeurs devraient donc préférer le recours à la clause de confidentialité lorsqu'elle permet de protéger efficacement leurs intérêts⁸⁴³.

Il ressort de la jurisprudence que le seuil de satisfaction du critère de stricte nécessité est élevé. L'atteinte au droit fondamental ne satisfait cette exigence que si elle représente la seule solution d'atteindre l'intérêt légitime poursuivi par la clause litigieuse. Dans l'arrêt relatif à la clause de mobilité géographique⁸⁴⁴, il revenait à la cour d'appel de préciser en quoi une solution alternative, à savoir une simple résidence et non un transfert de domicile, ne suffisait pas à protéger les intérêts patrimoniaux de l'entreprise. Le juge doit donc déterminer si le but poursuivi par la stipulation ne pouvait être obtenu que par l'atteinte au droit fondamental ou si une autre solution, moins attentatoire à la liberté du contractant, était possible. Dans le second

⁸⁴³ Benoit GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, vol. 86, Dalloz, coll. NBT, 2009, n° 550, p. 315.

⁸⁴⁴ Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ.* V, 1999, n° 7, p. 4, *LPA*, n° 64, 1999, p. 10, B. GAURIAU ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, J.-E. RAY ; *RTD civ.*, 1999, p. 395, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1999, p. 358, J. HAUSER ; *D.*, 1999, p. 645, J.-P. MARGUÉNAUD.

cas, l'atteinte ne remplira par le critère de stricte nécessité. Elle sera donc jugée disproportionnée et la stipulation contractuelle sera privée d'effets.

136. L'existence d'une contrepartie à l'atteinte. En présence d'une contrepartie octroyée au contractant qui subit l'atteinte à un droit fondamental, l'atteinte peut être jugée proportionnée au but recherché par la stipulation contractuelle. Ce critère reflète la dimension compensatoire du contrôle de proportionnalité. Le juge du fond est ainsi amené à apprécier l'existence d'une contrepartie. C'est le cas notamment pour les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail. Dans une série d'arrêts de 2002⁸⁴⁵, la Cour de cassation eut à connaître de décisions de cours d'appel qui avaient retenu la licéité de clauses de non-concurrence ne prévoyant pas de contrepartie financière pour les salariés débiteurs de l'obligation de non-concurrence. Les juges du fond avaient débouté ces derniers de leurs demandes de dommages et intérêts relativement à ces clauses. La Haute juridiction cassa les arrêts pour violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 120-2 du Code du travail, repris aujourd'hui par l'article L. 1121-1 du Code travail⁸⁴⁶. La Cour posa explicitement le principe selon lequel « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ». Ces arrêts constituent un revirement de jurisprudence puisque la Cour de cassation refusait antérieurement de faire de l'existence d'une contrepartie une condition de validité de la clause de non-concurrence⁸⁴⁷. L'existence d'une contrepartie est devenue un critère supplémentaire de validité des clauses de non-concurrence susceptible de faire échec à un certain nombre d'entre elles. Le contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux opérée par le contenu du contrat s'est étendu, dans un but de

⁸⁴⁵ Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *D.*, 2002, p. 2491, Y. SERRA ; *D.*, 2002, p. 3111, J. PÉLISSIER ; *D.*, 2003, p. 1222, B. THULLIER ; *JCP E*, n° 14, 2003, 543, C. MASQUEFA ; *RDC*, n° 1, 2003, p. 17, J. ROCHFELD ; *RDC*, n° 1, 2003, p. 142, C. RADÉ ; *RDC*, n° 1, 2003, p. 148, C. RADÉ ; *JSL*, n° 108, 2002, M.-C. HALLER ; *JCP E*, n° 42, 2002, 1511, D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP G*, n° 42, 2002, 10162, F. PETIT ; *RLDA*, n° 53, 2002 ; *RLDA*, n° 60, 2003 ; *Deffrénois*, n° 24, p. 1619, R. LIBCHABER ; *JCP G*, n° 18, 2003, doct. 130, P. MORVAN.

⁸⁴⁶ V. *supra* n° 131.

⁸⁴⁷ Soc., 9 oct. 1985, n° 83-46113, *Bull. civ. V*, 1985, n° 442, p. 319, *D.*, 1986, p. 420, note Y. SERRA : « *la validité d'une clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire si celle-ci n'est pas prévue par une convention collective* ». V. aussi : Soc., 20 oct. 1993, n° 91-40393, inédit : « *la validité d'une clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire dès lors qu'aucune disposition légale, conventionnelle ou contractuelle ne le prévoit* ».

protection d'une partie considérée comme faible et n'ayant pas la même force de négociation des stipulations contractuelles. Quoique critiqué notamment en raison de ses effets sur la nullité rétroactive des clauses de non-concurrence ne prévoyant pas de contrepartie⁸⁴⁸, ce revirement jurisprudentiel est heureux dans la mesure où le salarié n'est pas dans une situation lui permettant d'exiger la contrepartie au moment de la conclusion du contrat de travail car ce dernier est rédigé unilatéralement par l'employeur. La présence dans le contrat de la restriction d'une liberté fondamentale sans contrepartie est « *le signe d'une relation déséquilibrée entre les parties [...], d'une disproportion qu'il conviendra de compenser* »⁸⁴⁹. Or le contrôle de proportionnalité a une fonction « *compensatoire* »⁸⁵⁰ car il consiste en la mise en balance par le juge d'intérêts divers et souvent contraires, afin de s'assurer que chaque contractant tire un avantage du contrat et ne subisse pas d'appauvrissement excessif. Cette protection semble se faire au bénéfice des salariés, car les clauses de non-concurrence dépourvues de contrepartie financière, insérées non pas dans des contrats de travail mais dans des contrats de franchise, sont jugées valides⁸⁵¹.

L'exigence d'une contrepartie comme critère du contrôle de proportionnalité de l'atteinte contractuelle à un droit fondamental du salarié s'est confirmée avec le contentieux relatif à l'indemnisation de l'occupation du domicile à des fins professionnelles. Dans un arrêt de 2010⁸⁵², la Cour de cassation eut à connaître d'arrêts de cours d'appel ayant fait droit aux demandes, formées par des salariés, d'octroi d'une indemnité au titre de l'occupation partielle de leur domicile privé à des fins professionnelles. La Haute juridiction rejeta le pourvoi de l'employeur au motif que « *l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail ; que si le salarié, qui n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, accède à la demande de son employeur, ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi*

⁸⁴⁸ Frédéric CHAUTARD et Loïc LE BERRE, « Comment gérer les clauses de non-concurrence depuis les arrêts du 10 juillet 2002 ? », *JCP E*, n° 51, 2002, p. 1839, spéc. n° 20.

⁸⁴⁹ Aurore-Angélique HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, t. 60, IRJS, coll. bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, n° 702, p. 492.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, n° 704, p. 493.

⁸⁵¹ Com., 24 nov. 2009, n° 08-17650, inédit, *RLC*, n° 23, 2010, A. RIERA ; *RDC*, n° 3, 2010, p. 921, M. BEHAR-TOUCHAIS ; *CCC*, n° 2, 2010, comm. 43, M. MALAURIE-VIGNAL ; *JCP E*, n° 9-10, 2010, 1220, N. DISSAUX.

⁸⁵² Soc., 7 avril 2010, n°s 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ.* V, 2010, n° 85 ; *D.*, 2010, p. 2029, J. PÉLISSIER ; *Rev. trav.*, 2010, p. 517, B. BOSSU ; *Cah. Soc.*, n° 221, 2010, p. 218, F. POMMERET ; *JCP S*, n° 22, 2010, 1218 G. LOISEAU ; *JCP E*, n° 21, 2010, 1519 ; *JCP S*, n° 16-17, 2010, act. 232 ; *JCP G*, n° 45-46, 2010, doct. 1131, J.-F. CESARO ; *JCP S*, n° 22, 2010, 1218, G. LOISEAU.

que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile ». Il revient donc au juge du fond de vérifier l'existence d'une contrepartie à l'atteinte au droit à la vie privée causée par la stipulation prévoyant l'occupation du domicile à des fins professionnelles. De façon similaire à la clause de non-concurrence, l'atteinte au droit fondamental ne peut être consentie par le salarié sans qu'il reçoive un avantage en échange. Le juge se fait donc garant d'un certain équilibre contractuel en veillant aux intérêts de la partie faible. En outre, il revient aux juges du fond d'apprécier le montant de la contrepartie. Dans cette affaire, les cours d'appel avaient fixé le taux d'indemnisation des salariés différemment selon le taux d'occupation matérielle et temporelle de leur domicile par leur activité professionnelle. Elles avaient retenu l'existence de deux catégories de salariés car certains avaient dû installer, plus que d'autres, des outils spécifiques à leur tâche professionnelle et passer un temps plus important à accomplir leurs tâches à leur domicile. Le pourvoi principal formé par les salariés avait fait valoir que l'indemnité devait être forfaitaire et ne devait donc pas varier d'un salarié à l'autre. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et valida la possibilité pour les juges du fond de procéder au calcul de l'indemnisation proportionnellement à l'atteinte au droit à la vie privée du salarié. Elle retint que les cours d'appel pouvaient « *appréci[er] souverainement l'importance de la sujétion subie par les [salariés] et fix[er] le montant de l'indemnité devant leur revenir* ». La reconnaissance d'un pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond dans le montant de la compensation à l'atteinte renforce encore les prérogatives mais également les missions du juge qui doit évaluer la gravité de l'atteinte pour déterminer la juste contrepartie. Certains auteurs ont pu regretter la marchandisation des droits fondamentaux⁸⁵³ qui ne seraient alors plus des droits fondamentaux⁸⁵⁴. Cependant, la validité des clauses de non-concurrence et d'occupation du domicile à des fins professionnelles étant consacrée, l'acceptation des atteintes contractuelles à des droits et libertés fondamentaux est devenue réalité. Dans un souci de réalisme et de cohérence dans une société libérale, autant alors veiller à ce que le contractant qui subit l'atteinte en retire un avantage. Le juge est devenu, à travers le contrôle de proportionnalité, le garant d'une protection renouvelée du contractant économiquement faible⁸⁵⁵. Le juge met en

⁸⁵³ V. *JCP G*, n° 18, 2003, doct. 130, P. MORVAN : « *les esprits non mercantiles ne pourront manquer d'être choqués [...]* C'est là un apport aussi intéressant qu'immoral à l'étude du principe de proportionnalité en droit privé ».

⁸⁵⁴ *JCP E*, n° 14, 2003, 543, C. MASQUEFA : « *la Cour [...] vise "le principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle"* [...] Or, il est permis de s'interroger sur le caractère fondamental d'un principe qui peut être méconnu sous la seule réserve de fixer un prix à l'atteinte subie ».

⁸⁵⁵ V. *contra* : *Defrénois*, n° 24, p. 1619, R. LIBCHABER : « *la courtoisie contractuelle qui se manifeste dans le principe de proportionnalité est peut-être compatible avec le droit français, mais guère avec l'office du juge. La conciliation concrète qu'elle implique exige une mise en œuvre par des parties attentives à leur devenir réciproque, qui se passe volontiers de l'intervention judiciaire* ». Cependant, cette idée ne prend pas en compte le caractère

œuvre une forme nouvelle d'équilibre contractuel qui exige la contrepartie juste des prestations contractuelles supposant une atteinte à un droit fondamental. En ce qui concerne ces prestations, l'équilibre contractuel est érigé en critère de licéité des stipulations contractuelles. À défaut d'équilibre, ces clauses contractuelles encourent la nullité, ce qui participe du développement d'un ordre public économique accentué. À ce titre, il est possible de retenir que « *l'intervention d'un contrôle de proportionnalité est signe de correction et de suppléance* »⁸⁵⁶ opérées par le juge. Cela élargit l'office du juge et, par conséquent, son influence dans le champ du contrat.

137. Le contrôle de proportionnalité, l'élargissement de l'office des juges du fond.

Les arrêts étudiés révèlent que le contrôle de la licéité du contenu du contrat au regard des droits fondamentaux s'est considérablement développé au fil des décisions de la Cour de cassation. En effet, en dépit de la disparition de la référence aux droits fondamentaux dans le nouvel article 1102 tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, le contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée par le contenu du contrat aux droits fondamentaux s'est progressivement étendu à tous les types de contrats. Cela amène le juge à exercer régulièrement son pouvoir. La Cour de cassation a étendu le contrôle de licéité du contenu du contrat au regard des droits fondamentaux bien au-delà du contrat de travail pour lequel ce contrôle est explicitement prévu⁸⁵⁷. Par exemple, la Haute juridiction a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt d'une cour d'appel car c'était à bon droit que le juge du fond avait mis en balance l'obligation imposée au franchisé par une clause de non-réaffiliation⁸⁵⁸ contenue dans un contrat de franchise et la nécessité de protéger les droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé⁸⁵⁹. De la même façon, le juge du fond doit examiner une clause de non-concurrence stipulée dans une cession de parts sociales à la lumière du principe de la liberté de commerce et de l'industrie⁸⁶⁰.

unilatéral de la rédaction du contrat de travail, le salarié n'étant pas en mesure d'imposer une contrepartie à l'obligation de non-concurrence ni d'en négocier librement le montant.

⁸⁵⁶ Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, coll. BDP, n° 761, p. 450.

⁸⁵⁷ V. *supra* n° 131.

⁸⁵⁸ « *Variante, en droit de la distribution, de la clause de non-concurrence, limitant le droit des distributeurs de rejoindre une enseigne ou un réseau concurrent* » après la cessation du contrat, cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 192. Ce type de clause est visé par l'art. 3 du Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, *JOCE* du 28 déc. 1988, L359/46 qui prévoit sa licéité à condition qu'une telle stipulation soit nécessaire pour protéger les droits du franchiseur.

⁸⁵⁹ Com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, *Bull. civ.* IV, 2006, n° 9, p. 8, *LPA*, n° 226, 2006, p. 6, E. BIACCICHETTI ; *D.*, 2007, p. 1911, D. FERRIER ; *JCP E*, n° 27-28, 2006, 2064, J. RAYNARD ; *CCC*, n° 4, 2006, comm. 67, M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸⁶⁰ Com., 4 déc. 2007, n° 04-17449, inédit, *BJS*, n° 4, 2008, p. 274, D. PORACCHIA.

138. Un contrôle mesuré. Au contraire des dispositions d'ordre public pour lesquelles la dérogation est absolument prohibée, le contenu du contrat peut porter atteinte à un droit fondamental si cette atteinte est justifiée par des intérêts légitimes et proportionnée à ces intérêts. Parce qu'il revient au juge du fond d'évaluer les trois critères propres au contrôle de proportionnalité, ce dernier emporte un indéniable « *accroissement du pouvoir du juge* »⁸⁶¹. En effet, dans le cadre de ce contrôle, « *le juge opère nécessairement au cas par cas pour pondérer les intérêts en présence. Il en résulte qu'en fonction des espèces, l'atteinte à une même liberté pourra être tantôt autorisée, tantôt proscrite, selon qu'elle apparaît ou non justifiée par une finalité admise par l'ordre social, et proportionnée à ladite finalité* »⁸⁶². La mise en œuvre d'une notion juridique nécessitant une approche casuistique de la part du juge suscite immanquablement la crainte de l'arbitraire judiciaire. Pourtant, cette crainte ne semble pas fondée. En effet, « *la subjectivité du juge est à relativiser. [...] il s'appuie sur une hiérarchie de valeurs posée par la loi et l'ordre public, ce qui donne à son intervention une certaine part d'objectivité* »⁸⁶³. Par exemple, la logique qui consiste à faire prévaloir l'intérêt extrapatrimonial sur l'intérêt patrimonial n'a rien d'étonnant dans le droit positif français. En droit pénal, la hiérarchie entre les infractions est principalement fondée sur la distinction entre l'atteinte aux biens, jugée moins grave, et l'atteinte aux personnes jugée beaucoup plus attentatoire à la paix sociale et aux valeurs partagée par la communauté⁸⁶⁴. Ensuite, le juge ne sanctionne pas de façon systématique la clause contractuelle qui porterait atteinte à un droit fondamental. L'atteinte peut être licite et le contrat peut demeurer dans sa rédaction initiale si l'atteinte satisfait le test de proportionnalité. Ainsi qu'il a été remarqué, « *lorsque le juge détermine les intérêts en présence, il ne néglige pas de prendre en compte leur importance respective au regard de cette échelle de valeurs dressée par la loi et l'ordre public. Il s'intéresse notamment à l'intensité et à la durée des restrictions apportées à l'exercice des droits et libertés concernés [...] seuls les cas le plus manifestes sont sanctionnés sans prétention à instaurer une*

⁸⁶¹ Fabien MARCHADIER, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *RDC*, n° 3, 2016, p. 518.

⁸⁶² Aurore-Angélique HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil », *RDLF*, 2016, chron. n° 20.

⁸⁶³ Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, coll. BDP, n° 786, p. 460.

⁸⁶⁴ V. par ex. : l'art. 311-3 du C. pénal qui punit le vol de 3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende, l'art. 312-1 du C. pénal qui punit l'extorsion de 7 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende, et l'art. 221-1 du C. pénal qui punit le meurtre de 30 ans de réclusion criminelle.

proportionnalité parfaite entre les intérêts. Le contrôle de proportionnalité n'est pas un contrôle de l'égalité »⁸⁶⁵.

139. Le contrôle de la motivation par la Cour de cassation. La Haute juridiction a pu censurer un arrêt qui avait prononcé la nullité d'une clause de non-rétablissement prévue dans un contrat de franchise par des « *motifs impropres à justifier l'annulation de la clause litigieuse, limitée dans le temps et dans l'espace, sans avoir constaté que la clause n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes de l'entreprise au regard de l'objet du contrat* »⁸⁶⁶. De la même façon, dans un arrêt relatif à une clause de mobilité géographique avec obligation de transfert du domicile contenue dans un contrat de travail⁸⁶⁷, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la cour d'appel pour défaut de base légale au regard de l'article 8, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Haute juridiction reprochait aux juges du fond de ne pas avoir exposé en quoi l'atteinte au droit fondamental était illégitime en examinant notamment si l'existence d'une solution alternative, à savoir une simple résidence et non un transfert de domicile, ne suffisait pas à protéger les intérêts patrimoniaux de l'entreprise. Ces arrêts illustrent la nécessité pour les juges du fond de motiver avec soin leurs décisions statuant sur des clauses contractuelles dont il est allégué qu'elles portent atteinte à un droit fondamental. Le juge doit explicitement établir en quoi l'atteinte portée par la clause remplit ou ne remplit pas les trois conditions de la proportionnalité. En ce qui concerne la prépondérance des intérêts extra-patrimoniaux par rapport aux intérêts extrapatrimoniaux qui a été constatée à la lecture des décisions de justice⁸⁶⁸, il pourrait être utile et intéressant que les juges du fond fassent clairement état d'une prévalence des premiers par rapport aux seconds. Une tendance jurisprudentielle explicite serait bienvenue en la matière en vue d'exposer les raisons d'une telle prévalence et d'harmoniser les décisions de justice ainsi que leur motivation.

140. Une intervention moindre du juge anglais. Au Royaume-Uni, le contenu de la Convention européenne des droits de l'homme est repris par le *Human Rights Act 1998*⁸⁶⁹. Pour

⁸⁶⁵ *Ibid.*, n° 786, p. 460.

⁸⁶⁶ Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *D.*, 2005, p. 148, D. FERRIER ; *LPA*, n° 126, 2015, p. 5, J.-P. DOM et E. BACCICHETTI ; *CCC*, n° 2, 2006, comm. 26, P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E*, n° 16, 2006, 1609, P. STOFFEL-MUNCK ; *CCC*, n° 5, 2004, comm. 77, M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸⁶⁷ Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ.* V, 1999, n° 7, p. 4, *LPA*, n° 64, 1999, p. 10, B. GAURIAU ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, J.-E. RAY ; *RTD civ.*, 1999, p. 395, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1999, p. 358, J. HAUSER ; *D.*, 1999, p. 645, J.-P. MARGUÉNAUD.

⁸⁶⁸ V. *supra* n° 134.

⁸⁶⁹ *Human Rights Act 1998*, 1998 c. 42.

autant, les décisions de justice dans lesquelles les juges examinent le contenu du contrat à l'aune d'un droit fondamental sont rares. Des études théoriques ont été menées sur l'impact des droits fondamentaux sur le droit de la responsabilité civile délictuelle et le droit des contrats⁸⁷⁰ ou sur le droit privé en général⁸⁷¹, mais elles ne font pas état d'une jurisprudence sur le sujet. Un arrêt a pu être trouvé qui illustre la réticence du juge anglais à intervenir dans le contrat sur le fondement des droits fondamentaux. Dans cet arrêt de 2013⁸⁷², les juges de la *Supreme Court* se prononcèrent sur la contrariété d'un contrat de bail à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit de toute personne au respect de son domicile. Deux époux avaient signé un contrat de bail qui stipulait que si l'un des époux manifestait son intention de quitter le logement, cela emportait la même intention pour le second époux. Autrement dit, le préavis signifié par l'un des époux valait préavis du second. À la suite de leur séparation, l'épouse fit parvenir au bailleur un courrier annonçant son intention de quitter le logement. L'époux demeura dans le logement et le bailleur obtint en première instance une autorisation d'expulsion. La décision fut confirmée par la *Court of Appeal*. L'époux faisait valoir que la clause litigieuse prévoyant que le préavis signifié par l'un emportait le préavis de l'autre époux, était contraire à l'article 8 garantissant son droit au respect de son domicile. La *Supreme Court* rejeta le pourvoi pour deux raisons principales. Elle retint dans un premier temps que le preneur avait été privé de la jouissance du bien dans des circonstances et d'une manière qui étaient spécifiquement prévues dans le contrat de location de sorte que la perte de cette jouissance était le résultat d'un marché qu'il avait lui-même conclu. Dans un second temps, la *Supreme Court* nota que, pour rendre la décision d'expulsion, le juge de première instance s'était estimé convaincu que l'application du droit interne permettait au bailleur d'obtenir l'expulsion du preneur et il lui avait permis de faire valoir qu'il serait disproportionné d'autoriser son expulsion, argument qui n'avait pas convaincu le juge. La *Supreme Court* se contenta de se ranger à l'avis du jugement de première instance et conclut à l'absence de disproportion de l'atteinte au droit garanti par l'article 8. La solution donnée au litige est identique à celle donnée à un litige similaire en 1991⁸⁷³, à une époque où la question de la proportionnalité de l'atteinte de la clause litigieuse au droit au respect du domicile ne

⁸⁷⁰ Paula GILIKER, « The influence of EU and European Human Rights law on English private law », *JCLQ*, vol. 64, n° 2, 2015, p. 237.

⁸⁷¹ Gavin PHILLIPSON, « The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? », *MLR*, vol. 62, n° 6, 1999, p. 824.

⁸⁷² *Sims v. Dacorum Borough Council*, *Supreme Court of the United Kingdom*, 12 nov. 2014, [2014] 3 W.L.R. 1600.

⁸⁷³ *Hammersmith and Fulham LBC v. Monk*, *House of Lords*, 5 déc. 1991, (1992) 63 P. & C.R. 373.

s'était pas posée. La ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a pas changé la jurisprudence anglaise qui se montre assez sévère avec le preneur qui, dans les deux arrêts, faisait face à un bailleur personne publique. L'argument qui consiste à retenir que le preneur est entré librement dans le contrat prévoyant la clause susceptible de le priver de la jouissance du bien sans action de sa part est particulièrement inflexible. Le contrat de bail n'a certainement pas fait l'objet d'une négociation libre des stipulations contractuelles entre les parties. Or c'est précisément ce déséquilibre de forces de négociation qui sous-tend les décisions de justice française en la matière : de la même façon qu'un salarié n'est en mesure d'exiger une contrepartie à la clause de non-concurrence au moment de la conclusion du contrat de travail rédigé unilatéralement par l'employeur⁸⁷⁴, le preneur ne négocie pas le contenu du contrat de bail. L'argument de la liberté contractuelle retenu par les juges anglais, du juge de première instance à la *Supreme Court* est très peu réaliste. L'absence vraisemblable de négociations des stipulations contractuelles est un indice de la disproportion de l'atteinte au droit fondamental. En se plaçant du point de vue de la liberté contractuelle et en réfléchissant en termes de jouissance du bien, les juges anglais retiennent une approche très patrimoniale du droit au respect du domicile, peu représentative de la logique des droits fondamentaux. Cela contraste avec l'approche des juges français qui distinguent les intérêts extrapatrimoniaux des intérêts patrimoniaux et privilégient les premiers par rapport aux seconds⁸⁷⁵.

Si le juge anglais n'est pas indifférent à la moralisation du droit des contrats, il se montre tout de même moins prompt à intervenir que le juge français, tant sur le fondement du droit interne à travers la notion de *public policy* que sur le fondement des droits fondamentaux. Cette retenue se reflète également dans la divergence de sanctions de l'illicéité du contrat entre le droit français et le droit anglais.

Section 2 – Des sanctions divergentes de l'illicéité du contenu du contrat

141. Deux approches distinctes. Au stade où le contrat n'a pas été exécuté, la sanction de l'illicéité du contrat réside par principe, en droit français comme en droit anglais, dans l'absence d'effets juridiques du contrat litigieux (§ 1). Cependant, cette privation d'effets juridiques se comprend différemment en droit français et en droit anglais lorsque le contrat a

⁸⁷⁴ V. *supra* n° 136.

⁸⁷⁵ V. *supra* n° 134.

été exécuté. Le retour au *statu quo ante*, par le biais notamment des restitutions, constitue la solution de principe du droit français alors qu'il est écarté en droit anglais (§ 2).

§ 1 – La sanction commune de l'absence d'effets juridiques du contrat illicite

142. Une privation d'effets distributive. En France comme en Angleterre, lorsque le contrat contrevient à l'ordre public par son objet, c'est l'ensemble du contrat que le juge déclarera privé d'effets (A). En revanche, lorsque le contrat déroge à l'ordre public seulement par certaines de ses stipulations, seules les clauses illicites seront privées d'effets juridiques (B).

A) L'absence d'effets juridiques du contrat illicite en France et en Angleterre

143. Une sanction relative. Il revient en principe au juge de constater l'illicéité du contrat et d'en déduire l'absence d'effets juridiques produits par celui-ci (1). Cependant, dans certains cas, la partie protégée par la règle d'ordre public peut renoncer à la protection édictée par le droit de telle sorte que le contrat produira ses effets juridiques (2).

1) Une absence d'effets constatée par le juge français et le juge anglais

144. Deux sanctions de nature différentes. La sanction du contrat illicite en droit français et la sanction du contrat illicite en droit anglais aboutissent à une absence d'effets juridiques du contrat illicite mais elles ne jouent pas au même stade de la vie du contrat. Lorsque le contrat est illicite, le juge français prononce la nullité du contrat affecté d'un défaut de formation et dépourvu d'effets juridique (a). Le juge anglais prononce l'*unenforceability* du contrat. Cette sanction ne concerne pas la validité du contrat ; il s'agit pour le juge d'intervenir seulement au stade de l'exécution et de déclarer le contrat privé d'effets juridiques (b).

a) Le prononcé de la nullité du contrat par le juge français

145. La sanction de la nullité. L'alinéa premier de l'article 1178 du Code civil dispose : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Le texte consacre ainsi une possibilité pour les parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat, ce qui est une innovation de la réforme du 10 février 2016. En pratique, il est peu probable que cette hypothèse se réalise régulièrement, car il y a de fortes chances pour que la validité soit contestée par un seul des contractants. Hormis ce cas de constatation mutuelle de

la nullité par les parties, l'acte nul a vocation à être anéanti rétroactivement⁸⁷⁶ par le juge à la demande d'une des parties. Il arrive que le législateur précise que la violation d'une règle sera sanctionnée par la nullité. Par exemple, l'article 1322 du Code civil dispose explicitement que « [la] cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». En l'absence de précision figurant dans le texte législatif, la Cour de cassation a plusieurs fois rappelé que la sanction de principe du contrat illicite est sa nullité⁸⁷⁷. La nullité du contrat constitue la « sanction naturelle de l'ordre public et des bonnes mœurs »⁸⁷⁸. Il faut noter que lorsqu'une liberté fondamentale est bafouée par une clause contractuelle, la sanction est la nullité absolue de cette clause même en l'absence de tout texte⁸⁷⁹. Si l'ordre public rassemble les règles dont le respect est indispensable à la vie en société, il paraît cohérent que les conventions conclus en violation de ces règles soient privées d'effets dès leur conclusion. Cela revient à donner plein effet à la notion d'ordre public⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ L'anéantissement rétroactif signifie que « les choses [sont] remises en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation de l'acte », cf. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 577, p. 669. V. *infra* nos 162s sur le retour des contractants au *statu quo ante*.

⁸⁷⁷ Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ.* III, 2018, n° 73, *RTD civ.*, 2018, p. 647, H. BARBIER ; *RTD civ.*, 2018, p. 661, H. BARBIER ; *LEDIU*, n° 8, 2018, p. 5, B. DERRAR ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2018, p. 33, C. BERLAUD ; *Constr. – Urb.*, n° 9, 2018, comm. 126, C. SIZAIRE ; *JCP E*, n° 27, 2018, act. 543.

⁸⁷⁸ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 300, p. 272.

⁸⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ.* I, 2010, n° 118 ; *JA*, 2010, n° 423, p. 14, D. LEROY ; *RTD com.*, 2012, p. 510, J. MONÉGER ; *D.*, 2011, p. 1786, P. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI*, 2010, p. 800, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 182, J.-F. BARBIÈRI ; *BJS*, n° 9, 2010, p. 727, R. LIBCHABER ; *Gaz. Pal.*, n° 198, 2010, p. 28, J.-D. BARBIER ET C.-É. BRAULT ; *LEDC*, n° 7, 2010, p. 4, G. PILLET ; *Gaz. Pal.*, n° 154, 2010, p. 26, C. BERLAUD ; *LPA*, n° 102, 2011, p. 6, G. PIGNARRE, S. PIMONT, H. CLARET, V. FORRAY, O. GOUT, L. CLERC-RENAUD ; *RDC*, n° 1, 2011, p. 169, C. GRIMALDI ; *RDC*, n° 4, 2010, p. 1185, C. PÉRÈS ; *Loyers et Copr.*, n° 7-8, 2010, comm. 195, E. CHAVANCE ; *JCP E*, n° 30-33, 2010, 1692, J. RAYNAUD ; *JCP G*, n° 38, 2010, act. 925, F. PLANCKEEL ; *JCP E*, n° 46, 2010, 1993, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁸⁸⁰ Cependant, la nullité du contrat contraire à l'ordre public n'est pas une solution systématique en droit français. Quoiqu'il s'agisse de la sanction privilégiée, il arrive aussi que les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, choisissent de sanctionner le contrat qui méconnaît une règle d'ordre public par son inopposabilité, c'est-à-dire la « caractéristique d'un acte que les tiers peuvent tenir pour inexistant et ne produisant aucun effet à leur égard », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 582. C'est le cas par exemple en matière de cession de parts sociales au sein d'une société en nom collectif. Initialement, la Cour de cassation sanctionnait l'absence de consentement de l'ensemble des associés à la cession de parts par la nullité relative de l'acte de cession que seule la société ou les associés peuvent invoquer, quelle que soit la nature de la société en question. V. dans une SNC : Com., 24 nov. 2009, n° 08-17708, inédit, *D.*, 2009, p. 2932 ; *Dr. sociétés*, n° 3, 2010, comm. 49, M. ROUSSILLE. Dans une SARL : Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ.* IV, 2014, n° 17, *D. actu.*, 31 janv. 2014, A. LIENHARD ; *D.*, 2014, p. 2434, J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 437, note A. LECOURT ; *LEDC*, n° 3, 2014, p. 7, M. CAFFIN-MOI ; *BJS*, n° 4, 2014, p. 250, B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.*, n° 126, 2014, A.-F. ZATTARA-GROS ; *Dr. sociétés*, n° 4, 2014, comm. 64, D. GALLOIS-COCHET ; *JCP E*, n° 42, 2014, 1515, n° 4, M. CAFFIN-MOI ; *JCP E*, n° 18, 2014, 1224, B. DONDERO. Puis, la Cour de cassation modifia sa jurisprudence et rejeta le pourvoi fondé sur la nullité de l'acte, v. Com., 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ.* IV, 2018, n° 56, *RTD com.*, 2018, p. 707, A. LECOURT ; *D.*, 2018, p. 1421, D. SCHMIDT ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 332, E. GUÉGAN ; *RTD civ.*, 2018, p. 886, H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 2056, E. LAMAZEROLLES ; *LPA*, n° 228, 2018, p. 7, D. GIBIRILA ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2018, p. 54, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2018, p. 79, A. DALION ; *BJS*, n° 7-8, 2018, p. 422, J.-F. BARBIÈRI ;

146. L'expansion jurisprudentielle de la sanction de la nullité. La Cour de cassation a étendu la sanction de la nullité à de nombreux cas pour lesquels la nullité n'était pas explicitement prévue. Il est possible de citer plusieurs exemples. Dans un arrêt de 2013⁸⁸¹, la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel ayant refusé de prononcer la nullité de la vente d'un fichier de clientèle non déclaré à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés⁸⁸² car « *la loi n'a pas prévu que l'absence d'une telle déclaration soit sanctionnée par la nullité* ». La Cour de cassation censura la décision pour violation de l'article 1128 du Code civil et de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁸⁸³, au motif que « *ce fichier qui, n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, avait un objet illicite* ». De la même façon, dans un arrêt de 2009⁸⁸⁴, la Haute juridiction eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel ayant refusé de prononcer la nullité d'un bail à ferme conclu en méconnaissance de l'article L. 411-15 du Code rural et de la pêche maritime. Cette disposition impose au bailleur, lorsqu'il est une personne de droit public, de donner les parcelles à bail en priorité aux agriculteurs exploitant ces parcelles mais ne prévoit pas explicitement la nullité du bail qui ne respecterait pas cette règle. La Cour de cassation censura pourtant la décision des juges du fond pour violation de l'article L. 411-15 du Code rural et de l'article 6 du Code civil, au motif que « *la violation de l'obligation d'ordre public imposée au bailleur, personne morale de droit public, de réserver aux exploitants agricoles mentionnés à l'article L. 411-15 du code rural une priorité lorsqu'elle donne en location des*

Dr. sociétés, n° 7, 2018, alerte 46 ; *JCP N*, n° 24, 2018, act. 538 ; *JCP E*, n° 23, 2018, 1293 ; *JCP E*, n° 22, 2018, act. 431 ; *JCP G*, n° 23, 2018, act. 645, C. BARRILLON ; *Dr. sociétés*, n° 8 – 9, 2018, comm. 142, C. COUPET ; *JCP E*, n° 28, 2018, 1374, B. DONDERO. Elle retint que « *le défaut d'agrément unanime des associés à la cession des parts sociales d'une société en nom collectif n'entraîne pas la nullité de la cession, laquelle est seulement inopposable à la société et aux associés* ». L'al. premier de l'art. L. 221-13 du C. de commerce dispose que « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés* », et le second al. précise que « *Toute clause contraire est réputée non écrite* ». La disposition est bien d'ordre public puisqu'il est interdit d'y déroger par convention, mais la sanction retenue est celle de l'inopposabilité de l'acte de cession aux tiers alors même que le texte ne prévoit pas une telle sanction.

⁸⁸¹ Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Légipresse*, 2013, p. 459 ; *JA*, 2013, n° 485, p. 13 R. FIEVET ; *D.*, 2013, p. 1867, G. BEAUSSONIE ; *RTD civ.*, 2013, p. 595, H. BARBIER ; *D.*, 2013, p. 1844, P. STORRER ; *RDC*, n° 1, 2014, p. 119, J. ROCHFELD ; *LPA*, n° 249, 2013, p. 8, A. AYEWOUDAN ; *Gaz. Pal.*, n° 283, 2013, D. HOUTCIEFF ; *LEDC*, n° 8, 2013, p. 7, G. PILLET ; *Gaz. Pal.*, n° 260, 2013, B. DONDERO ; *Gaz. Pal.*, n° 185, 2013, C. BERLAUD ; *JCP E*, n° 29, 2013, 1422, J.-B. SEUBE ; *Comm. com. électr.*, n° 9, 2013, comm. 90, G. LOISEAU ; *JCP G*, n° 37 2013, act. 930, A. DEBET ; *Rev. jurid. l'écon. publique*, n° 717, 2014, comm. 12, S. GAUDEMET.

⁸⁸² Autorité administrative indépendante chargée de veiller à la protection des données personnelles contenues dans les fichiers et traitements informatiques ou papiers, aussi bien publics que privés, cf. [En ligne] <https://linc.cnil.fr/fr> (page consultée le 13/02/2023)

⁸⁸³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* du 7 janv. 1978.

⁸⁸⁴ Civ. 3^{ème}, 10 juin 2009, n° 08-15533, *Bull. civ. III*, 2009, n° 138, *Gaz. Pal.*, n° 321, 2009, p. 11 ; *JCP G*, 2009, 273, Y.-M. SERINET ; *JCP N*, n° 26, 2009, act. 481 ; *RD rur.*, n° 375, 2009, comm. 122, P. YOLKA ; *JCP G*, n° 39, 2009, 273, Y.-M. SERINET.

biens ruraux est sanctionnée par la nullité du bail ». Enfin, dans un arrêt de 2004⁸⁸⁵, la Cour de cassation eut à se prononcer sur un contrat de vente de meubles qui n'avaient pas été étiquetés par le vendeur professionnel conformément aux articles 2 et 5 du décret n° 86-583 du 14 mars relatif aux produits d'ameublement⁸⁸⁶. La cour d'appel avait refusé de prononcer la nullité du contrat car elle n'était pas prévue par le décret. La Cour de cassation censura la décision pour violation, par refus d'application, du décret relatif aux produits d'ameublement et de l'article 6 du Code civil. Ces décisions remettent en question la force de l'adage « *pas de nullité sans texte* ».

147. Le recul de l'adage « *Pas de nullité sans texte* ». L'expansion de la sanction de la nullité du contrat⁸⁸⁷ pour contrariété à l'ordre public marque un très net recul de l'adage « *pas de nullité sans texte* ». Cet adage fait écho à la règle pénale *nulla poena sine lege*⁸⁸⁸ selon laquelle il ne peut y avoir de sanction pénale sans loi qui la prévoit expressément. De la même façon, la nullité du contrat ne pourrait être prononcée par le juge que si elle a été expressément prévue par le législateur. Il s'agit alors d'une nullité textuelle. Cet adage « *consacre un ordre public textuel qui impose que les causes de nullité des actes juridiques soient précisément prévues par un texte* »⁸⁸⁹. Certaines dispositions civiles sont inspirées de cet adage. C'est le cas de l'article 114 du Code de procédure civile qui dispose qu'un acte de procédure ne peut être déclaré nul que si cette sanction est expressément prévue par la loi. L'article 1844-10 du Code civil opère de façon similaire car il prévoit que la nullité de la société ne peut résulter que de la violation de certaines dispositions limitativement énumérées. Enfin, l'article L. 235-1 du Code de commerce impose que la nullité de la société commerciale ou d'un acte modifiant les statuts soit prévue explicitement par le Code de commerce ou les lois relatives aux contrats. L'objectif de ces dispositions inspirées de cet adage est de limiter le pouvoir créateur du juge et d'empêcher la prolifération de nullités virtuelles⁸⁹⁰, par opposition aux nullités textuelles, fin

⁸⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *JCP E*, 2005, 1145, A. CONSTANTIN ; *JCP G*, 2005, 145, A. CONSTANTIN ; *RTD civ.*, 2005, p. 389, J. MESTRE ; *RTD com.*, 2005, p. 585, B. BOULOC ; *D.*, 2005, p. 75, C. RONDEY ; *LPA*, n° 178, 2005, p. 16, E. BAZIN ; *RDC*, n° 2, 2005, p. 323, D. FENOUILLET ; *JCP G*, n° 22, 2005, I 141, J. GHESTIN ; *JCP E*, n° 30, 2005, 1145, A. CONSTANTIN ; *JCP G*, n° 47, 2005, II 10160, N. RZEPECKI.

⁸⁸⁶ Décret n° 86-583 du 14 mars 1986 portant application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation en ce qui concerne les produits d'ameublement, *JORF* du 19 mars 1986.

⁸⁸⁷ Cette expansion se remarque également dans le contentieux relatif à la nullité pour contrariété du contrat à une liberté fondamentale, v. *infra* n° 136 sur la nullité des clauses de non-concurrence dépourvue de contrepartie.

⁸⁸⁸ Valérie MALABAT, « Pas de nullité sans texte... civil », *RDC*, n° 1, 2018, p. 160.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 159.

⁸⁹⁰ Alexis POSEZ, « Pas de nullité sans texte : Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », *RDC*, n° 1, 2018, n° 5, p. 164.

que soient respectées les prévisions des parties. En réalité, l'adage ne peut s'appliquer que de façon marginale en droit des contrats⁸⁹¹ car la nullité est la sanction de principe des règles de formation des contrats⁸⁹². En ce qui concerne plus précisément l'ordre public, pour donner plein effet à l'article 6 du Code civil qui dispose qu'« [on] ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », il est nécessaire d'imposer la nullité du contrat qui emporte son absence d'effet juridique. À défaut, l'on pourrait déroger, par des conventions contraires, à l'ordre public. L'essor de l'ordre public judiciaire a effectivement donné lieu à la multiplication des nullités virtuelles puisque « la violation de l'ordre public constitue une cause autonome de nullité »⁸⁹³. Toutefois, les nullités du contrat doivent pouvoir être virtuelles, c'est-à-dire dégagées par le juge, dès lors que le contrat enfreint une règle prévue pour sa formation. Non seulement la notion d'ordre public, critère du contenu licite du contrat, est largement entendue en droit positif français⁸⁹⁴, mais le juge est en outre libre, sauf dispositions contraires, de sanctionner le manquement à l'ordre public par une nullité virtuelle. Il s'agit cependant d'une sanction à deux vitesses de l'ordre public puisqu'il existe deux types de nullité obéissant à des régimes juridiques différents : une nullité dite absolue et une nullité dite relative.

148. La nullité d'ordre public, une nullité absolue ? La théorie classique des nullités⁸⁹⁵ reposait sur une distinction entre une nullité absolue et une nullité relative selon l'importance de la condition de formation méconnue par le contrat litigieux. S'il manque une condition de validité, la nullité sera absolue ; si les conditions sont réunies mais que l'une d'elles présentent un défaut, la nullité sera relative⁸⁹⁶. À ce titre, la cause illicite était considérée comme un manquement grave à une condition de formation et était frappée de nullité absolue⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ Antoine GOUËZEL, « Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs. – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 24 oct. 2018, n° 51 : « La règle “pas de nullité sans texte” ne s'applique pas en droit commun des contrats ».

⁸⁹² Art. 1178 C. civil : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ».

⁸⁹³ Armand DADOUN, « Le spectre de l'adage “pas de nullité sans texte” en droit des contrats », *RDC*, n° 1, 2016, n° 5, p. 140.

⁸⁹⁴ V. *supra* n° 124.

⁸⁹⁵ Charles MORTET, *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, Paris : Typographie Lahure, 1878.

⁸⁹⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 140, p. 159.

⁸⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Rev. sociétés*, 2015, p. 306, J.-J. DAIGRE ; *Gaz. Pal.*, n° 190, 2015, p. 17, D. HOUTCIEFF ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 226, Y.-M. LAITHIER ; *BJS*, n° 2, 2015, p. 78, J.-F. BARBIÈRI ; *Gaz. Pal.*, n° 29, 2015, p. 22, C. BERLAUD ; *Dr. soc.*, n° 4, 2015, comm. 69, M. ROUSSILLE ; *JCP G*, n° 12, 2015, act. 326, H. HOVASSE ; *JCP E*, n° 7, 2015, 1084, B. BRIGNON : la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir retenu la nullité absolue de la convention d'entrée d'une société de commissariat aux comptes au capital d'une SELAR au motif que l'art. 5 de la loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, imposait que plus de la moitié du capital social et des droits de vote d'une

La théorie classique a longtemps emporté l'adhésion de la jurisprudence⁸⁹⁸ alors même que la doctrine se ralliait depuis longtemps à la théorie moderne adoptant comme critère de distinction la finalité de la règle méconnue par le contrat⁸⁹⁹. La jurisprudence a progressivement adopté la théorie moderne des nullités⁹⁰⁰. Cette théorie fut ensuite consacrée par la réforme des contrats

SELARL d'avocats soit détenue par des professionnels en exercice au sein de la société ce qui n'était pas le cas en l'espèce car l'activité de commissaire aux comptes n'était pas une profession de conseil juridique.

⁸⁹⁸ V. par ex. : Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ.* IV, 2007, n° 226, *D.*, 2008, p. 954, G. CHANTEPIE ; *AJDI*, 2008, p. 795, F. COHET-CORDEY ; *RTD com.*, 2008, p. 408, B. BOULOC ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 234, T. GENICON ; *LPA*, n° 26, 2008, p. 6, D. HOUTCIEFF ; *BJS*, n° 2, 2008, p. 90, A. COURET ; *Deffrénois*, n° 24, 2007, p. 1729, R. LIBCHABER ; *CCC*, n° 3, 2008, 65, L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 9, 2008, comm. 1281, H. LÉCUYER ; *JCP G*, n° 6, 2008, 10024, N. ROGET ; *Dr. des soc.*, n° 12, 2007, comm. 209, H. LÉCUYER ; *JCP G*, n° 47, 2007, 3123, M.-C. ROUAULT ; *JCP E*, n° 48, 2007, 2476 ; *JCP N*, n° 46, 2007, act. 727 : en vertu de l'art. 1591 du C. civil, le prix sérieux est une condition essentielle du contrat de vente et son absence ouvre droit à une action en nullité absolue qui se prescrit par 30 ans.

⁸⁹⁹ F. DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités, étude de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1902 ; Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937 ; René JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Paris : Arthur Rousseau (éd.), 1909 ; Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, t. 101, LGDJ, coll. BDP, 1969 ; Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, t. 218, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992 ; Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, t. 376, LGDJ, coll. BDP, 2002.

⁹⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n° 03-10766, *Bull. civ.* I, 2004, n° 216, p. 181, *Gaz. Pal.*, n° 68, 2005, p. 17, *Dr. famille*, n° 11, 2004, comm. 206, B. BEIGNIER : dans le cas d'un acte de partage, « l'inclusion d'un bien propre à l'un des héritiers dans la masse à partager est de nature à entraîner la nullité d'un acte de partage pour absence de cause » mais cette nullité est « protectrice du seul intérêt particulier de l'un des cocontractants » et est donc relative. Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n° 11-21980, inédit, *AJDI*, 2013, p. 540, S. PORCHERON ; Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ.* III, 2018, p. 401, *RDI*, 2018, p. 600, O. TOURNAFOND et J.-P. TRICOIRE ; *RTD civ.*, 2018, p. 886, H. BARBIER ; *Gaz. Pal.*, n° 43, 2018, p. 56, V. ZALEWSKI-SICARD ; *Gaz. Pal.*, n° 36, 2018, p. 38, C. BERLAUD ; *LEDIU*, n° 11, 2018, p. 1, É. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK ; *LPA*, n° 245, 2019, p. 9, P.-L. NIEL et M. MORIN ; *Deffrénois*, n° 3, 2019, p. 34, H. LÉCUYER ; *Deffrénois*, n° 35, 2019, p. 33, H. PÉRINET-MARQUET ; *Flash Deffrénois*, n° 43-44, p. 15 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2019, comm. 10 ; *JCP N*, n° 43-44, 2018, 1327, V. ZALEWSKI-SICARD ; *JCP G*, n° 48, 2018, doct. 1259, J. GHESTIN ; *Constr. – Urb.*, n° 12, 2018, comm. 177, C. SIZAIRE ; Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ.* III, 2018, n° 33, p. 29, *RTD com.*, 2018, p. 317, B. SAINTOURENS ; *RTD civ.*, 2018, p. 886, H. BARBIER ; *Deffrénois*, n° 14, 2018, p. 8 ; *Flash Deffrénois*, n° 14, 2018, p. 6 ; *Gaz. Pal.*, n° 15, 2018, p. 38, C. BERLAUD ; *LPA*, n° 131, 2018, p. 7, C. GAMALEU KAMENI ; *Gaz. Pal.*, n° 26, 2018, p. 50, C.-E. BRAULT ; *JCP N*, n° 14, 2018, act. 368 ; *JCP E*, n° 14, 2018, act. 266 ; *JCP E*, n° 37, 2018, 1279, J. MONÉGER ; *JCP G*, n° 27, 2018, doct. 782, Y.-M. SERINET ; *JCP E*, n° 24, 2018, 1319, J. MONÉGER ; *Loyers et copr.*, n° 5, 2018, comm. 125 P.-H. BRAULT ; nullité absolue du contrat qui méconnaît les art. L. 144-3 et L. 144-10 du C. commerce relatifs au contrat de location-gérance. La ch. commerciale de la Cour de cassation fut la dernière à se rallier à la théorie moderne des nullités : Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ.* IV, 2016, n° 50, p. 59, *D.*, 2016, p. 1037, S. TRÉARD ; *D.*, 2017, p. 375, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2016, p. 343, H. BARBIER ; *RTD com.*, 2016, p. 317, B. BOULOC ; *Gaz. Pal.*, n° 15, 2016, p. 35, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 5, 2016, p. 1, M. CAFFIN-MOI ; *Gaz. Pal.*, n° 17, 2016, p. 23, D. HOUTCIEFF ; *LPA*, n° 93, 2016, p. 10, P. BATTISTINI ; *Gaz. Pal.*, n° 19, 2016, p. 76, J.-M. MOULIN ; *BJS*, n° 7, 2016, p. 377, H. BARBIER ; *RDC*, n° 3, 2016, p. 481, L. SAUTONIE-LAGUIONIE et G. WICKER ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2016, p. 24, D. HOUTCIEFF ; *Dr. sociétés*, n° 7, 2016, comm. 120, R. MORTIER ; *CCC*, n° 6, 2016, comm. 136, L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 18, 2016, 1251, N. DISSAUX ; *JCP G*, n° 16, 2016, act. 458 ; *JCP N*, n° 15, 2016, act. 529 ; *JCP E*, n° 15, 2016, 1222 : « l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendait qu'à la protection des intérêts privés des cédants » ; Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ.* IV, 2018, n° 56, *RTD com.*, 2018, p. 707, A. LECOURT ; *D.*, 2018, p. 1421, D. SCHMIDT ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 332, E. GUÉGAN ; *RTD civ.*, 2018, p. 886, H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 2056, E. LAMAZEROLLES ; *LPA*, n° 228, 2018, p. 7, D. GIBIRILA ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2018, p. 54, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2018, p. 79, A. DALION ; *BJS*, n° 7-8, 2018, p. 422, J.-F. BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, n° 7, 2018, alerte 46 ; *JCP N*, n° 24, 2018, act. 538 ; *JCP E*, n° 23, 2018, 1293 ; *JCP E*, n° 22, 2018, act. 431 ; *JCP G*, n° 23, 2018, act. 645, C. BARRILLON ; *Dr. sociétés*, n° 8 – 9, 2018, comm. 142, C. COUPET ; *JCP E*, n° 28,

opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 puisque le nouvel article 1179 du Code civil dispose : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* ». La divergence de régimes a plusieurs conséquences. Elle concerne d'abord les titulaires de l'action en nullité. Lorsque la nullité est absolue, tout intéressé pourra saisir le juge afin de demander la nullité dans un délai de cinq ans⁹⁰¹. Lorsque la nullité est relative, seule la personne dont l'intérêt privé est protégé par la disposition d'ordre public pourra faire cette demande dans un délai de 5 ans⁹⁰².

149. La détermination de l'intérêt protégé. Selon la théorie classique des nullités, la sanction de l'ordre public était celle de la nullité absolue car la méconnaissance de règles essentielles au bon fonctionnement de la société constituait un « *vice grave* »⁹⁰³. Selon la théorie moderne des nullités, il serait possible de considérer que la sanction de la méconnaissance d'une règle d'ordre public ne peut être sanctionnée que par la nullité absolue puisqu'une règle d'ordre public par définition protège l'intérêt général. La nullité d'ordre public serait, dans cette nouvelle conception également, nécessairement une nullité absolue. Or la solution est loin d'être aussi évidente car certaines règles d'ordre public semblent avoir pour objet la protection d'un intérêt privé plus que la protection de l'intérêt général, tel que par exemple le droit de la consommation. La question se pose de savoir comment le juge détermine la nature de l'intérêt protégé. Une réponse peut être trouvée dans la distinction entre, d'une part, l'ordre public politique et l'ordre public économique de direction, et d'autre part, l'ordre public économique de protection⁹⁰⁴. Seule la méconnaissance de dispositions qui relèvent de l'ordre public politique et de l'ordre public économique de direction donneraient lieu à une nullité absolue du contrat car ces branches de l'ordre public visent à protéger l'intérêt général, au contraire de l'ordre public économique de protection qui protège l'intérêt d'un contractant faible.

Il revient aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de déterminer si une disposition protège un intérêt privé ou l'intérêt général. Ce nouveau critère a donné lieu à d'importants revirements de jurisprudence de la part de la Cour de cassation. Par exemple, la

2018, 1374, B. DONDERO : « *le défaut d'agrément unanime des associés à la cession des parts sociales d'une société en nom collectif n'entraîne pas la nullité de la cession* ».

⁹⁰¹ Art. 2224 C. civil.

⁹⁰² Art. 1181 C. civil.

⁹⁰³ Jean HAUSER, Jean-Jacques LEMOULAND, et Gaël PIETTE, « *Ordre public et bonnes mœurs* », in *Rép. civ.*, fév. 2019, (actu. sept. 2022), n° 198.

⁹⁰⁴ V. *supra* n° 119.

Haute juridiction jugeait que donnait lieu à une nullité absolue du contrat de mandat la méconnaissance des dispositions régissant les activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce⁹⁰⁵ et imposant le respect d'un certain formalisme dans la rédaction des conventions rédigées par les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui. Le contrat de mandat donné à un agent immobilier pouvait donc être frappé de nullité absolue que l'assureur du mandataire était en mesure de soulever⁹⁰⁶. Dans un arrêt de 2017⁹⁰⁷, la chambre mixte de la Cour de cassation opéra une modification de la jurisprudence en invoquant le nouveau critère de distinction des nullités posé par le nouvel article 1179 du Code civil. Dans cette affaire, un agent immobilier avait délivré un congé au locataire d'un local à usage d'habitation qui constituait sa résidence principale car le bailleur souhaitait vendre. Dans un tel cas, le mandat reçu par l'agent immobilier doit obéir au formalisme imposé par les dispositions régissant les activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce. La Cour retint que ces dispositions ayant pour objectif la protection des seuls intérêts du propriétaire de telle sorte que leur méconnaissance ne pouvait être sanctionnée que par une nullité relative. Il ressort de la jurisprudence que la nullité relative est de plus en plus souvent prononcée à l'égard des contrats méconnaissant des règles d'ordre public.

150. Le glissement vers une nullité relative. À première vue, il semble étonnant de parler d'une nullité « relative » dans le contentieux de l'ordre public qui, par essence, transcende les intérêts privés et concerne la société dans son ensemble⁹⁰⁸. Il a pourtant été

⁹⁰⁵ Il s'agit de la loi n° 70-9 du 2 janv. 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, *JORF* du 4 janv. 1970, et du décret n° 72-678 du 20 juill. 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, *JORF* du 22 juill. 1972.

⁹⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 25 fév. 2003, n° 01-00461, inédit. Cette jurisprudence était constante, v. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n° 07-21610, *Bull. civ.* III, 2009, n° 80, *RTD com.*, 2009, p. 801, B. BOULOC ; *AJDI*, 2009, p. 890, M. THIOYE ; *Gaz. Pal.*, n° 265, 2009, p. 10 ; *LEDC*, n° 6, 2009, p. 2, O. DESHAYES ; *JCP G*, n° 21, 2009, IV 1836 ; *JCP N*, n° 18, 2009, act. 339 ; *JCP E*, n° 18, 2009, 1447 ; Civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 02-16046, *Bull. civ.* I, 2005, n° 363, p. 302, *RTD com.*, 2006, p. 471, B. BOULOC ; *Gaz. Pal.*, n° 115, 2006, p. 18 ; *JCP E*, n° 48, 2005, 1735 ; *JCP G*, n° 46, 2005, IV 3470 ; *Loyers et copr.*, n° 2, 2006, comm. 26, B. VIAL-PEDROLETTI.

⁹⁰⁷ Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *D.*, 2017, p. 793, B. FAUVARQUE-CAUSSON ; *D.*, 2017, p. 1149, N. DAMAS ; *D.*, 2018, p. 371, M. MEKKI ; *AJDI*, 2017, p. 612, M. THIOYE ; *AJDI*, 2018, p. 11, H. JÉGOU ; *RTD civ.*, 2017, p. 377, H. BARBIER ; *AJ contrat*, 2017, p. 175, D. HOUTCIEFF ; *RDC*, n° 3, 2017, p. 415, T. GENICON ; *Gaz. Pal.*, n° 10, 2017, p. 37, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 4, 2017, p. 1, M. LATINA ; *LEDIU*, n° 4, 2017, p. 1, M.-L. BESSON ; *Gaz. Pal.*, n° 15, 2017, p. 33, D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.*, n° 19, 2017, p. 71, M. PARMENTIER ; *Defrénois*, n° 18, 2017, p. 36, J.-B. SEUBE ; *JCP G*, n° 12, 2017, doct. 325, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 12, 2017, act. 306, G. PIGNARRE ; *JCP N*, n° 23, 2018, 1200, S. PIÉDELIEVRE ; *CCC*, n° 5, Mai 2017, comm. 93, L. LEVENEUR ; *Constr. – Urb.*, n° 4, 2017, repère 4, H. PÉRINET-MARQUET.

⁹⁰⁸ V. *supra* n°s 115s.

observé que la nullité relative du contrat est régulièrement retenue comme sanction de la méconnaissance des dispositions d'ordre public⁹⁰⁹. Certains contentieux résistent à cette expansion de la nullité relative du contrat. Il s'agit notamment de l'ordre public fiscal⁹¹⁰ ou encore des ventes conclues en violation de la réglementation du crédit⁹¹¹. Il en va de même en matière d'engagements perpétuels⁹¹² ce qui se justifie parce que se lier à perpétuité nuit à l'utilité sociale du contrat qui doit permettre la libre circulation des biens⁹¹³. Enfin, après une hésitation jurisprudentielle⁹¹⁴, la Cour de cassation jugea que les clauses d'indexation irrégulières devaient également sanctionnées par la nullité absolue⁹¹⁵.

En revanche, de nombreux contentieux ayant trait à l'ordre public sont profondément marqués par le développement de la nullité relative. C'est le cas notamment en droit du travail, qui correspond à un ordre public de protection du salarié. Par exemple, la clause de non-concurrence qui ne comporte pas de limitation temporelle est frappée d'une nullité relative dont ne peut se prévaloir l'employeur⁹¹⁶. Il va de même pour la transaction conclue avant la notification du licenciement au salarié car la loi qui prévoit que le salarié ne peut renoncer par avance aux règles régissant le licenciement a été édictée dans le seul intérêt du salarié⁹¹⁷. Les clauses couperets prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail dès que le salarié atteint l'âge stipulé⁹¹⁸ sont contraires aux dispositions relatives à la résiliation du contrat de

⁹⁰⁹ Rémy LIBCHABER, « Pour la nullité absolue - même en matière de formalisme ! », *D.*, 2013, p. 1113, note sous Com., 5 fév. 2013, n° 12-11720, *Bull. civ.* IV, 2013, n° 20.

⁹¹⁰ Civ. 3^{ème}, 7 juill. 1982, n° 81-13361, *Bull. civ.* III, 1982, n° 176 : l'inobservation de la règle d'ordre public prévue par l'ancien art. 1840-A du C. général des impôts ne peut être couverte par la renonciation ce qui correspond au régime d'une règle d'ordre public sanctionnée par la nullité absolue.

⁹¹¹ Com., 3 oct. 1972, n° 71-10925, *Bull. civ.* IV, 1972, n° 227, p. 220, *D.*, 1974, p. 239, J. GHESTIN ; Com., 1^{er} mars 1983, n° 81-14640, *Bull. civ.* IV, 1983, n° 93.

⁹¹² Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ.* III, n° 242, *RTD civ.*, 2000, p. 568, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2001, p. 167, CRDP Nancy II.

⁹¹³ Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, coll. BDP, n° 586, p. 359. Il s'agit également d'une atteinte à la liberté individuelle de contracter ce qui n'empêche pas de faire prévaloir l'objectif de sauvegarde de l'intérêt général, cf. *infra* n° 151.

⁹¹⁴ CA Amiens, 9 déc. 1974, *D.*, 1975, p. 772, P. MALAURIE ; *JCP*, 1975, II, 18135, note J.-P. LÉVY ; CA Toulouse, 5 mars 1975, *D.*, 1975, p. 772, P. MALAURIE ; *JCP*, 1975, II, 18035, note PICARD ; TGI Albi, 13 juill. 1973, *JCP* 1973, II, 17579, note PICARD ; *RTD Civ.*, 1974, p.167, G. CORNU.

⁹¹⁵ Com., 3 nov. 1988, n° 87-10043, *Bull. civ.* IV, 1988, n° 287 p. 196, *D.*, 1989, p. 93, P. MALAURIE ; *D.*, 1989, p. 234, J.-L. AUBERT. V. la décision subséquente de la CA Lyon, statuant sur renvoi après cassation et prononçant la nullité absolue de la clause : CA Lyon, 1^{ère} et 2^{ème} ch., 9 juill. 1990, *D.*, 1991, p. 47, P. MALAURIE.

⁹¹⁶ Soc., 7 mai 1981, n° 78-14821, *Bull. civ.* V, 1981, n° 387.

⁹¹⁷ Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ.* V, 2002, n° 182, p. 180, *D.*, 2003, p. 1464, A. DEVERS ; *RTD civ.*, 2003, p. 86, J. MESTRE ET B. FAGES ; *D.*, 2002, p. 3116, A. POUSSON ; *Droit social*, 2002, p. 783, G. COUTURIER ; *LPA*, n° 183, 2002, p. 12, L. FRANÇOIS ; *Gaz. Pal.*, n° 262, 2002, p. 13, F. GHILAIN ; *Deffrénois*, n° 19, 2002, p. 1253, R. LIBCHABER.

⁹¹⁸ Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 97-41931, *Bull. A.P.* 1998, n° 3, p. 5, *Dr. soc.*, 1999, p. 94, J. SAVATIER ; *RDSS*, 1999, p. 613, F. KESSLER ; *LPA*, n° 127, 1999, p. 17, G.-P. QUETANT ; *JCP G*, 1999. II. 10004, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

travail⁹¹⁹ édictées dans le seul but de protéger le salarié. Ce dernier cas laisse particulièrement apparaître l'évolution du droit positif dans le sens de la nullité relative car la Cour de cassation estimait initialement que ces clauses devaient être sanctionnées par une nullité absolue⁹²⁰. En droit spécial des contrats, les exemples sont également nombreux. La Cour de cassation a pu juger que le contrat d'assurance dépourvu d'aléa est frappé d'une nullité relative⁹²¹, alors que l'absence d'aléa suggère une absence de cause et donc une nullité absolue⁹²². La multiplication de dispositions d'ordre public sanctionnées par la nullité relative marque un certain recul de la nullité absolue en matière d'ordre public. Les évolutions de la jurisprudence donnent également à voir que le critère de l'intérêt protégé n'est pas facile à mettre en œuvre.

151. L'insuffisance du critère de l'intérêt protégé. S'il peut être aisé de déterminer pour certaines dispositions si elles relèvent de l'ordre public économique de direction ou de l'ordre public économique de protection⁹²³, la tâche est parfois plus complexe en ce qui concerne les dispositions qui protègent à la fois l'intérêt général et l'intérêt du contractant protégé. Un arrêt de 2020 de la cour d'appel de Montpellier⁹²⁴ illustre cette difficulté. Dans cette affaire, était en cause un contrat de prêt par lequel l'établissement de crédit avait transféré les fonds à l'emprunteur avant l'expiration du délai de 7 jours prévu à l'ancien article L. 311-14 du Code

⁹¹⁹ Notam. l'ancien art. L. 122-14 du C. travail.

⁹²⁰ Soc., 1^{er} fév. 1995, n° 90-42635, *Bull. civ.* V, 1995, n° 48, p. 35, *D.*, 1995, p. 362, obs. A. BOUILLOUX ; *Dr. soc.*, 1995, p. 231, note G. COUTURIER. V. aussi : Soc., 15 mars 1995, n° 90-46098, *Bull. civ.* V, 1995, n° 86, p. 62, *D.*, 1995, p. 362, obs. A. BOUILLOUX.

⁹²¹ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ.* I, 1999, n° 293, p. 190, *RTD civ.*, 2000, p. 568, J. MESTRE et B. FAGES, *D.*, 2000, p. 507, note A. CRISTAU ; *RDI*, 2000, p. 206, G. LEGUAY ; *Gaz. Pal.*, n° 39, 2000, p. 13, F. GHILAIN ; *Deffrénois*, n° 4, 2000, p. 250, J.-L. AUBERT ; *Gaz. Pal.*, n° 309, 2000, p. 22, S. MORNET ; *LPA*, n° 225, 2001, p. 10, P. CASSON ; *JCP E*, 1999, I, 219, L. MAYAUX. V. également la nullité relative de l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage en cas d'enon-respect des conditions posées par la loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance : Ch. mixte, 13 mars 1981, *D.*, 1981, p. 309, A. BÉNABENT. V. aussi la clause de stipulation d'intérêts lorsque le taux effectif global n'est pas mentionné : Civ. 1^{ère}, 21 janv. 1992, n° 90-18121, *Bull. civ.* I, 1992, n° 22, p. 14, *RTD com.*, 1992, p. 427, M. CABRILLAC. V. aussi la nullité d'un contrat de construction de maison individuelle : Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ.* III, 2015, n° 59, p. 58, *Gaz. Pal.*, n° 190, 2015, p. 21, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 8, 2015, p. 1, G. GUERLIN ; *JCP G*, n° 27, 2015, act. 788, Y.-M. SERINET ; *Constr. – Urb.*, n° 9, 2015, comm. 128, C. SIZAIRE ; *D.*, 2015, p. 2198, A.-L. MÉANO ; *RTD civ.*, 2015, p. 869, H. BARBIER, ou enfin la nullité d'une vente d'immeuble à construire : Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ.* III, 2018, p. 401, *RDI*, 2018, p. 600, O. TOURNAFOND et J.-P. TRICOIRE ; *RTD civ.*, 2018, p. 886, H. BARBIER ; *Gaz. Pal.*, n° 43, 2018, p. 56, V. ZALEWSKI-SICARD ; *Gaz. Pal.*, n° 36, 2018, p. 38, C. BERLAUD ; *LEDIU*, n° 11, 2018, p. 1, É. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK ; *LPA*, n° 245, 2019, p. 9, P.-L. NIEL et M. MORIN ; *Deffrénois*, n° 3, 2019, p. 34, H. LÉCUYER ; *Deffrénois*, n° 35, 2019, p. 33, H. PÉRINET-MARQUET ; *Flash Deffrénois*, n° 43-44, p. 15 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2019, comm. 10 ; *JCP N*, n° 43-44, 2018, 1327, V. ZALEWSKI-SICARD ; *JCP G*, n° 48, 2018, doct. 1259, J. GHESTIN ; *Constr. – Urb.*, n° 12, 2018, comm. 177, C. SIZAIRE.

⁹²² Monique LUBY, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *CCC*, n° 2, 2001, chron. 3, n° 7.

⁹²³ Par ex., ce qui relève des bonnes mœurs s'apparente à l'ordre public de direction puisqu'il s'agit de préserver la société de comportements heurtant la bienséance, v. *supra* n° 118 sur les donations consenties hors du mariage.

⁹²⁴ CA Montpellier, ch. civ. 4, 16 déc. 2020, n° 17/04025.

de la consommation⁹²⁵. L'ensemble des dispositions du Code de la consommation étant d'ordre public, les juges du fond rappelèrent que « *le non-respect de l'interdiction de la tradition avant l'expiration du délai de 7 jours est traditionnellement sanctionné de la nullité du contrat sur le fondement de l'article L311-4 et de l'article 6 du code civil* ». Ils approuvèrent donc le juge de première instance d'avoir ordonné le remboursement par l'emprunteur du capital prêté et la restitution par le prêteur des remboursements déjà effectués. Eu égard à la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, ils précisèrent qu'elle « *n'est plus suffisamment pertinente en la matière puisque d'une part en droit français, le manquement du prêteur est sanctionné par des dispositions pénales assurant une fonction régulatrice et d'autre part, en droit européen, l'encadrement du crédit à la consommation par des recommandations et les décisions successives de la CJUE tend à assurer la régulation du marché européen du crédit à la consommation au regard des règles de libre concurrence* ». Autrement dit, cette disposition relevant *a priori* de l'ordre public économique de protection donne lieu à l'application d'un régime juridique qui laisse deviner la protection de l'intérêt général. La sanction de l'emprunteur⁹²⁶ en droit français suggère un comportement préjudiciable à l'ensemble de la société et la préservation de la libre concurrence par le biais des décisions de la CJUE bénéficie d'une façon plus globale au marché.

En pratique, les dispositions d'ordre public combinent souvent un objectif de sauvegarde de l'intérêt général et une finalité de protection d'intérêts privés⁹²⁷. Dans ce cas, la jurisprudence semble globalement faire prévaloir la dernière et en déduire la sanction de nullité relative. Il est possible de s'interroger sur les raisons de cette prévalence. Une justification peut éventuellement se trouver dans le souci de sécurité juridique : la consécration régulière de la nullité relative dans de nombreux contentieux relatifs à l'ordre public permet de limiter l'ouverture de l'action en nullité à la seule partie protégée ce qui sécurise en quelque sorte le

⁹²⁵ Repris aujourd'hui par l'art. 311-25 du C. conso.

⁹²⁶ V. les amendes prévues aujourd'hui par les art. L. 341-12 et L. 341-13 du C. conso.

⁹²⁷ V. par ex. la démonstration selon laquelle l'ordre public social n'est pas qu'un ordre public de protection du salarié mais relève également de l'ordre public de direction : Christophe RADÉ, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.*, 2002, p. 931. V. également l'incertitude sur la nature de l'ordre public en matière de baux d'habitation régis par les lois d'ordre public n° 48-1360 du 1^{er} sept. 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, *JORF* du 2 sept. 1948, et n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* du 8 juill. 1989 : François COLLART-DUTILLEUL, « Diversification de la portée de l'ordre public s'agissant des statuts spéciaux relatifs aux baux d'habitation », *RDI*, 1999, p. 466 ; Sébastien BEAUGENDRE, « L'ordre public dans les rapports locatifs », *D.*, 2000, p. 733, notes sous Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, n° 97-17373, *Bull. civ.* III, 1999, n° 123, p. 85.

contrat. En outre, la mise en œuvre du critère de l'intérêt protégé aboutit à une approche casuistique difficile à systématiser. En effet, l'identification de l'intérêt protégé et de la nullité qui en découle n'est pas toujours en adéquation avec le titulaire du droit d'agir en nullité tel qu'il est dégagé par la jurisprudence. C'est le cas notamment en matière de donations déguisées entre époux. La Cour de cassation retient qu'elles sont frappées d'une nullité absolue en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1099 du Code civil. Cependant, elle a pu juger que les héritiers non-réservataires et les créanciers du donateur dont les créances sont nées postérieurement à la donation sont dépourvus du droit d'invoquer cette nullité⁹²⁸, alors même qu'ils pourraient avoir un intérêt à agir puisque la donation appauvrit le patrimoine du débiteur. La détermination par le juge français de la nature de l'intérêt protégé par la disposition de façon à en déduire le type de nullité qu'encourt le contrat n'est plus un critère suffisant qui permet de prédire la sanction du contrat contrevenant à une règle d'ordre public.

En matière d'illicéité du contrat, la position du juge anglais est fondée sur d'autres considérations mais n'est guère plus claire que celle du juge français.

b) Le prononcé de l'*unenforceability* du contrat par le juge anglais

152. Le caractère *unenforceable* du contrat illicite. En droit anglais, le contrat illicite en raison de sa contrariété à la *public policy* est sanctionné par son caractère *unenforceable* c'est-à-dire qu'il est dépourvu d'effet juridique. Il ne s'agit pas d'une nullité du contrat comparable à la sanction du droit français car, en droit anglais, l'illicéité du contrat ne correspond pas à un défaut de formation, au contraire par exemple des vices du consentement qui constituent, aussi bien en droit français qu'en droit anglais, un obstacle à la validité du contrat⁹²⁹. La sanction d'*unenforceability* du contrat correspond à une intervention du juge en vue de faire obstacle à l'exécution du contrat illicite au nom de l'intérêt général⁹³⁰. Le juge refusera donc de prêter son concours à l'« *efficacité directe* »⁹³¹ du contrat sous la forme d'une demande d'exécution forcée, nommée en anglais *specific performance*, d'un contractant partie

⁹²⁸ Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, n° 94-13242, *Bull. civ.* I, 1996, n° 63, p. 42, *JCP E*, n° 39, 1996, I, 3962, G. WIEDERKEHR ; *RDI*, 1996, p. 256, P. DELEBECQUE ; *D.*, 1996, p. 387, S. PIÉDELIEVRE ; *Deffrénois*, n° 6, 1997, p. 401, L. AYNÈS. V. Christelle RIEUBEMET, *Les donations entre époux. Étude critique*, Deffrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2003, pp. 92 à 101.

⁹²⁹ V. *infra* n°s 421s.

⁹³⁰ John CARTWRIGHT, « Les nullités absolues : quel avenir ? - Un regard étranger », *RDC*, n° 03, 2019, p. 148.

⁹³¹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-071, p. 578.

à un contrat illicite⁹³². Il refusera également le plus souvent de participer à l'« *efficacité indirecte* »⁹³³ du contrat en faisant droit à une demande de dommages et intérêts pour inexécution contractuelle du contrat illicite. C'est la raison pour laquelle le caractère illicite du contrat est souvent invoqué par l'autre contractant comme moyen de défense à de telles demandes.

Le principe de l'absence d'effets juridiques du contrat s'applique systématiquement lorsque le contractant qui sollicite l'exécution forcée ou l'octroi de dommages et intérêts se fonde sur un contrat illicite en ayant conclu le contrat en ayant connaissance de son caractère illicite. Ce principe a été plusieurs fois réaffirmé par les tribunaux anglais. Par exemple, dans un arrêt de 1867⁹³⁴, la *Court of the Exchequer* eut à connaître d'un contrat de bail portant sur une salle de lecture louée dans le but d'y donner une conférence critiquant la Bible et son contenu. Le juge estima qu'un tel contrat était illicite et que le bailleur, ayant appris la teneur des conférences, ne pouvait être contraint de permettre au preneur l'accès aux locaux. Le bailleur n'avait pas non plus commis d'inexécution contractuelle ce qui privait le preneur de l'octroi de dommages et intérêts⁹³⁵. Le refus du juge anglais d'intervenir sur le fondement d'un contrat illicite est un principe omniprésent dans le contentieux de l'*illegality*. Cela correspond à l'application de l'adage *ex turpi causa non oritur actio* qui est régulièrement mis en œuvre par les tribunaux anglais. Ainsi, dans un arrêt de 2009⁹³⁶, un *solicitor* qui faisait partie de la famille d'un membre du gouvernement indien s'était engagé auprès de deux gérants d'agences de voyage britanniques à leur obtenir un statut de Global Sales Agent délivré par la compagnie aérienne *Air India*. Ce statut aurait permis aux deux agences britanniques de détenir une exclusivité pour procéder à des ventes commerciales lors des vols organisés par cette compagnie aérienne au Royaume-Uni et en Irlande et d'engendrer d'importants profits. Les agences payèrent des sommes importantes au *solicitor* mais ne reçurent jamais le statut promis. Les gérants des agences agirent sur le fondement d'une inexécution contractuelle en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Le juge rejeta la demande sur le fondement de la règle *ex turpi causa non oritur actio* car il estima que les gérants ne pouvaient ignorer que le *solicitor*

⁹³² Phoenix General Insurance Co of Greece SA v. Halvanon Insurance Co Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 9 oct. 1986, [1988] Q.B. 216, [1987] 2 W.L.R. 512.

⁹³³ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-071, p. 572.

⁹³⁴ Cowan v. Milbourn, *Court of the Exchequer*, 24 avril 1867, (1866-67) L.R. 2 Ex. 230.

⁹³⁵ V. dans le même sens : Alexander v. Rayson, *England and Wales Court of Appeal*, 25 nov. 1935, [1936] 1 K.B. 169.

⁹³⁶ Nayyar and others v. Denton Wilde Sapte and Gauri Advani, *The High Court of Justice*, 16 déc. 2009, [2009] EWHC 3218 (QB).

allait utiliser ses relations personnelles auprès du gouvernement indien pour obtenir les autorisations convoitées et que les sommes réglées s'apparentaient alors plus à une tentative de corruption qu'au simple paiement d'une prestation de conseil juridique.

153. L'exception du contractant innocent. Il existe cependant une atténuation au principe d'*unenforceability* du contrat illicite lorsque le demandeur arrive à démontrer qu'il est une « *innocent party* »⁹³⁷. Cela correspond en réalité à la notion de contractant de bonne foi qui, au moment de la conclusion du contrat, n'avait pas connaissance des faits à l'origine de l'illicéité. Un arrêt de 1961⁹³⁸ portait sur un contrat de transport de bouteilles de whisky qui avait été conclu entre un client et un fabricant de meubles dont les véhicules étaient agréés pour transporter sa propre marchandise mais non pour transporter la marchandise appartenant à des tiers⁹³⁹. Le contrat était illicite et le client agit sur le fondement de l'inexécution contractuelle en vue d'obtenir des dommages et intérêts compensant la perte du whisky volé pendant le trajet. La *Court of Appeal* confirma la décision de première instance d'octroyer des dommages et intérêts au client car ce dernier ignorait le caractère illicite du contrat et pensait avoir affaire à un transporteur en mesure de lui garantir la sécurité de ses biens. Même si le contrat était illicite, le client avait subi une inexécution contractuelle qui devait être compensée. Lorsque le demandeur est un contractant de bonne foi, la sanction du contrat illicite est remise en question puisque le contrat produit des effets dans la mesure où est reconnue une inexécution contractuelle⁹⁴⁰.

154. La mise en œuvre d'une balance des intérêts. Il ressort des arrêts étudiés que le juge anglais retient une conception de la *public policy* différente de celle du juge français dans la mesure où il n'est pas question de déterminer l'existence d'un intérêt privé spécifiquement protégé par la disposition méconnue pour en déduire la sanction. Il n'existe qu'une seule sanction de la méconnaissance de la *public policy* et elle consiste à priver le contrat de ses effets juridiques. Dans un arrêt assez récent de 2014⁹⁴¹, la *Supreme Court* formula un *obiter dictum*

⁹³⁷ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-077, p. 583.

⁹³⁸ Archbalds (Freightage) Ltd v. S Spanglett Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 15 déc. 1960, [1961] 1 Q.B. 374.

⁹³⁹ *Road and Rail Traffic Act 1933*, 1933 c.53.

⁹⁴⁰ V. dans le même sens : Shaw v. Shaw, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 juin 1954, [1954] 2 Q.B. 429 : un homme promet à une femme de l'épouser alors qu'il était déjà marié sans qu'elle ait connaissance de cette première union. Celle-ci agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle de la promesse de mariage. Elle obtint gain de cause, les juges insistant sur son ignorance de l'existence du précédent mariage.

⁹⁴¹ Allen v. Houna, *Supreme Court of the United Kingdom*, 30 juill. 2014, [2014] UKSC 47, [2014] 1 W.L.R. 2889.

concernant la notion d'*illegality* en matière contractuelle. Elle précisa que « *le droit doit être cohérent ; il ne peut pas donner d'une main ce qu'il reprend de l'autre, ni cautionner d'un côté ce qu'il condamne de l'autre* »⁹⁴². Un tel raisonnement laisse suggérer une sanction systématique et unique du contrat qui méconnaît l'ordre public. Cela pourrait conduire à conclure que la position des juges anglais est moins nuancée mais plus claire que celle des juges français. Cependant, tel n'est pas nécessairement le cas. En effet, dans ce même arrêt, les juges précisèrent qu'en matière d'*illegality*, il est nécessaire pour les tribunaux de déterminer en quoi la disposition méconnue par le contrat protège l'intérêt général, puis de vérifier si la sanction n'aurait pas pour effet de nuire également à l'intérêt général d'une quelconque façon⁹⁴³. Cela aboutit à une mise en balance des diverses expressions de l'intérêt général. Dans un arrêt de 2014⁹⁴⁴, la *Court of Appeal* précisa que pour déterminer s'il peut être fait droit à la demande du contractant, il est nécessaire pour le juge « *de tenir compte d'un large éventail de considérations afin de garantir que le moyen de défense tiré de l'illicéité du contrat ne s'applique que lorsqu'il constitue une réponse juste et proportionnée à l'illicéité en cause à la lumière des considérations d'intérêt général qui le sous-tendent. Dans chaque cas, il faut procéder à une analyse approfondie des faits particuliers et de l'application correcte des diverses considérations d'intérêt général qui sous-tendent le principe d'illicéité [...]* »⁹⁴⁵. Cette approche casuistique est régulièrement mise en œuvre par les tribunaux anglais. Par exemple, dans un arrêt de 2007⁹⁴⁶, la *High Court of Justice* eut à connaître d'actes illicites, tels que la présentation de faux documents à des établissements bancaires, commis par le dirigeant d'une société. La société fut mise en liquidation. Les liquidateurs agirent au nom de la société en vue d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de la négligence de la société ayant effectué l'audit de la société demanderesse. Selon les liquidateurs, la société d'audit aurait dû détecter et divulguer les actes illicites commis par le gérant. Elle avait manqué à son devoir de

⁹⁴² Lord HUGHES *in ibid.*, p. 2907 : « [...] *the law must act consistently; it cannot give with one hand what it takes away with another, nor condone when facing right what it condemns when facing left.* ».

⁹⁴³ *V. ibid.*, p. 2907.

⁹⁴⁴ *Les Laboratoires Servier v. Apotex Inc, England and Wales Court of Appeal*, 3 mai 2012, [2012] EWCA Civ 593. Cette décision fit l'objet d'un appel infructueux, la *Supreme Court* validant le raisonnement de la *Court of Appeal* : *Laboratoires Servier v. Apotex Inc, Supreme Court of the United Kingdom*, 29 oct. 2014, [2014] UKSC 55.

⁹⁴⁵ Lord Justice ETHERTON *in ibid.*, p. 307 : « [it is necessary] *to take into account a wide range of considerations in order to ensure that the illegality defence only applied where it was a just and proportionate response to the illegality involved in the light of the policy considerations underlying it. 7 What was required in each case was an intense analysis of the particular facts and of the proper application of the various policy considerations underlying the illegality principle so as to produce a just and proportionate response to the illegality* ».

⁹⁴⁶ *Stone & Rolls Ltd (In Liquidation) v. Moore Stephens (A Firm), The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 27 juill. 2007, [2008] Bus. L.R. 304.

diligence ce qui avait entraîné la poursuite des actes illicites et exposé la demanderesse à des actions en justice supplémentaires de la part de ses créanciers trompés. Les défendeurs se fondèrent sur l'*illegality*, arguant que la demanderesse cherchait à récupérer des sommes perdues en raison de ses propres actes illicites accomplis par le biais de son gérant. Cela n'est en principe pas possible en vertu de l'adage *ex turpi causa non oritur actio* selon lequel les tribunaux refusent de prêter leur concours à un plaideur qui entend se prévaloir d'un acte immoral ou illégal⁹⁴⁷. Le juge rejeta la défense d'*illegality* en précisant que « *la conscience publique* » ne saurait être heurtée par la demande de la société dont le gérant avait commis des actes illicites en son nom et pour son compte. En outre, il retint qu'appliquer strictement la doctrine de l'*illegality* pour rejeter la demande de la société n'était pas une application satisfaisante de la maxime *ex turpi causa* car cela aboutissait à placer en très mauvaise posture les créanciers abusés par rapport aux créanciers ayant conclu avec la société demanderesse des contrats licites. Le juge anglais est donc amené à mettre en balance plusieurs considérations de *public policy* de façon à déterminer si la demande d'exécution forcée ou de dommages et intérêts fondée sur le contrat illicite doit être accueillie. Cette approche casuistique n'est pas sans rappeler le contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux puisqu'il s'agit de mettre en balance une pluralité d'intérêts variés en vue de déterminer l'opportunité de la nullité. Cependant, considérer qu'une atteinte proportionnée à un droit fondamental permet au contrat d'échapper à la nullité n'est pas tout à fait identique au fait de retenir la nullité seulement si elle paraît être une sanction juste et proportionnée. En effet, dans le premier cas, le principe est la nullité du contrat pour atteinte à un droit fondamental, sauf proportionnalité de l'atteinte ; dans le second cas, le principe est la validité du contrat, sauf si le moyen de défense tiré de l'illicéité du contrat paraît proportionné. Par conséquent, le droit français adopte une sanction plus systématique du contrat illicite que le droit anglais.

Il faut donc nuancer la conception absolue de la sanction de la *public policy* en droit anglais⁹⁴⁸. En effet, contrairement au droit français, l'enjeu en droit anglais n'est pas de savoir quelle sanction s'applique, une nullité absolue ou relative, mais si une sanction s'applique. Un contrat contraire à l'ordre public en droit français n'échappe jamais à la sanction. Cela s'explique par l'idée que le droit français sanctionne le contrat illicite par la nullité car l'illicéité

⁹⁴⁷ V. *supra* n° 152.

⁹⁴⁸ La conception absolue réside dans l'idée que le contrat illicite est systématiquement privé de ses effets juridiques selon une sanction unique, contrairement au droit français où la question se pose de savoir si l'intérêt protégé est général ou privé.

est considérée comme un défaut de formation du contrat, alors que le droit anglais agit seulement au stade de l'exécution. L'application de la sanction est plus aléatoire en droit anglais car l'illicéité est conçue comme un obstacle éventuel à l'exécution plutôt qu'un défaut *ab initio* de formation du contrat.

Il apparaît qu'en France comme en Angleterre, le contentieux de l'illicéité du contrat ne peut échapper à une approche casuistique nécessitant la mise en balance par le juge de divers éléments de façon à déterminer la sanction la plus adéquate. L'office du juge français présente cependant la particularité d'être potentiellement simplifié par la renonciation de la partie protégée à la sanction du contrat illicite.

2) La possible renonciation de la partie protégée à la nullité du contrat en droit français

155. L'illicéité initiale de la renonciation à l'application de la règle d'ordre public.

De la même façon qu'il semble à première vue curieux de parler de nullité relative pour sanctionner le contrat qui porte atteinte à l'ordre public, il peut sembler étonnant qu'il soit possible aux contractants de renoncer dans certains cas à l'application de la sanction du contrat illicite. Pour cette raison, la renonciation n'était initialement pas admise. En matière consumériste, les consommateurs ne pouvaient par exemple pas renoncer⁹⁴⁹ à la protection de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit⁹⁵⁰. De la même façon, était inefficace « *la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 312-10 du Code de la consommation* »⁹⁵¹ qui obligeait le prêteur à maintenir son offre de crédit immobilier dans un délai de 30 jours et la soumettait à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions dans les 10 jours suivant la réception de cette offre. En droit du travail, il fut jugé que « *les salariés protégés ne peuvent, en signant une transaction antérieure au licenciement, renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat* »⁹⁵². Cette solution est toujours d'actualité⁹⁵³ car si la Cour de cassation a précisé qu'« *une partie peut toujours, après*

⁹⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, n° 90-11737, *Bull. civ. I*, 1993, n° 116, p. 78.

⁹⁵⁰ *JORF* du 11 janv. 1978.

⁹⁵¹ Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, n° 95-15494, *Bull. civ. I*, 1997, n° 368, p. 249, *RTD civ.*, 1998, p. 670, J. MESTRE ; *AJDI*, 1998, p. 370, G. TEILLIAIS. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n° 92-13653, *Bull. civ. I*, 1994, n° 130, p. 96, *Deffrénois*, n° 22, 1994, n° 1476, obs. D. MAZEAUD ; *CCC*, 1994, comm. 129, obs. G. RAYMOND ; *RDI*, 1995, p. 364, H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁹⁵² Soc., 17 mars 1993, n° 89-44738, inédit.

⁹⁵³ Soc. 16 mars 1999, n° 96-44551, *Bull. civ. IV*, 1999, n° 125, p. 91, *D.*, 2000, p. 429, C. PUIGELIER ; *JCP G*, n° 19, 1999, 1884 ; *JCP E*, n° 20, 1999, 846. V. aussi : Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301, *Bull. civ. V*, 2002, 249 p. 243,

la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public »⁹⁵⁴, la renonciation anticipée à un droit est prohibée en droit français. La renonciation anticipée au droit d'agir en nullité du contrat, dans le cas de la méconnaissance d'une règle d'ordre public, se heurte à la conception patrimoniale du droit d'agir⁹⁵⁵. Lorsque le droit d'agir n'est pas encore né, il ne fait pas encore partie du patrimoine du sujet de droit. Par conséquent, le salarié ne peut par exemple pas renoncer par une clause contenue *ab initio* dans le contrat de travail à un droit dont il n'est pas titulaire. Un tel raisonnement juridique est fondé sur la considération que « *le renonçant ne peut avoir pleinement conscience de la prérogative considérée qu'au moment où il la peut librement exercer* »⁹⁵⁶. En revanche, la renonciation lorsque le droit est acquis au patrimoine de la personne protégée est licite.

156. La renonciation de la partie protégée à la protection. La licéité de la renonciation de la partie protégée au bénéfice de la disposition d'ordre public édictée pour sa protection s'est largement étendue. La prohibition demeure certes lorsque la renonciation est anticipée, non pas dans un souci de protection de l'ordre public, mais en raison du rattachement du droit d'agir au patrimoine de la personne protégée. En revanche, lorsque le droit d'agir est acquis au patrimoine de la partie protégée, la renonciation est possible si le non-respect de la disposition engendre une nullité relative qui s'impose de plus en plus comme la sanction de la méconnaissance des dispositions d'ordre public⁹⁵⁷. Cela est particulièrement apparent en matière consumériste. Dans un arrêt de 2013, la chambre commerciale de la Cour de

D., 2003, p. 1464, A. DEVERS ; *Gaz. Pal.*, n° 299, 2002, p. 17, F. GHILAIN ; *LPA*, n° 220, 2002, p. 3, G. PICCA et A. SAURET ; *JCP E*, n° 40, 2002, 143 ; *JCP E*, n° 40, 2002, 2589 ; *Procédures*, n° 11, 2002, comm. 207, J.-M. SPORTOUCH. V. aussi : Civ. 2^{ème}, 25 mars 1991, n° 89-21181, *Bull. civ.* II, 1991, n° 102, p. 54, *RTD civ.*, 1991, p. 504, J. HAUSER ; *Deffrénois*, n° 22, 1991, p. 1248, J. MASSIP : pour un engagement souscrit par le mari de ne pas demander le divorce pour rupture de la vie commune avant l'expiration d'un certain délai.

⁹⁵⁴ Civ. 3^{ème}, 27 oct. 1975, *Bull. civ.* III, 1975, n° 310 ; Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ.* I, 1998, n° 120, p. 79, *RDI*, 1998, p. 392, C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *RTD civ.*, 1998, p. 670, J. MESTRE ; *RDI*, 1998, p. 675, H. HEUGAS-DARRASPEN ; *Deffrénois*, n° 11, 1998, p. 749, J.-L. AUBERT : « *s'il est interdit de renoncer, par avance, aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles* » ; Soc., 5 fév. 2002, n° 99-45861, *Bull. civ.* IV, 2002, n° 54, p. 51, *JCP G*, n° 15, 2002, 1505 ; *Gaz. Pal.*, n° 117, 2002, p. 17, J.-L. AUBERT ; Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ.* III, 2017, n° 45, p. 50 ; *D.*, 2017, p. 1572, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI*, 2017, p. 588, F. PLANCKEEL et A. ANTONIUTTI ; *AJDI*, 2017, p. 473, J.-P. DUMUR ; *LEDC*, n° 5, 2017, p. 2, N. LEBLOND ; *Gaz. Pal.*, n° 17, 2017, p. 40, C. BERLAUD ; *LEDIU*, n° 6, 2017, p. 2, D. VELARDOCCIO ; *Gaz. Pal.*, n° 26, 2017, p. 62, C.-E. BRAULT ; *LPA*, n° 166, 2017, p. 12, P. BATTISTINI ; *Deffrénois*, n° 34, 2017, p. 27, L. RUET ; *JCP E*, n° 16, 2017, 459, *JCP E*, n° 15, 2017, 264 ; *Loyers et Copr.*, n° 7-8, 2017, comm. 168, P.-H. BRAULT ; *Loyers et Copr.*, n° 5, 2017, comm. 109, E. CHAVANCE : « *la renonciation par le preneur à son droit d'obtenir la révision ne pouvait valablement intervenir qu'une fois ce droit acquis* ».

⁹⁵⁵ Louis ROZÈS, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.*, 1977, p. 315.

⁹⁵⁶ Dimitri HOUTCIEFF, « Renonciation », *in Rep. civ.*, déc. 2017 (actu. oct. 2021), n° 47.

⁹⁵⁷ V. *supra* n° 150.

cassation⁹⁵⁸ précisa que « *la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation [ayant] pour finalité la protection des intérêts de la caution, elle [était] sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant* ». La partie protégée, en l'espèce la personne physique qui s'est portée caution, est donc en mesure de procéder à la confirmation du contrat, de façon expresse ou tacite. La confirmation tacite réside dans une exécution volontaire du contrat en connaissance du droit d'agir en nullité du contrat et cette exécution vaut renonciation au droit de critiquer le contrat. Le droit du travail est également un terrain privilégié pour le développement de la renonciation du salarié à l'application de la règle d'ordre public. Par exemple, dans un arrêt de 2002⁹⁵⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation précisa que « *si les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices exorbitantes du droit commun instituées en leur faveur, rien ne leur interdit lorsqu'un licenciement, même illégal, leur a été notifié, de renoncer à réclamer une réintégration et de conclure avec l'employeur une transaction en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail* ». La renonciation à l'application d'une disposition d'ordre public semble donc gagner du terrain depuis plusieurs dizaines d'années.

157. La limitation du pouvoir du juge par la renonciation. La possibilité pour la partie protégée de renoncer est une limite considérable au pouvoir du juge dans l'application et la sanction des règles d'ordre public. Dans un arrêt de 2022⁹⁶⁰, la cour d'appel de Paris, saisie d'une action en remboursement du prêteur professionnel à l'encontre de l'emprunteur consommateur, releva d'office la nullité relative du contrat tirée de la méconnaissance des dispositions du Code de la consommation et précisa : « *La seule limite à l'ordre public et au pouvoir du juge de retenir d'office des sanctions à l'égard du prêteur [...] ne se trouve que dans le choix expressément manifesté par le consommateur de renoncer à sa prévaloir de la disposition protectrice, ce que [le consommateur] n'a fait à aucun moment de la procédure* »⁹⁶¹. Quoiqu'il s'agisse effectivement de la seule limite à la mise en œuvre de la disposition d'ordre public par le juge, qui peut par ailleurs relever d'office son application⁹⁶², il s'agit d'une limite

⁹⁵⁸ Com., 5 fév. 2013, n° 12-11720, *Bull. civ.* IV, 2013, n° 20, D., 2013, p. 1113, R. LIBCHABER ;

⁹⁵⁹ Soc., 5 fév. 2002, n° 99-45861, *Bull. civ.* IV, 2002, n° 54, p. 51, *JCP G*, n° 15, 2002, 1505 ; *Gaz. Pal.*, n° 117, 2002, p. 17, J.-L. AUBERT.

⁹⁶⁰ CA Paris, Pôle 04, ch. 09, 21 avril 2022, n° 19/14747.

⁹⁶¹ CA Montpellier, ch. civ. 4, 16 déc. 2020, n° 17/04025.

⁹⁶² V. *infra* n°s 900s.

considérable puisque le souhait du contractant protégé l'emporte sur l'application d'une règle d'ordre public *a priori* édictée pour la préservation d'intérêts généraux. En effet, le rattachement des dispositions du droit de la consommation et du droit du travail à un ordre public de protection semble contestable⁹⁶³. Ces législations correspondent à la création de statuts particuliers de consommateur et de salarié. Leur objectif est de protéger ces larges catégories d'individus disposant d'un faible pouvoir de négociation contractuelle face au professionnel et à l'employeur. Il s'agit donc aussi de promouvoir une justice contractuelle, qui est une préoccupation d'intérêt général.

158. L'absence de renonciation à l'application de la *public policy* en Angleterre.

Aucune décision de justice n'indique en Angleterre que la partie protégée peut renoncer au bénéfice de la protection et à la sanction du contrat illicite. Cela s'explique par le fait que le droit anglais ne raisonne pas en termes de partie protégée⁹⁶⁴ : l'application d'une règle de *public policy* est toujours commandée par l'intérêt général. Cela transparaît dans la jurisprudence qui rappelle régulièrement qu'elle ne cherche pas à venir en aide au défendeur à l'action en exécution forcée du contrat illicite mais qu'elle refuse d'apporter son concours à un demandeur agissant sur le fondement d'un contrat allant à l'encontre des règles d'ordre public. Dans un arrêt de principe rendu en 1981⁹⁶⁵, la *High Court of Justice* précisa qu'un juge devait toujours avoir la possibilité de relever d'office l'illicéité d'un contrat et d'en déduire l'absence d'obligations contractuelles à la charge du débiteur. Dans cet arrêt, le juge précisa également qu'une telle règle était justifiée par l'idée que « *les tribunaux de la Reine ne peuvent être sollicités en vue de faire exécuter des contrats illicites, en dépit du souhait des parties* »⁹⁶⁶. Cette précision montre que l'application de la sanction de l'illicéité du contrat n'est pas placée entre les mains des parties. Les juges anglais ont adopté une logique plus absolue : soit le contrat est *unenforceable* et la demande du contractant sera rejetée⁹⁶⁷, soit la demande est accueillie parce qu'une autre préoccupation de *public policy* commande de venir en aide au demandeur

⁹⁶³ Christophe RADÉ, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.*, 2002, p. 931. V. *supra* n° 151.

⁹⁶⁴ V. *supra* n° 154.

⁹⁶⁵ *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427.

⁹⁶⁶ Justice BINGHAM in *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427, p. 429 : « *The reason for this rule is that the Queen's Courts may not be used to enforce unlawful contracts, whatever the wishes of the parties* ». V. dans le même sens : *North Western Salt Co Ltd v. Electrolytic Alkali Co Ltd*, *House of Lords*, 12 fév. 1914, [1914] A.C. 461 : « *the Court will decline to enforce the contract, irrespective of whether illegality is pleaded or not* » ; « *la Cour refusera d'ordonner l'exécution du contrat, que l'illégalité soit invoquée ou non* » par les parties.

⁹⁶⁷ V. *supra* n° 152.

auquel cas le contrat illicite n'est plus réellement sanctionné⁹⁶⁸. Il faut cependant noter qu'en droit anglais comme en droit français, la sanction de l'illicéité peut épargner l'ensemble du contrat et ne concerner qu'une seule clause contractuelle.

B) L'absence d'effets juridiques d'une seule clause contractuelle

159. La nullité partielle. En droit français, l'alinéa premier de l'article 1184 du Code civil dispose : « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». En cas de contrariété à l'ordre public, la nullité concerne en principe l'entièreté du contrat. Les exceptions se font cependant de plus en plus nombreuses car la nullité du contrat dans son ensemble est une sanction inadaptée lorsque seule une clause déroge à l'ordre public. C'est le cas notamment en matière de liberté fondamentale. Lorsqu'une liberté fondamentale est bafouée par une clause contractuelle, la sanction est la nullité absolue de cette seule clause⁹⁶⁹. La nullité partielle est indispensable parce qu'elle est une « *mesure adaptée à une atteinte contractuelle disproportionnée portée aux droits fondamentaux* »⁹⁷⁰, en ce qu'elle permet à la partie faible de « *faire valoir l'atteinte portée à ses droits fondamentaux, sans craindre une suppression du contrat dont elle est dépendante* »⁹⁷¹. En effet, dans les arrêts étudiés, la partie disposant d'un faible pouvoir de négociation et se voyant imposer une clause illicite correspond le plus souvent à un salarié, un consommateur ou encore un preneur. Ces contractants peuvent souhaiter voir maintenir le contrat de travail, de fourniture de services ou de bail qui représente pour eux une nécessité.

160. Le processus de severance. En droit anglais, le mécanisme par lequel le juge isole la clause illicite du reste du contrat et prononce son inefficacité juridique se nomme

⁹⁶⁸ V. *supra* n° 153.

⁹⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ.* I, 2010, n° 118 ; *JA*, 2010, n° 423, p. 14, D. LEROY ; *RTD com.*, 2012, p. 510, J. MONÉGER ; *D.*, 2011, p. 1786, P. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI*, 2010, p. 800, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 182, J.-F. BARBIÈRI ; *BJS*, n° 9, 2010, p. 727, R. LIBCHABER ; *Gaz. Pal.*, n° 198, 2010, p. 28, J.-D. BARBIER ET C.-É. BRAULT ; *LEDC*, n° 7, 2010, p. 4, G. PILLET ; *Gaz. Pal.*, n° 154, 2010, p. 26, C. BERLAUD ; *LPA*, n° 102, 2011, p. 6, G. PIGNARRE, S. PIMONT, H. CLARET, V. FORRAY, O. GOUT, L. CLERC-RENAUD ; *RDC*, n° 1, 2011, p. 169, C. GRIMALDI ; *RDC*, n° 4, 2010, p. 1185, C. PÉRÈS ; *Loyers et copr.*, n° 7-8, 2010, comm. 195, E. CHAVANCE ; *JCP E*, n° 30-33, 2010, 1692, J. RAYNAUD ; *JCP G*, n° 38, 2010, act. 925, F. PLANCKEEL ; *JCP E*, n° 46, 2010, 1993, F. DEBOISSY et G. WICKER : « *la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* ».

⁹⁷⁰ Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, t. 545, LGDJ, coll. BDP, 2013, n° 391, p. 304.

⁹⁷¹ Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, t. 545, LGDJ, coll. BDP, 2013, n° 381, p. 297.

« *severance* »⁹⁷². Ce processus est particulièrement présent en matière de clauses restrictives de concurrence que les juges déclarent *unenforceable*, ce qui signifie que l'employeur ne peut saisir le juge pour réclamer l'exécution de cette clause ou obtenir des dommages et intérêts en vue d'en compenser l'inexécution. Les juges anglais déterminent au cas par cas, si une clause peut être isolée du reste du contrat et déclarée *unenforceable* ou s'il convient de déclarer *unenforceable* l'entièreté du contrat. Pour sanctionner seulement la clause litigieuse, celle-ci doit être de nature à pouvoir être isolée du reste du contrat. L'étude des décisions de justice révèle que certaines clauses comportant une promesse d'accomplir une infraction pénale ne sont jamais isolées du reste du contrat et emportent l'*unenforceability* du contrat dans son ensemble⁹⁷³. Il en va de même pour une clause par laquelle une société s'engage à accomplir des échanges commerciaux avec un pays ennemi en temps de guerre⁹⁷⁴. Cela s'explique probablement par la gravité de l'atteinte à la *public policy* que représentent de telles clauses. En revanche, certaines clauses sont jugées isolables du reste du contrat. Par exemple, dans un arrêt de 1951, les juges eurent à connaître d'un contrat fixant les modalités de séparation de deux époux et notamment les pensions alimentaires à la charge de l'ex-époux et destinées à l'entretien de leurs deux enfants. Par ce contrat, l'ex-épouse s'était également engagée à ne pas agir en justice contre son ex-époux en vue d'obtenir une prestation compensatoire pour elle. Elle agit en vue d'obtenir le paiement des mensualités impayées. Les juges estimèrent que les clauses du contrat prévoyant les pensions alimentaires étaient valides. En revanche, puisque tout époux dispose d'un droit légal d'agir en justice en vue de réclamer une pension alimentaire et une prestation compensatoire, il ne pouvait être donné effet à cette clause contraire à la *public policy*. Plus largement, les juges considèrent que de telles clause ont pour effet d'exclure la compétence des tribunaux pour connaître des litiges ce qui est contraire à la *public policy*⁹⁷⁵. L'étude des décisions de justice montre que, pour les juges anglais, sont surtout jugées d'une nature à être isolées les clauses restrictives de concurrence⁹⁷⁶. Cela s'explique par l'importance du contrat pour le salarié : les clauses restrictives de concurrence figurent dans les contrats de

⁹⁷² Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 11-070, p. 577. Le verbe « to sever » en anglais signifie « couper, trancher ».

⁹⁷³ V. *obiter dictum* de Lord Justice SOMMERVILLE in *Bennett v. Bennett*, *England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} fév. 1952, [1952] 1 K.B. 249, p. 254.

⁹⁷⁴ *Kuenigl v. Donnersmarck*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 3 déc. 1954, [1955] 1 Q.B. 515.

⁹⁷⁵ V. dans le même sens : *Enderby Town Football Club Ltd v. The Football Association Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, [1971] Ch 591, pour une clause interdisant aux membres d'une association sportive d'agir en justice contre l'association sans l'accord du bureau de celle-ci.

⁹⁷⁶ *Mason v. Provident Clothing & Supply Co Ltd*, *House of Lords*, 28 juill. 1913, [1913] A.C. 724 ; *Goldson v. Goldman*, *Chancery Division*, 27 juill. 1914, [1914] 2 Ch. 603.

travail qui représentent une nécessité pour les salariés qui n'ont vraisemblablement pas pu négocier la plupart des clauses et notamment celle de non-concurrence. Par conséquent, lorsque l'employeur agit en vue d'obtenir le respect de la clause litigieuse ou des dommages et intérêts pour compenser son inexécution, remettre en question le contrat de travail dans son ensemble n'est pas une solution viable. Cela irait à l'encontre des intérêts du salarié et nierait la protection qui est recherchée.

En droit français, la sanction du contrat contraire à l'ordre public est la nullité qui emporte en principe automatiquement des restitutions réciproques entre les parties visant à replacer ces dernières dans l'état dans lequel elle se trouvait avant la conclusion et l'exécution, totale ou partielle, du contrat illicite. En Angleterre, lorsqu'un contrat illicite a été entièrement ou partiellement exécuté, le principe est à l'inverse celui de l'absence de restitutions réciproques.

§ 2 – Le principe du retour au *statu quo ante* reconnu en droit français, écarté en droit anglais

161. D'importantes divergences. Lorsqu'un contrat est illicite, le retour au *statu quo ante* se réalise en principe à travers les restitutions réciproques effectuées entre les parties. Le droit français et le droit anglais ont connu des évolutions inversées quant à l'application de cette règle dans la mesure où le droit français a nuancé le principe des restitutions (A) et le droit anglais a nuancé son refus d'admettre les restitutions (B).

A) Le principe des restitutions en droit français : un principe nuancé

162. Le principe du retour au *statu quo ante* en droit français. En droit français, le troisième alinéa de l'article 1178 impose, lorsque cela est possible⁹⁷⁷, la restitution des prestations exécutées qui est régie par les articles 1352 et suivants du Code civil depuis la réforme du 10 février 2016⁹⁷⁸. En principe, les restitutions réciproques en cas nullité du contrat⁹⁷⁹ correspondent à une sanction générale : elles concernent toutes les prestations, dans tous les contrats. Par exemple, en matière de vente, la nullité entraîne la restitution du prix et

⁹⁷⁷ La restitution n'est pas possible en ce qui concerne la fourniture d'une prestation non monétaire tel que c'est le cas dans le contrat de travail, la jouissance d'un bien par un preneur, etc. La nullité prend alors l'apparence d'une résiliation du contrat. L'art. 1844-15 C. civil dispose d'ailleurs en matière de contrat de société que « *Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat* ».

⁹⁷⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, texte n° 26.

⁹⁷⁹ La restitution est une sanction qui peut avoir plusieurs faits générateurs qui sont, outre la nullité, la résolution, cf. art. 1187, al. 2 du C. civil, la caducité du contrat, cf. art. 1229 C. civil, ou encore la répétition de l'indu, cf. art. 1302-3 du C. civil.

de la chose. En réalité, il existe deux conceptions possibles des restitutions. La première conception, classique, permet de retenir que la restitution est « *un strict outil de répétition des prestations échangées* »⁹⁸⁰ dans la mesure où le débiteur doit « *rendre à son créancier la chose même qui lui avait été remise préalablement* »⁹⁸¹. Une telle conception simplifie la tâche du juge puisqu'il ordonne les restitutions sans tenir compte des avantages que chaque contractant a pu retirer de l'exécution du contrat. Ces avantages sont réglés par le jeu de la responsabilité civile qui permet de rééquilibrer les patrimoines. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que « *la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé* »⁹⁸². La seconde conception des restitutions, « *plus économique* »⁹⁸³, consiste à remettre les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si aucune des obligations contractuelles n'avait été exécutée. Cela implique que tous les effets matériels de l'exécution soient effacés par le jeu des restitutions. Une telle conception est « *[i]ncontestablement plus exigeante pour le juge* »⁹⁸⁴ car elle suppose que le juge prenne en compte tous les avantages tirés de l'exécution par chaque contractant et effectue un calcul complexe permettant de rééquilibrer les patrimoines. Dans le même arrêt du 9 juillet 2004⁹⁸⁵, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accordé une d'indemnité d'occupation de l'immeuble ayant fait l'objet du contrat de vente. La Haute juridiction avait retenu qu' « *en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à*

⁹⁸⁰ Sophie PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, n° 24, 2016, act. 676.

⁹⁸¹ Marc MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA*, n° 96, 2016, p. 6.

⁹⁸² Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *D.*, 2004, p. 2175, C. TUAILLON ; *RTD civ.*, 2005, p. 125, J. MESTRE ; *AJDI*, 2005, p. 331, F. COHET-CORDEY ; *Gaz. Pal.*, n° 204, 2004, p. 6 ; *Gaz. Pal.*, n° 239, 2004, p. 17 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 10, 2004, comm. 305, H. G. ; *JCP G*, n° 50, 2005, I, 194, R. WINTGEN ; *JCP G*, n° 15, 2005, I, 132, G. VINEY ; *JCP E*, n° 1, 2005, 34, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 51, 2004, II, 10190, G. FRANÇOIS. V. les restitutions réciproques en matière de bail : *Civ.* 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ.* III, 2011, n° 198, *LEDC*, n° 1, 2012, p. 5, M. LATINA ; *LEDIU*, n° 9, 2012, p. 2, A. CERDA ; *LPA*, n° 86, 2012, p. 11, S. GERRY-VERNIERES ; *RDC*, n° 2, 2012, p. 515, J.-B. SEUBE ; *Gaz. Pal.*, n° 49, 2012, p. 23, J.-D. BARBIER, C.-É. BRAULT et P.-H. BRAULT ; *Gaz. Pal.*, n° 349, 2011, p. 24, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 9, 2013, p. 3, N. LEBLOND ; *RTD com.*, 2012, p. 510, J. MONÉGER ; *D.*, 2012, p. 1844, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI*, 2012, p. 263, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Loyers et copr.*, n° 3, 2012, comm. 82, E. CHAVANCE ; *JCP G*, n° 3, 2012, doctr. 63, Y.-M. SERINET : la clause d'un bail commercial qui fait obligation au preneur d'adhérer à une association étant nulle de nullité absolue sur le fondement de l'art. 11 de la ConvEDH, le preneur à bail aurait dû être condamné par la cour d'appel à restituer l'équivalent des prestations qu'il avait reçues de l'association bailleuse.

⁹⁸³ Sophie PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, n° 24, 2016, act. 676.

⁹⁸⁴ Sophie PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, n° 24, 2016, act. 676.

⁹⁸⁵ Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *D.*, 2004, p. 2175, C. TUAILLON ; *RTD civ.*, 2005, p. 125, J. MESTRE ; *AJDI*, 2005, p. 331, F. COHET-CORDEY ; *Gaz. Pal.*, n° 204, 2004, p. 6 ; *Gaz. Pal.*, n° 239, 2004, p. 17 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 10, 2004, comm. 305, H. G. ; *JCP G*, n° 50, 2005, I, 194, R. WINTGEN ; *JCP G*, n° 15, 2005, I, 132, G. VINEY ; *JCP E*, n° 1, 2005, 34, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 51, 2004, II, 10190, G. FRANÇOIS.

la seule occupation de l'immeuble ». La solution avait le mérite de simplifier la tâche du juge et de lui éviter l'évaluation de la jouissance du bien dont a pu bénéficier l'acquéreur. En revanche, cette solution ne permettait pas de rééquilibrer entièrement les patrimoines et de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été exécuté puisque l'acquéreur avait bénéficié d'une jouissance indue. Cela demeurait logique dans la mesure où la Cour de cassation avait rattaché le mécanisme des restitutions au droit des nullités et refusé de fonder les restitutions sur la répétition de l'indu, adoptant ainsi la conception classique des restitutions⁹⁸⁶.

La réforme du 10 février 2016 a dédié aux restitutions un chapitre du Code civil aux articles 1352 et suivants. Les nouvelles dispositions ne tranchent pas la question du fondement des restitutions. Elles adoptent une approche pratique des restitutions en se contentant d'apporter des solutions concrètes⁹⁸⁷ aux problématiques posées par les demandes de restitutions dans les diverses situations rencontrées par la jurisprudence. Cependant, le premier alinéa de l'article 1352-3 du Code civil retient une conception économique des restitutions lorsque le contractant a bénéficié de la jouissance du bien. Cet article dispose : « *La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée* ». Cela signifie que les restitutions prononcées par le juge doivent seules suffire à effacer les conséquences patrimoniales de l'exécution du contrat nul ce qui nécessite que le juge procède à l'évaluation, au jour où il statue, des fruits et surtout de la jouissance du bien vendu ce qui peut s'avérer particulièrement complexe et donner lieu à des approximations dans le prononcé des restitutions.

163. Le prononcé d'office des restitutions. La Cour de cassation considérait initialement que, les restitutions suivant la nullité, il n'était pas nécessaire que le justiciable formule une demande de restitutions distincte de la demande de nullité. Dans un arrêt de 2003⁹⁸⁸, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel ayant retenu que la restitution du

⁹⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ. I*, 2002, n° 218, *D.*, 2003, p. 369, J.-L. AUBERT ; *Gaz. Pal.*, n° 427, 2002, p. 13, F. GHILAIN ; *Defrénois*, n° 3, 2003, p. 185, J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 2003, p. 284, J. MESTRE : « *les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité* ». La conséquence était importante en l'espèce : cela signifiait que l'action en restitution des intérêts conventionnels perçus par la banque dans cadre d'un contrat de compte courant était enfermée dans le même délai de 5 ans que l'action en nullité, et non pas soumise à la prescription décennale de l'action en répétition de l'indu.

⁹⁸⁷ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 1054, p. 945.

⁹⁸⁸ Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-03185, inédit, *JCP G*, n° 28, 2003, II, 10116, Y.-M. SERINET ; *RTD civ.*, 2003, p. 501, J. MESTRE ET B. FAGES ; *Constr. – Urb.*, n° 5, 2003, 122, D. SIZAIRE. V. aussi dans le cas d'une demande de résolution : Com., 28 mai 1991, n° 89-16318, inédit : « *la résolution d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion* » ; Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016,

prix de vente n'avait pas été demandée ni en première instance ni en appel et que la prononcer revenait à statuer *ultra petita*. Sur le fondement de l'ancien article 1184⁹⁸⁹ du Code civil, la Haute juridiction rappela que « *lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé* ». En ce qui concerne l'office du juge, dans un arrêt de 2019⁹⁹⁰, la Cour de cassation se prononça sur un arrêt d'une cour d'appel ayant déclaré nul un contrat de vente conclu en 2012 sans ordonner la restitution du prix de vente. La Haute juridiction confirma la solution du droit antérieur à la réforme et rejeta le pourvoi. Elle retint que « *l'annulation d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion, la cour d'appel n'était pas tenue, à défaut de demande expresse en ce sens, d'ordonner la restitution du prix en même temps que la reprise de la chose vendue* ». Cela signifiait que les restitutions réciproques dans le contrat synallagmatique nul et partiellement ou entièrement exécuté trouvaient leur fondement dans la demande d'anéantissement rétroactif du contrat. Par conséquent, le juge n'est pas tenu d'ordonner explicitement les restitutions dans la décision de justice, sauf si la demande expresse en est faite puisqu'il est alors tenu de répondre aux conclusions des parties par les articles 4 et 5 du Code de procédure civile. Cette possibilité pour le juge de se contenter, de façon indirecte, de constater la nullité sans prononcer les restitutions était consacrée par l'avant-projet de réforme Catala dans l'alinéa premier de l'article 1162-2 qui disposait : « *Le juge, saisi d'une action en nullité ou en résolution, peut statuer d'office sur les restitutions quand même il n'en aurait pas été requis* »⁹⁹¹. Cependant, ce texte n'a pas été repris par la réforme du 10 février 2016. Si les restitutions sont conçues comme autonomes par rapport à la nullité, ce que suggère par exemple l'article 1352-3 du Code civil, alors il faudra que le contractant formule une demande distincte de restitutions fondées sur la répétition de l'indu⁹⁹². Une telle solution ne

n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *LEDC*, n° 7, 2016, p. 5, G. GUERLIN ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2016, p. 25, D. HOUTCIEFF ; *D.*, 2017, p. 375, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2016, p. 854, H. BARBIER ; *RTD com.*, 2016, p. 836, B. BOULOC ; *JCP G*, n° 27, 2016, doct. 797, P. GROSSER ; *JCP G*, n° 27, 2018, doct. 782, P. GROSSER : le juge n'est pas tenu d'ordonner explicitement la restitution du prix de vente car celle-ci est la conséquence automatique de l'anéantissement rétroactif, en l'espèce la résolution du contrat.

⁹⁸⁹ Dont le contenu est repris par les art. 1224s dans leur rédaction issue de la réforme du 10 fév. 2016.

⁹⁹⁰ *Civ. 1^{ère}*, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ. I*, 2019, p. 115, *Defrénois*, n° 21, 2019, p. 42, H. LÉCUYER ; *Gaz. Pal.*, n° 14, 2019, p. 23, D. HOUTCIEFF ; *LPA*, n° 149, 2019, p. 15, S. MERCOLI ; *CCC*, n° 5, 2019, comm. 82 ; *JCP G*, n° 8, 2019, act. 194 ; *JCP E*, n° 8, 2019, act. 128 ; *JCP G*, n° 28, 2021, doct. 787, Y.-M. SERINET ; *JCP E*, n° 19, 2019, 1233, N. DISSAUX.

⁹⁹¹ Pierre CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 25 sept. 2005. [En ligne] https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/054000622.pdf (page consultée le 10/03/2023)

⁹⁹² Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 51, p. 49.

paraît pas souhaitable du point de vue de l'office du juge. En effet, il est évident que lorsque le plaideur demande la nullité du contrat synallagmatique⁹⁹³, il recherche le retour au *statu quo ante* à travers les restitutions réciproques⁹⁹⁴. Par conséquent, il devrait revenir au juge l'obligation de prononcer d'office les restitutions dans le cadre d'une demande en nullité fructueuse, car les restitutions sont la conséquence logique de l'anéantissement rétroactif du contrat. Elles permettent d'assurer l'effectivité de cet anéantissement rétroactif.

164. L'exception de la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Le principe selon lequel le contrat illicite donne lieu à des restitutions réciproques connaît traditionnellement une exception. Celle-ci réside dans l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »⁹⁹⁵ qui signifie que « nul ne peut être entendu qui allègue sa propre turpitude ». La règle est également connue sous la forme d'un autre adage : « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » ou encore sous l'expression d'« exception d'indignité »⁹⁹⁶. Cette exception s'applique au contrat nul pour cause immorale et empêche le contractant de solliciter les restitutions qui devraient en principe découler de la nullité de ce contrat. L'adage a notamment été de nombreuses fois appliqué par les tribunaux en ce qui concernait les conventions relatives à la création ou à l'exploitation de maisons de tolérance⁹⁹⁷. Ainsi, le contrat de vente qui porte sur un tel établissement demeure nul, sans que l'acquéreur puisse se prévaloir de l'illicéité du contrat pour obtenir la restitution du prix⁹⁹⁸. Il en allait de même pour le preneur cherchant à obtenir la restitution de loyers payés d'avance⁹⁹⁹ et d'une banque cherchant à obtenir la restitution de la somme prêtée en vue de l'achat d'un de ces établissements¹⁰⁰⁰. Si la règle *nemo auditur* peut entraîner des conséquences injustes car

⁹⁹³ Ou sa résolution, dans le cas d'une inexécution contractuelle, v. *infra* n^{os} 669s.

⁹⁹⁴ Yves-Marie SERINET, « L'office du juge, la résolution et les restitutions », *JCP G*, n^o 28, 2003, II, 10116, note sous Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n^o 01-03185, inédit, *RTD civ.*, 2003, p. 501, J. MESTRE ET B. FAGES ; *Constr. – Urb.*, n^o 5, 2003, 122, D. SIZAIRE.

⁹⁹⁵ V. sur cet adage : BÉRAUD, « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », *JCP*, 1952, 1, 1029 ; Choucri CARDAHI, « L'exécution des conventions immorales et illicites, étude de la règle "nemo auditur" d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens », *RIDC*, n^o 3, 1951, p. 385 ; Jacques SAIGET, *Le Contrat immoral*, Jouve, 1939 ; Philippe LE TOURNEAU, *La règle "nemo auditur"*, t. 108, LGDJ, coll. BDP, 1970.

⁹⁹⁶ Philippe LE TOURNEAU, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *D.*, 1994, p. 298.

⁹⁹⁷ La question ne se présente plus devant les tribunaux aujourd'hui car ces établissements ont été interdits par la loi n^o 46-685 du 13 avril 1946, loi dite Marthe RICHARD, tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, *JORF* du 14 avril 1946.

⁹⁹⁸ Civ., 15 déc. 1873, *DP* 74. 1. 122, *S.* 74. 1. 241, note DUBOIS ; Req., 17 juill. 1905, *DP* 1906. 1. 72, *S.*, 1909. 1. 188, *RTD civ.*, 1906, p. 162, R. DEMOGUE ; Req., 1^{er} oct. 1940, *Gaz. Pal.*, 1940. 2. 146, *RTD civ.*, 1940, p. 313, H. VIZIOZ et RAYNAUD.

⁹⁹⁹ Civ., 15 nov. 1938, *Gaz. Pal.*, 1939. 1. 194, *RTD civ.*, 1939, p. 460, H. et L. MAZEAUD.

¹⁰⁰⁰ Req., 1^{er} avril 1895, *DP* 95. 1. 263, *S.* 96. 1. 289, APPERT.

l'exécution du contrat profite alors à l'un des contractants¹⁰⁰¹, elle a également pour avantage, d'une part, de dissuader les contractants de conclure des conventions sur la base de motifs immoraux et, d'autre part, d'encourager les plaideurs à soulever la nullité du contrat si leur cocontractant agissait en vue d'obtenir l'exécution du contrat immoral¹⁰⁰². En outre, le champ d'application de la règle est en principe strictement limité aux contrats comportant une cause immorale et non pas simplement illicite¹⁰⁰³.

Cependant, la référence aux bonnes mœurs ayant disparu du Code civil depuis la réforme du 10 février 2016, il est permis de se demander si la règle *nemo auditur* empêchant les restitutions dans les contrats ayant une cause immorale a survécu. Les tribunaux ayant encore à connaître de contrats conclus sous l'empire du droit antérieur¹⁰⁰⁴, il n'est pas possible de disposer du recul nécessaire pour voir ce que la Cour de cassation décidera en la matière. Néanmoins, il semble que ni la disparition de la référence aux bonnes mœurs ni la disparition de la notion de cause dans le Code civil issu de la réforme du 10 février 2016 ne permettent de conclure à la disparition de l'adage *nemo auditur*¹⁰⁰⁵. En effet, les notions de cause et d'objet ont indéniablement survécu à travers la notion de contenu du contrat¹⁰⁰⁶. La cause fait toujours l'objet d'une conception dualiste qui comprend à la fois la cause objective, synonyme de contrepartie dans les contrats synallagmatiques, et la cause subjective qui permet au juge d'appréhender la licéité des motifs des contractants et éventuellement de prononcer la nullité

¹⁰⁰¹ Nicolas DISSAUX, « Contrat : formation – Sanctions des conditions », *in Rep. civ.*, Dalloz, avril 2017 (actu. avril 2022), n° 246.

¹⁰⁰² François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 583, p. 677.

¹⁰⁰³ Soc., 10 nov. 2009, n°s 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ.* V, 2009, n° 251, *RDC*, n° 2, 2010, p. 687, C. NEAU-LEDUC ; *RDC*, n° 2, 2010, p. 557, Y.-M. LAITHIER ; *Cah. soc.*, n° 217, 2010, p. 42, F.-J. PANSIER ; *RTD civ.*, 2010, p. 104, B. FAGES ; *JCP G*, n° 18, 2010, doct. 516, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 4, 2010, act. 94, J. MOULY ; *JCP S*, n° 3, 2010, 1013, F. DUMONT ; *Procédures*, n° 1, 2010, comm. 11, A. BUGADA : « *faute de procéder d'une cause immorale, [le caractère frauduleux de licenciements] ne fait pas obstacle à la restitution par les salariés des sommes perçues en exécution des transactions annulées* » ; Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ.* III, 2004, n° 42, p. 39, *AJDI*, 2004, p. 917, F. COHET-CORDEY ; *RTD civ.*, 2004, p. 279, J. MESTRE ; *D.*, 2005, p. 2205, M. TCHENDJOU ; *RDC*, n° 3, 2004, p. 635, D. MAZEAUD ; *RDC*, n° 3, 2004, p. 689, P. BRUN : « *la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le promettant, qui avait reçu l'acompte non déclaré sur le prix de la vente, ne pouvait se prévaloir de la cause illicite de la remise pour se soustraire à sa restitution* ».

¹⁰⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ.* I, 2021, p. 85, *D.*, 2022, p. 310, R. BOFFA ; *Gaz. Pal.*, n° 14, 2010, p. 27, D. HOUTCIEFF ; *LEDC*, n° 4, 2021, p. 1, O. ROBIN-SABARD ; *Gaz. Pal.*, n° 10, 2021, p. 38, C. BERLAUD ; *JCP G*, n° 28, 2021, doct. 787, Y.-M. SERINET : « *il résulte de l'article 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, que dans le cas d'un contrat illicite comme ayant été conclu au mépris des règles impératives d'exercice de la profession d'avocat, la restitution en valeur de la prestation effectuée peut être sollicitée par l'avocat* ».

¹⁰⁰⁵ V. en ce sens : François CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - Innovations - Perspectives 2019-2020*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Dalloz référence, 2018, n° 215.43, p. 272 ; Nicolas DISSAUX, « Les fossyeurs des bonnes mœurs », *D.*, 2017, p. 2201 ; Barbara FRELETEAU, « La maxime *Nemo auditur a-t-elle survécu à la réforme du droit des contrats ?* », *D.*, 2020, p. 1052.

¹⁰⁰⁶ V. *supra* n° 116.

du contrat¹⁰⁰⁷. Un jugement du tribunal judiciaire de Paris de 2021 laisse penser que le juge continue de se référer aux bonnes mœurs en matière contractuelle¹⁰⁰⁸. Dans cet arrêt, les juges eurent à connaître d'une cagnotte en ligne établie en vue de venir en aide à un « gilet jaune » ayant porté des coups à des gendarmes. La question qui fut posée aux juges du fond était celle de la licéité du contrat de cagnotte conclu entre son créateur et la société Leetchi. Les juges interprétèrent l'encart de cette cagnotte rédigé par son créateur et qui permettait d'explicitier son objectif. L'encart précisait : « *ce week-end face à la pression, il a pris un risque pour défendre les manifestants. Malheureusement il risque de servir d'exemple. Aidons-le dans ce combat, il ne doit pas être le seul à payer* ». Les juges estimèrent qu'un tel contrat était illicite dans la mesure où « *la cagnotte en ligne a donc eu, initialement, pour but de soutenir un combat consistant en l'usage de la violence physique contre les forces de l'ordre afin, toujours selon les termes de l'objet, de défendre les manifestants* ». Par conséquent, « *la collecte de fonds dans cet objectif heurt[ait] suffisamment la moralité et l'ordre public pour être considéré comme un but illicite* ». Il faut noter que l'utilisation du terme combat pouvait faire référence à un combat idéologique et moral, et non pas un combat physique. Le tribunal semble pourtant considérer que les deux éléments sont indissociables. En outre, la cagnotte pourrait également avoir pour but d'anticiper d'éventuelles condamnations pénales à l'encontre du bénéficiaire de la cagnotte, ce qui est contraire à l'ordre public dans la mesure où cela aboutit à contourner l'article 40 de la loi du 29 juillet 1881¹⁰⁰⁹ qui dispose : « *Il est interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages et intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, en matière criminelle et correctionnelle, sous peine de six mois d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement* ». Un appel ayant été formé¹⁰¹⁰, il sera intéressant de vérifier si les juges d'appel retiennent cette même conception de l'ordre public que les juges du premier degré.

Concernant les restitutions, un arrêt de 2020 de la cour d'appel de Paris¹⁰¹¹ rappela le principe selon lequel le domaine de l'adage *nemo auditur* est cantonné aux contrats immoraux et non seulement illicites. Dans cette affaire, une société avait chargé une autre société de lui

¹⁰⁰⁷ V. *supra* n° 117.

¹⁰⁰⁸ TJ Paris, 6 janv. 2021, n° 19/03587, *Gaz. Pal.*, n° 8, 2021, p. 20, C. DUBOIS ; *Gaz. Pal.*, n° 14, 2021, p. 28, D. HOUTCIEFF ; *D. actu.*, 21 janv. 2021, C. HÉLAINE.

¹⁰⁰⁹ Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, *JORF* du 30 juill. 1881.

¹⁰¹⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 11, 23 sept. 2022, n° 22/00002 confirmant une ordonnance du conseiller de la mise en état du 9 déc. 2021 rejetant la demande formée par la société Leetchi et visant à faire reconnaître la caducité de la demande d'appel.

¹⁰¹¹ CA Paris, 6 nov. 2020, n° 19/17621, *Gaz. Pal.*, n° 1, 2021, p. 31, D. HOUTCIEFF.

fournir des conseils juridiques en matière de crédits d'impôt moyennant le versement d'honoraires. La société cliente refusa de régler le prestataire car il n'était pas habilité à fournir des prestations juridiques au regard de l'article 74 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Le prestataire agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts et le paiement des honoraires stipulés. Le tribunal de commerce de Paris rejeta toutes les demandes et le jugement fut confirmé par la cour d'appel de Paris. Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation en ce qu'il avait rejeté la demande de dommages et intérêts du prestataire¹⁰¹². Selon la Haute juridiction, la cour d'appel avait méconnu l'ancien article 1131 du Code civil car « *les parties [devaient], après l'annulation de leurs conventions même pour cause illicite, être remises dans leur situation antérieure [et] la société [prestataire] pouvait prétendre à la restitution en valeur des prestations de service qu'elle avait fournies* » de telle sorte qu'il appartenait à la cour d'appel, d'estimer cette valeur. L'affaire fut renvoyée devant la cour d'appel de Paris autrement composée. Devant cette juridiction, la société débitrice fit valoir que l'adage *nemo auditur* et l'ancien article 1131 du Code civil faisaient obstacle à l'accueil de la demande du prestataire. La cour d'appel rejeta cet argument et retint que « [la] *cause de la nullité des conventions comme l'exécution de celles-ci ne sont atteintes d'aucune indignité et la cause illicite d'une obligation emportant le versement d'une somme d'argent ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en répétition de cette somme, de sorte que pour remettre les deux parties au contrat dans leur situation antérieure, [la société prestataire] pouvait prétendre à la restitution en valeur des prestations de service qu'elle a fournies* ». Par conséquent, la référence aux bonnes mœurs et le cantonnement de la règle *nemo auditur* quant à la sanction du contrat contraire aux bonnes mœurs sont toujours parties du droit positif français.

Si, en droit français, la nullité du contrat entraîne automatiquement les restitutions réciproques en vue de rétablir le *statu quo ante* des parties, il en est tout autrement en droit anglais.

B) Le principe du rejet des restitutions en droit anglais : un principe tempéré

165. Le principe du rejet des restitutions réciproques en droit anglais. Ainsi que le fit remarquer une magistrate dans un arrêt de 1994, « *il est presque impossible d'établir ou de*

¹⁰¹² Com., 26 juin 2019, n° 18-13690, inédit.

formuler des règles de principe issues des décisions de justice concernant le remboursement des sommes payées ou des autres biens transférés dans le cadre de contrats illégaux »¹⁰¹³. À première vue, le droit anglais a adopté une règle de principe opposée au droit français : lorsqu'un contrat est illicite, le juge n'intervient en principe pas pour ordonner les restitutions réciproques et replacer les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion et l'exécution, partielle ou totale, du contrat. Le principe a été de nombreuses fois rappelé par les juges anglais. Dans un arrêt de 1892¹⁰¹⁴, la *Court of Appeal* eut à connaître d'un contrat de cession de parts sociales, illicite en raison de son motif puisque les parties avaient convenues de cette cession dans le but de faire croire à la bonne santé financière de l'entreprise aux yeux d'autres potentiels acquéreurs. Le cessionnaire agit en vue d'obtenir le remboursement du prix payé pour les parts sociales. La *Court of Appeal* rejeta la demande en retenant l'application de l'adage « *In pari delicto potior est conditio possidentis* », à savoir « *à faute égale, la situation du détenteur est plus favorable* »¹⁰¹⁵. Autrement dit, l'illicéité du contrat profite au défendeur car les juges anglais refusent d'assister un plaideur agissant en connaissance de cause sur le fondement d'un contrat illicite¹⁰¹⁶. La règle fut rappelée dans un arrêt de 1994 de la *House of Lords* : « *il est bien établi qu'une partie n'a pas le droit d'invoquer sa propre fraude ou illégalité afin de soutenir une demande [...] Ainsi, lorsqu'un homme a transféré de l'argent ou des biens à sa femme ou à ses enfants dans le but de léser ses créanciers et que le bénéficiaire de ce transfert s'oppose à sa demande de restitution, [cet homme] ne peut être fondé à invoquer le but illicite du contrat [...]* »¹⁰¹⁷.

166. Des infléchissements. Le principe de rejet des restitutions réciproques n'a jamais été absolu. Il a pu arriver que les tribunaux accordent la restitution à un contractant innocent qui n'avait pas connaissance du caractère illicite du contrat au moment de sa conclusion. Par

¹⁰¹³ Lord Justice GLOSTER in *Tinsley v. Milligan*, *House of Lords*, [1994] 1 AC 340, n° 47 : « *it is almost impossible to ascertain or articulate principled rules from the authorities relating to the recovery of money or other assets paid or transferred under illegal contracts* ».

¹⁰¹⁴ *Scott v. Brown Doering McNab & Co*, *England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} août 1892, [1892] 2 Q.B. 724.

¹⁰¹⁵ V. dans le même sens : *Edler v. Auerbach*, *The High Court of Justice (King's Bench Division)*, 12 oct. 1949, [1950] 1 K.B. 359. V. aussi : *Belvoir Finance Co Ltd v. Stapleton*, *England and Wales Court of Appeal*, 27 juill. 1970, [1971] 1 Q.B. 210 : le contrat de vente illicite ayant été exécuté, le droit de propriété des véhicules vendus avait été transmis à l'acquéreur qui les avait ensuite revendus. Les restitutions réciproques du prix et du bien n'étaient pas possibles, non seulement matériellement

¹⁰¹⁶ V. *supra* n° 152.

¹⁰¹⁷ *Tinsley v. Milligan*, *House of Lords*, [1994] 1 AC 340, n° 47 : « *it is well established that a party is not entitled to rely on his own fraud or illegality in order to assist a claim or rebut a presumption. Thus when money or property has been transferred by a man to his wife or children for the purpose of defrauding creditors and the transferee resists his claim for recovery he cannot be heard to rely on his illegal purpose in order to rebut the presumption of advancement* ».

exemple, dans un arrêt de 1824¹⁰¹⁸, la *Court of King's Bench* eut à connaître d'un contrat de vente portant sur un cheval et conclu un dimanche entre un acquéreur et un vendeur professionnel. Un tel contrat contrevenait aux dispositions du *Sunday Observance Act*¹⁰¹⁹ en vertu duquel toute personne devait s'abstenir d'effectuer son activité professionnelle habituelle le dimanche en vue de mieux honorer le divin. L'acquéreur ne reçut jamais le cheval et il ignorait que le vendeur était professionnel. Il agit en vue d'obtenir, non pas la délivrance du cheval, mais la restitution du prix payé, demande à laquelle fit droit le tribunal. Une atténuation du principe de rejet des restitutions réciproques était la bienvenue dans la mesure où le principe est en contradiction avec la règle selon laquelle le contrat illicite est *unenforceable*. Certes, la logique du juge anglais est de demeurer le plus possible en retrait du contrat et d'éviter d'intervenir en faisant droit à une demande relative à ce contrat, qu'il s'agisse d'une demande d'exécution forcée, de dommages et intérêts, ou de restitutions. Cependant, la particularité de la demande de restitution est qu'elle ne constitue pas une demande d'exécution directe ou indirecte du contrat¹⁰²⁰. Elle permet au contraire de faire comme si les parties n'avaient jamais conclu ou exécuté le contrat illicite et permet d'effacer les effets d'un contrat contraire à l'ordre public. Le principe de rejet des restitutions fut très tôt critiqué par les juges anglais eux-mêmes¹⁰²¹, car il aboutit à des résultats injustes en profitant au défendeur¹⁰²².

Pour ces raisons, l'arrêt de 1994 fut récemment renversé par un arrêt de 2016 de la *Supreme Court*¹⁰²³, marquant un tournant clair dans la façon dont le juge anglais est amené à décider du rejet ou de l'accueil de la demande. Dans cet arrêt, les juges décidèrent que « [la] règle selon laquelle une partie à un contrat illicite ne peut faire valoir une créance à l'encontre de l'autre partie contractante si elle doit se fonder sur son propre comportement illicite pour établir la créance ne répond pas aux exigences de cohérence et d'intégrité du système juridique et ne devrait plus être suivie »¹⁰²⁴. La connaissance qu'a le demandeur du caractère illicite du

¹⁰¹⁸ *Bloxsome v. Williams, Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1824, 107 E.R. 720.

¹⁰¹⁹ *Sunday Observance Act 1677*, 1677 29 Car 2 c 7. Cette législation a été abrogée.

¹⁰²⁰ V. *supra* n° 152.

¹⁰²¹ Lord MANSFIELD in *Holman v. Johnson, Court of King's Bench*, 5 juill. 1775, 98 E.R. 1120, p. 343 : « *The objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant* ».

¹⁰²² Lord Justice MACKINNON in *Harry Parker Ltd v. Mason, England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} août 1940, [1940] 2 K.B. 590, p. 603 : le juge qualifia de « *ill-gotten* », « *injustement acquis* », le prix reçu par le contractant défendeur à l'action en restitution et regretta que le tribunal n'ait pas le pouvoir d'ordonner le don de cette somme à une association caritative.

¹⁰²³ *Patel v. Mirza, Supreme Court of the United Kingdom*, 20 juil. 2016, [2016] UKSC 42, [2017] A.C. 467.

¹⁰²⁴ Lord TOULSON in *ibid.* : « *The rule that a party to an illegal agreement cannot enforce a claim against the other party to the agreement if he has to rely on his own illegal conduct in order to establish the claim does not satisfy the requirements of coherence and integrity of the legal system and should no longer be followed* ».

contrat n'est plus un élément déterminant qui ferait obstacle à la demande. Choisisant une approche très casuistique, la *Supreme Court* retint que : « *Les deux grandes raisons d'ordre public de la doctrine de common law de l'illicéité comme moyen de défense contre une demande en justice fondée sur un contrat illicite sont, premièrement, qu'une personne ne devrait pas être autorisée à profiter de sa propre faute et, deuxièmement, que la loi devrait être cohérente et ne pas aller à l'encontre du but qu'elle recherche. Le raisonnement essentiel de cette doctrine est qu'il serait contraire à l'intérêt public de faire valoir une demande si cela devait nuire à l'intégrité du système juridique (ou, éventuellement, à certains aspects de la moralité publique)* »¹⁰²⁵. Une telle approche au cas par cas a vocation à engendrer une certaine insécurité juridique et à empêcher la systématisation des solutions du droit anglais¹⁰²⁶. Cependant, il faut relever que le juge anglais reste particulièrement attentif à ne pas faire preuve d'une intervention excessive dans le contrat au nom de la *public policy*. Après 2016, aucun arrêt ne montre que la tendance des juges anglais s'est inversée pour faire plus souvent droit aux demandes de restitutions. L'étude des principes gouvernant la sanction des contrats illicites en France et en Angleterre révèle deux conceptions très différentes de l'office du juge dans les deux systèmes.

¹⁰²⁵ Lord TOULSON *in ibid.* : « *The two broad policy reasons for the common law doctrine of illegality as a defence to a civil claim are that (i) a person should not be allowed to profit from his own wrongdoing and (ii) the law should be coherent and not self-defeating. The essential rationale of the doctrine is that it would be contrary to the public interest to enforce a claim if to do so would be harmful to the integrity of the legal system (or, possibly, certain aspects of public morality)* ».

¹⁰²⁶ Nelson ENONCHONG, « Effects of illegality: a comparative study in French and English law », *ICLQ*, vol. 44, n° 1, 1995, p. 202 qui estime que les règles qui gouvernent les effets de l'*illegality* ne sont pas toujours limpides.

Conclusion du Chapitre 2

167. Une notion d'ordre public plus restreinte en Angleterre. Les juges français comme les juges anglais ont indéniablement une maîtrise importante de ce qui constitue un contenu contractuel licite car ils définissent en grande partie la notion d'ordre public et celle de *public policy*. Le juge anglais, toujours plus réticent que le juge français à intervenir dans le contrat, adopte une conception plus restreinte de la *public policy*.

168. Deux conceptions distinctes de l'office du juge en matière de contrats illicites. La divergence de sanctions des contrats illicites en droit français et en droit anglais s'explique par une approche différente de l'illicéité du contrat. Elle est conçue en droit français comme un défaut de formation tandis qu'elle est considérée simplement comme un obstacle à l'exécution forcée et à l'octroi de dommages et intérêts en droit anglais. Ainsi, en France le raisonnement est que, par principe, un contrat nul n'est pas valablement formé et ne peut donc pas produire d'effets. Il s'agit de l'application d'une logique juridique d'exigence de conditions de formation prédéfinies et qui n'ont pas été respectées. Il convient alors de faire comme si le contrat n'avait jamais existé. Cela implique, s'il a été exécuté, de revenir au *statu quo ante*. La nullité entraîne donc par principe automatiquement les restitutions réciproques¹⁰²⁷. En revanche, en droit anglais, un contrat dit *unenforceable* ne souffre pas d'un défaut de formation. Il ne produit pas d'effets juridiques parce qu'il serait contraire à l'intérêt général qu'un tel contrat ne respectant pas les règles de *public policy* entre dans la vie juridique. Il n'y a pas, en droit anglais, d'application systématique d'une sanction juridique. Alors que le contrat illicite en droit français ne pourra échapper à la sanction, le sort du contrat illicite en droit anglais est principalement dépendant de l'exécution ou de l'inexécution partielle ou totale dont il a fait l'objet. L'office du juge est donc conçu très différemment dans les deux systèmes.

169. Un office judiciaire conçu différemment. La véritable sanction du contrat illicite en droit anglais réside dans l'absence d'intérêt des tribunaux pour les contrats illicites qui se traduit par leur refus d'intervenir. Cela explique que revenir au *statu quo ante* dans le cas où le contrat a été exécuté ne fait pas partie du droit positif anglais, quoique certains juges le regrettent¹⁰²⁸. En France, le juge est amené à se montrer plus interventionniste car le contrat

¹⁰²⁷ Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, n° 03-11775, inédit. V. pour une application : CA Montpellier, ch. civ. 4, 16 déc. 2020, n° 17/04025. La nullité du contrat de prêt emporte le remboursement par le prêteur des sommes prêtées sans les intérêts.

¹⁰²⁸ V. *supra* n° 166.

illicite ne peut échapper à la sanction de la nullité, sauf dans un cas bien précis de renonciation de la partie protégée à la protection de l'ordre public de protection. Cela constitue la différence majeure entre les deux systèmes. En outre, si les juges français et anglais peuvent relever d'office la nullité ou l'inefficacité du contrat pour contrariété à l'ordre public¹⁰²⁹, l'ordre public étant plus restrictivement conçu en droit anglais, cette sanction a vocation à s'appliquer moins souvent. Si, sur le principe, il existe des similitudes entre l'office du juge français et l'office du juge anglais en matière de sanction de l'illicéité du contrat, l'intervention du juge français a vocation à être plus fréquente parce que l'ordre public est défini plus largement que la *public policy*. En matière consumériste, le juge anglais et le juge français adoptent en revanche la même position puisque les décisions successives de la CJUE imposent au juge national de relever d'office l'existence d'une clause abusive dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet¹⁰³⁰.

170. L'office du juge en matière de prononcé des restitutions. La divergence entre l'office des juges français et l'office du juge anglais se poursuit avec la question des restitutions. En droit français, les restitutions sont conçues comme le prolongement de la sanction de la nullité du contrat contraire à l'ordre public. Le juge intervient pour replacer les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. Le droit français montre un souci du retour au *statu quo ante* qui n'apparaît pas en droit anglais. Le principe est non seulement celui des restitutions, mais en outre le juge français se contente de prononcer la nullité sans prononcer explicitement les restitutions qui s'appliquent automatiquement aux contractants car elles sont rattachées à la nullité. À l'inverse, le juge anglais a adopté en théorie une approche casuistique visant à apprécier le bien-fondé des demandes de restitutions, mais il demeure assez réticent en pratique à intervenir dans une situation dépourvue de dimension juridique, puisqu'il n'y a pas de contrat.

La réforme du 10 février 2016 laisse toutefois subsister un doute quant à l'office du juge en matière de prononcé des restitutions. Sans rejeter explicitement le rattachement des restitutions à la nullité qu'avait consacré la Cour de cassation, les nouvelles dispositions semblent pencher plutôt en faveur d'une conception autonome des restitutions, ce qui obligerait les parties à formuler une demande distincte de la demande de nullité, à défaut de quoi le juge

¹⁰²⁹ V. *infra* n° 906. Il est regrettable que cela ne soit pas une obligation faite au juge car la reconnaissance d'une simple faculté, d'une part, rompt le principe d'égalité entre les justiciables et, d'autre part, ne permet pas au juge de remplir correctement son office tel qu'il est défini par l'art. 12 du CPC, v. *infra* n° 918.

¹⁰³⁰ V. *infra* n° 910.

ne pourrait les ordonner. Cela n'est pas souhaitable car l'effectivité de la sanction de la nullité est assurée le plus souvent par les restitutions réciproques. Si le juge prononce la nullité sans que les parties soient replacées dans leur *statu quo ante*, la sanction de la nullité se trouve dépourvue de tout effet concret. Il est donc préférable de retenir, ainsi que le faisait la Cour de cassation, le rattachement des restitutions à la nullité et d'obliger le juge du fond à les prononcer systématiquement sans que le contractant ne soit tenu d'en faire la demande.

Conclusion du Titre 1

171. La protection accrue du consentement, commune au droit français et au droit anglais. Le droit français et le droit anglais des contrats présentent chacun une richesse indéniable des outils juridiques mis en œuvre par les juges en vue de vérifier l'intégrité du consentement au contrat. Pour que le contrat soit la chose des parties, il faut que chacune d'entre elles ait été en mesure de faire valoir ses intérêts. Par conséquent, il revient aux juges français et aux juges anglais de découvrir les hypothèses de méprise sur les éléments essentiels du contrat, de tromperie du contractant, ou d'extorsion du consentement par la force ou l'influence morale. Ces préoccupations sont le fruit d'une conception tout à fait classique du contrat qui nécessite la protection de la volonté contractuelle dont il naît.

172. Un contrôle inégal de la licéité du contenu du contrat. La mission de contrôler le respect par le contrat des règles essentielles à la vie en société est commune au juge français et au juge anglais. La notion d'ordre public en droit français et la notion de *public policy* en droit anglais permettent aux juges de vérifier la licéité du contrat. Cependant, l'ordre public est conçu de façon beaucoup plus large en droit français. Il a certes d'abord perdu une partie de son contenu en raison du déclin de la notion de bonnes mœurs en raison de l'évolution de la société. Cela est heureux car l'ordre public doit refléter les valeurs de la société et non imposer des valeurs à la société. Par conséquent, il est nécessairement amené à évoluer au fil du temps. Cette nécessaire évolution a également conduit l'ordre public à s'enrichir d'un ordre public de protection qui s'est considérablement développé en droit français, à travers la sanction des clauses abusives et la réception du contrôle de proportionnalité des atteintes contractuelles aux droits fondamentaux.

À l'inverse, la notion de *public policy*, quoique les juges admettent son caractère changeant en théorie, n'a que peu évolué. Cela peut s'expliquer en partie par la doctrine du *precedent* qui rend toute évolution juridique particulièrement lente dans les pays de *common law*. Cela explique que les juges montrent une grande réticence à élargir les hypothèses de contrariété à l'ordre public établies dans les anciens arrêts de principe. Cela est problématique puisque les règles nécessaires à la vie en société évoluent nécessairement, et ce plus vite que les juges anglais ne dégagent ces règles pour les consacrer dans leur jurisprudence. Ainsi, le droit anglais des contrats n'a pas connu l'essor aussi considérable d'un volet protection de la *public policy*. La prise en compte de la particulière vulnérabilité du contractant n'est pas absente des préoccupations du juge anglais ainsi qu'en témoigne les arrêts relatifs aux contrats

d'approvisionnement exclusifs, mais le mouvement de protection est très léger par rapport à celui qu'a connu le droit français. Cette analyse se confirme avec la jurisprudence anglaise relative au contrôle de proportionnalité des atteintes contractuelles aux droits fondamentaux. Les juges anglais ont pu par exemple retenir une conception du droit au domicile très patrimoniale, peu conciliable avec la logique de la protection des droits fondamentaux. La notion d'ordre public française est donc beaucoup plus large que celle de *public policy*, ce qui conduit le juge français à contrôler plus fréquemment la licéité du contenu du contrat.

Titre 2 – La détermination partagée du sens du contrat : le respect commun de la volonté déclarée des parties

173. L'importance de la volonté contractuelle. La place de la volonté contractuelle est centrale pour les juges tant français qu'anglais car « [u]n grand nombre de litiges soulèvent, en matière contractuelle, des questions d'interprétation de la volonté des parties »¹⁰³¹. En France comme en Angleterre¹⁰³², l'interprétation du contrat par le juge obéit à un principe cardinal de détermination de l'intention des parties. Cependant, en raison de cultures juridiques profondément divergentes, les juges français et les juges anglais n'ont traditionnellement pas recours aux mêmes méthodes d'interprétation parce qu'ils ne conçoivent pas la volonté contractuelle de la même façon, de telle sorte que la méthode d'interprétation mise en œuvre par les juges français est traditionnellement qualifiée de subjective¹⁰³³, et celle employée par les juges anglais d'objective¹⁰³⁴.

174. La volonté contractuelle. Si la volonté désigne une « faculté de l'homme de se déterminer, en toute liberté et en fonction de motifs rationnels, à faire ou à ne pas faire quelque chose »¹⁰³⁵, elle désigne également la réalisation de cette faculté, la « décision ou détermination ferme de l'individu d'accomplir ou de faire accomplir quelque chose »¹⁰³⁶. Le contrat s'apparente ainsi à l'expression de la faculté de l'être humain de choisir d'accomplir une opération économique, il est un « acte même de la volonté »¹⁰³⁷ dont se saisit le droit. Or, en cas de litige sur le sens des termes employés dans l'acte renfermant la volonté contractuelle, le juge a pour mission d'interpréter l'acte. L'interprétation est alors le processus visant à cerner la

¹⁰³¹ Claude WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 2020. V. aussi Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, n° 1, 2007, p. 481 ; Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 287, p. 244.

¹⁰³² V. la restriction du champ d'étude *supra* n° 15.

¹⁰³³ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2022, n° 607, p. 706. Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 467, pp. 426s.

¹⁰³⁴ Ewan MCKENDRICK, *Contract Law*, 14^{ème} éd., Red Globe Press, 2021, n° 9.6.1, p. 180 ; Gerard McMEELE, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 2.44, p. 111, qui, au sujet du caractère objectif de l'interprétation des contrats, précise qu'il « semble incontesté » ; « does not appear to be controversial ».

¹⁰³⁵ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens A. -1 [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/volonté> (page consultée le 16/04/2020).

¹⁰³⁶ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens B. -1 [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/volonté> (page consultée le 16/04/2020).

¹⁰³⁷ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 2 [En ligne] <https://www.littre.org/definition/volonté> (page consultée le 16/04/2020).

volonté contractuelle, c'est-à-dire ce que les parties, dans le cadre de leur accord, se sont déterminées à faire et selon quelles modalités.

175. La volonté contractuelle commune. La difficulté de la figure contractuelle réside dans la pluralité d'acteurs en présence. En effet, selon la classification française des actes juridiques, un acte juridique multilatéral est l'expression des volontés convergentes d'au moins deux parties. Cet acte exprimerait donc une seule voix pour une pluralité de personnes. Par conséquent, l'objet de la recherche des juges n'est en principe pas la volonté de chacune de ces parties, mais leur volonté unique commune. La recherche de la volonté dite commune en matière d'interprétation du contrat fait particulièrement sens en France car le contrat est conçu comme un « *accord de volontés* »¹⁰³⁸, la seule rencontre des consentements suffisant, dans la plupart des cas¹⁰³⁹, à générer un contrat juridiquement contraignant selon le principe du consensualisme¹⁰⁴⁰. En revanche, cela est moins évident en Angleterre où la volonté interne joue un rôle beaucoup moins important dans la conception du contrat¹⁰⁴¹.

176. L'existence d'un litige relatif à l'interprétation du contrat. Si rechercher la volonté commune en matière d'interprétation du contrat fait sens en droit français, la conception subjective du contrat a également pour conséquence de rendre l'existence même d'un litige relatif au sens de la convention difficilement concevable. En effet, le contrat étant précisément défini comme un accord de volontés, l'échange des consentements constitue alors un critère de validité du contrat. Le contrat n'existe que si les parties s'entendent sur l'opération qu'elles veulent effectuer et qui est décrite à l'oral ou à l'écrit. Dans une telle hypothèse, il semble difficile de concevoir l'existence même d'un litige sur l'interprétation du contrat. Une réponse peut être apportée : les parties ont cru s'entendre et réalisent, *a posteriori*, au stade de l'exécution du contrat, qu'elles n'avaient pas envisagé la même opération. Il faut en déduire que la définition du contrat comme un accord de volontés est un artifice mis à rude épreuve par le contentieux de l'interprétation du contrat, loin de représenter une place minime dans le contentieux contractuel. Pour résoudre leur désaccord, les parties font alors appel à un tiers, un

¹⁰³⁸ Art. 1101 du C. civil.

¹⁰³⁹ Les exceptions sont les contrats solennels qui se forment par l'accomplissement de certaines formalités.

¹⁰⁴⁰ Art. 1109 du C. civil : « *Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression* » ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 25, p. 11 ; Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 425, p. 212.

¹⁰⁴¹ V. *infra* n° 221 : la formation du contrat repose non pas sur une rencontre de volontés réelles, comme en droit français, mais sur l'apparence d'une rencontre de volontés.

tiers particulier, le juge¹⁰⁴², chargé de déterminer le sens du contrat tel qu'il a été formulé et donc de choisir entre les deux sens qui lui sont proposés.

177. La définition de l'interprétation. L'interprétation, au sens large, peut être définie comme l'« *explication de ce qu'il y a d'obscur ou d'ambigu en un texte* »¹⁰⁴³, l'« *action d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est dense, compliqué ou ambigu* » et le « *résultat de cette action* »¹⁰⁴⁴. Appliquées au contrat, ces définitions indiquent que c'est l'énoncé contractuel qui fait l'objet du processus d'interprétation effectué par le juge. L'interprétation, en matière contractuelle, devient « *l'opération qui consiste à dégager le sens et la portée d'une disposition contractuelle ambiguë, imprécise, ou en contradiction avec une autre clause du contrat ou un autre document contractuel* »¹⁰⁴⁵. En France, ce processus repose de façon évidente sur la recherche de la volonté des parties lorsqu'il est mis en œuvre par le juge français¹⁰⁴⁶, car le contrat est défini comme un « accord de volontés »¹⁰⁴⁷. En Angleterre, il est plus difficile de déterminer sur quoi porte le raisonnement du juge anglais. En effet, l'interprétation, aussi appelée *construction*, est définie comme « [l']*interprétation est la détermination du sens que le document aurait aux yeux d'une personne raisonnable ayant toutes les connaissances du contexte dont les parties auraient pu raisonnablement disposer dans la situation dans laquelle elles se trouvaient au moment du contrat* »¹⁰⁴⁸. En réalité, il est possible de retenir qu'en droit français comme en droit anglais, l'interprétation du contrat est la recherche de la volonté des parties, ce qui tendrait à rapprocher l'office des juges français et des juges anglais. Néanmoins, la volonté contractuelle n'est pas conçue de la même façon. Par

¹⁰⁴² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 452, p. 421.

¹⁰⁴³ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 2 [En ligne] <https://www.littre.org/definition/interpretation> (page consultée le 07/02/2020) ; CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle* [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/interpretation> (page consultée le 07/02/2020) : « Action d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est dense, compliqué ou ambigu ; résultat de cette action ».

¹⁰⁴⁴ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens II. A. -1 [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/interpretation> (page consultée le 24/02/2020).

¹⁰⁴⁵ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 261, p. 226. V. aussi : François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 602, p. 704.

¹⁰⁴⁶ L'art. 1188 du C. civil dispose en effet : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ». V. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 452, p. 422, et Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 289, p. 245.

¹⁰⁴⁷ V. *supra* n^{os} 1 et 26.

¹⁰⁴⁸ *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society, House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896, p. 912 : « *Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract* ».

conséquent, les méthodes destinées à dégager la volonté contractuelle divergent. Ces méthodes reçoivent traditionnellement les mêmes qualificatifs que la conception du contrat et de la volonté contractuelle : la recherche d'une volonté réelle correspond à une méthode « subjective » et la recherche d'une volonté qui peut être raisonnablement attribuée aux parties correspond à une méthode « objective »¹⁰⁴⁹.

178. « Subjectif » et « objectif », définitions générales. Est subjectif ce « [q]ui est propre à un sujet déterminé, qui ne vaut que pour lui seul »¹⁰⁵⁰. Par opposition, est objectif ce « [q]ui existe en soi, indépendamment du sujet pensant »¹⁰⁵¹. Appliquées aux méthodes d'interprétations des contrats, ces adjectifs signifient que la méthode subjective recherche la volonté interne des parties, « ce qui se passe dans l'intérieur de l'esprit »¹⁰⁵². Parce qu'il n'est pas possible pour le juge d'accéder au for intérieur des parties¹⁰⁵³, cette recherche sera nécessairement éclairée d'éléments extrinsèques, tels que la conduite des parties, les négociations et échanges précontractuels, les usages d'une profession permettant de lire d'une certaine façon un terme ou une expression. À l'inverse, la méthode objective recherche, non pas le for intérieur des parties, mais une volonté normale au regard d'un standard indépendant de toute considération factuelle entourant la conclusion du contrat.

179. « Subjectif » et « objectif », définitions relatives à l'interprétation des contrats : des méthodes traditionnellement opposées. En matière d'interprétation du contrat, « les termes “objectif” et “subjectif” désignent généralement le rôle joué par la “volonté” ou l’“intention” réelle des parties. Une approche purement subjective de l'interprétation répondrait à la question de savoir si un ensemble donné de faits entre dans le champ d'application d'une clause contractuelle particulière, exclusivement sur la base de ce que les parties ont effectivement (subjectivement) voulu. Une approche purement objective répondrait à la question par référence exclusive à des facteurs externes qui peuvent être déterminés sans

¹⁰⁴⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, Droit civil. Les obligations, Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, pp. 706 et 707.

¹⁰⁵⁰ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens II. A. -1 [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/subjectif> (page consultée le 24/02/2020).

¹⁰⁵¹ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens B. -1 [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/objectif> (page consultée le 24/02/2020).

¹⁰⁵² Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 1. [En ligne] <https://www.Littre.org/definition/subjectif> (page consultée le 16/04/2020).

¹⁰⁵³ À plus forte raison que la recherche de volonté réelle paraît bien peu compatible avec l'exigence de recherche de la volonté commune : chaque partie est douée d'un esprit propre qu'il ne partage pas avec son cocontractant. La volonté réelle, parce qu'elle est enfermée dans le sujet, ne peut pas, par définition, être commune.

tenir compte des intentions (subjectives) réelles des parties »¹⁰⁵⁴. Ainsi, dans un premier temps, il est tentant de penser que le juge anglais adopte une méthode d'interprétation purement objective et ainsi diamétralement opposée au juge français obnubilé par la volonté réelle et usant d'une méthode purement subjective¹⁰⁵⁵. Or, il s'agit d'une vision caricaturale des méthodes d'interprétation du contrat mises en œuvre par les juges français et les juges anglais.

180. Des méthodes inverses. Dans un second temps, un examen un peu plus approfondi laisse penser que les juges français et anglais font appel à des méthodes d'interprétation similaires mais selon une logique inverse. En effet, de façon simplifiée, l'interprétation subjective par laquelle le juge recherche la volonté interne des parties constitue pour le juge français la règle de principe, alors qu'elle constitue pour le juge anglais l'exception. Selon un principe de lecture littérale, le juge anglais recherche d'abord le « *plain and obvious meaning* »¹⁰⁵⁶ des termes employés dans l'*instrumentum* à travers le prisme d'une personne raisonnable. C'est seulement lorsque ce sens est inaccessible que le juge anglais se penchera sur des éléments extrinsèques susceptibles de lui révéler la volonté contractuelle subjectivement entendue. Inversement, l'interprétation objective du contrat par laquelle le juge s'attache à la teneur littérale de l'*instrumentum* à travers le prisme d'une personne raisonnable constitue le principe pour le juge anglais et l'exception pour le juge français. L'article 1188 du Code civil pose en effet d'abord ce qui semble être un principe de recherche de volonté interne, selon une méthode subjective, puis une règle subsidiaire de lecture de l'*instrumentum* à travers les yeux d'une personne raisonnable.

181. Des emprunts mutuels de correctifs. Enfin, un examen plus attentif révèle que la pratique a conduit notamment les juges, et le législateur en ce qui concerne le droit positif français, à inventer et à perfectionner des correctifs qui permettent à chacun des systèmes de tempérer les excès potentiels d'une méthode d'interprétation purement subjective ou purement objective. Ce tempérament se fait souvent par l'emprunt au système de tradition juridique

¹⁰⁵⁴ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », in Andrew BURROWS and Edwin PEEL (eds), *Contract Terms*, OUP, 2007, p. 3 : « [...] the terms "objective" and "subjective" are usually meant to refer to the role played by the actual "will" or "intention" of the parties. A purely subjective approach to interpretation would answer the question whether a given set of facts falls within the scope of a particular contractual clause exclusively on the basis of what the parties actually (subjectively) intended. A purely objective approach would answer the question exclusively with reference to external factors which can be ascertained without taking into account the parties' actual (subjective) intentions ». [En ligne] <https://papers.ssrn.com> (page consultée le 12/09/2018)

¹⁰⁵⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 452, p. 422.

¹⁰⁵⁶ Rabin v. Gerson Berger Association Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374. V. *infra* n° 225.

différente de certains de ses mécanismes, la difficulté résidant dans la subsistance de cultures juridiques sous-terraines profondément différentes. Les mécanismes empruntés sont donc parfois repensés, altérés, voire tronqués, afin d'éviter de contredire frontalement les principes fondateurs du système qui les emprunte.

182. Le rapprochement de l'office des juges français et des juges anglais. En matière d'interprétation du contrat, la lecture littérale de l'*instrumentum* privilégiée par les juges anglais trouve un équivalent dans la prohibition faite aux juges français de dénaturer le sens clair du contrat. L'emprunt de mécanismes correctifs s'est ainsi opéré de l'Angleterre vers la France, rapprochant l'office des juges français et des juges anglais. En Angleterre, l'attachement à la teneur littérale de l'*instrumentum* a donné naissance à une méthode reine d'interprétation, la méthode objective, qui a été adaptée par le droit français (**Chapitre 1**). L'emprunt de mécanismes correctifs s'est également opéré de la France vers l'Angleterre. En France, la recherche de la volonté réelle a donné naissance à une méthode d'interprétation subjective, méthode reine du droit français qui fut source d'inspiration pour le droit anglais (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La méthode d’interprétation objective : l’attachement à la teneur littérale, une méthode reine du droit anglais adaptée par le droit français

183. Une lecture littérale de l’*instrumentum*. En France comme en Angleterre, les parties peuvent restreindre l’office des juges en matière d’interprétation par le biais d’un acte clair ne nécessitant pas d’interprétation, ou par le biais de stipulations contractuelles, (**Section 1**). En l’absence de telles clauses contractuelles, il revient au juge d’interpréter le contrat. Or, le législateur français a donné au juge des outils d’interprétations issus d’une méthode objective, dont certains, tels que la personne raisonnable, sont directement issus du droit anglais (**Section 2**).

Section 1 - L’action des parties sur l’interprétation judiciaire du contrat

184. L’attachement inégal au littéralisme. La méthode d’interprétation française étant traditionnellement qualifiée de « subjective », il est facile d’oublier qu’elle peut se rattacher en partie à la méthode objective. En France, lorsque l’*instrumentum* est clair, les juges du fond sont tenus d’opérer une lecture littérale de l’*instrumentum* finalement semblable à la lecture des contrats mise en œuvre par les juges anglais. Ils ont ainsi l’obligation de respecter la volonté déclarée des contractants et l’interdiction de se livrer à l’interprétation du contrat.

Le littéralisme occupe cependant une place moindre dans la culture juridique française. Cela est déjà visible lorsque l’on constate que, loin d’être un principe d’interprétation du contrat comme c’est le cas en droit anglais, le littéralisme est mis en œuvre seulement pour éviter les « *interprétations les plus fantaisistes* »¹⁰⁵⁷. Parce qu’il est initialement déjà très nuancé dans son principe, le littéralisme qui sous-tend le contrôle de la dénaturation en droit français nourrit un contentieux en réalité assez restreint. En revanche, il fallut beaucoup de temps aux juges anglais pour modérer sans équivoque leur attachement à la teneur littérale de l’*instrumentum*. La primauté de la lettre sur l’esprit existe sous des formes différentes dans les deux systèmes et n’occupe pas la même place dans le droit positif et dans la culture juridique en France et en Angleterre (§ 1).

Le respect de la volonté déclarée des parties prend, en droit français et en droit anglais, d’autres formes que celles, respectivement, de la sanction de la dénaturation et d’une

¹⁰⁵⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 619, p. 722.

méthode initialement profondément littérale d'interprétation du contrat. En effet, les parties contractantes peuvent exercer une emprise sur l'interprétation effectuée par les juges, limitant ainsi leur marge de manœuvre, en définissant elles-mêmes, par le biais de clauses d'interprétation, dont le principe est admis à la fois par les juges français et les juges anglais, certains mots contenus dans l'*instrumentum* (§ 2).

§ 1 - L'interprétation judiciaire évincée : une place différenciée de la lettre sur l'esprit

185. La primauté de la lettre sur l'esprit. Traditionnellement qualifiée de subjective, la méthode d'interprétation française n'en laisse pas moins une place à une lecture littérale de l'*instrumentum*. Le terme littéral signifie « *Qui est conforme à la lettre, au mot à mot du texte* »¹⁰⁵⁸. La lecture littérale s'apparente ainsi à une méthode objective d'interprétation du contrat dans la mesure où il s'agit de raisonner « *indépendamment du sujet pensant* »¹⁰⁵⁹, et plus précisément par rapport à un sens communément et largement admis des termes. En effet, dans le contentieux de la dénaturation, qui se situe en marge de celui de l'interprétation car ils sont mutuellement exclusifs, la lettre prime sur l'esprit d'une façon qui n'est pas sans rappeler l'attachement au littéralisme dont fait traditionnellement preuve le droit anglais. Là où le juge anglais recherche le « *plain and obvious meaning* » des termes contractuels, le juge du fond français s'est vu interdire, par la Cour de cassation, l'interprétation des clauses « *claires et précises* ». Ainsi, il est possible de remarquer en droit positif français comme en droit positif anglais un respect commun de la volonté déclarée des parties.

186. Une place inégale donnée au littéralisme. La lecture littérale des actes juridiques, et notamment du contrat, trouve une place dans l'office du juge français comme dans l'office du juge anglais. Les deux systèmes ont repris et modelé, en fonction d'autres principes relatifs aux contrats, l'adage romain *Interpretatio cessat in claris*¹⁰⁶⁰. Ce respect de la volonté déclarée des parties prend, en droit positif français, la forme de la prohibition de l'interprétation des actes clairs, aussi appelée dénaturation. Or ce contentieux, parce que le littéralisme qui le sous-tend est tempéré par d'autres principes, occupe une place limitée dans le droit positif français, de

¹⁰⁵⁸ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, sens A [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/interpretation> (page consultée le 13/04/2020).

¹⁰⁵⁹ V. *supra* n° 177.

¹⁰⁶⁰ Céline DRAND, « Le caractère législatif de l'adage *Interpretatio cessat in claris* en droit français des contrats », *Scientia Juris*, n° 2, 2013, in *Revue du droit on line*, 2013. [En ligne] https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia02theme_dranc.pdf (page consultée le 19/12/2019)

telle sorte que la primauté de la lettre sur l'esprit est loin d'être au cœur de l'interprétation des contrats (A). En revanche, elle est profondément ancrée dans la culture juridique anglaise. Les juges anglais ont très tôt¹⁰⁶¹ conçu un principe, nommé *parol evidence rule*, qui, parce qu'il interdit au juge de se fonder sur des éléments autres que l'*instrumentum* lui-même, est empreint d'un littéralisme strict initialement envisagé comme principe immuable (B).

A) La sanction de l'interprétation de l'acte clair : le contentieux marginal de la dénaturation

187. Une convergence indéniable mais relative. Le contrôle de la dénaturation est fondé sur la théorie de l'acte clair : lorsque l'*instrumentum* est limpide, il est interdit de l'interpréter sous peine de le dénaturer, ce qui en appelle le plus souvent une lecture littérale. La doctrine qui sous-tend le contrôle de la dénaturation est donc empreinte de cette méthode de lecture des actes, ce qui est un facteur de rapprochement entre les systèmes français et anglais (1). Néanmoins, plus la définition donnée à l'acte clair est extensive, plus le juge du fond se trouvera limité dans son pouvoir d'interprétation. Or le littéralisme mis en œuvre dans le contrôle de la dénaturation en France n'est pas aussi strict que celui qui nourrit le principe d'interprétation du contrat en Angleterre. En effet, il est en France fortement tempéré en pratique car la majorité des actes est considérée comme obscure, ce qui explique que le grief de dénaturation soit rarement accueilli par la Cour de cassation. Cela laisse au juge du fond françaises de nombreuses occasions d'exercer son pouvoir souverain d'interprétation du contrat (2).

1) La théorie de l'acte clair

188. Deux étapes principales dans la détermination de la dénaturation. Dire que la dénaturation du contrat par le juge suppose l'altération de l'*instrumentum* « clair », entraînant ainsi l'altération de la volonté contractuelle, suppose de préciser ce qui est entendu par la clarté de l'acte. C'est la première recherche qu'effectue la Cour de cassation lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi comportant un grief de dénaturation. Selon le rapport annuel de la Cour de cassation de 2012, le grief de dénaturation « *oblige le plus souvent le juge de cassation à se demander, en premier lieu, si la lettre de l'acte est aussi claire que prétendu par l'auteur du pourvoi et, dans l'affirmative, en second lieu, si le juge du fond l'a, sous couvert d'interprétation, altérée au point de la dénaturer* »¹⁰⁶². Il convient donc d'envisager successivement la définition de

¹⁰⁶¹ Lord Irnham v. Child and Others, *Court of Chancery*, 1^{er} janv. 1781, (1781) 1 Brownis Chancery Cases 92.

¹⁰⁶² COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2013, DILA, p. 137.

l'acte clair (a), puis l'analyse, par la Cour de cassation, de l'interprétation effectuée par le juge du fond pour déterminer la présence d'une dénaturation (b).

a) La définition de l'acte clair

189. L'interprétation d'un acte clair, une dénaturation. En France, les clauses claires et précises ne doivent pas faire l'objet d'une interprétation par le juge. Les interpréter revient à les dénaturer. Le Littré définit l'interprétation comme l'« *explication de ce qu'il y a d'obscur ou d'ambigu en un texte* »¹⁰⁶³. Cette définition laisse entendre que le processus d'interprétation ne peut intervenir que si le texte qui en fait l'objet manque de clarté. Si le texte est clair, l'interprétation est alors forcément synonyme de dénaturation. Dénaturer signifie « *altérer la nature* », l'essence d'une chose, or l'essence correspond à « *ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est, ce sans quoi elle ne serait pas* »¹⁰⁶⁴. L'altération de la nature d'une chose la transforme en une autre chose. Appliqué au contrat, ce raisonnement permet de retenir que lorsque l'acte, l'*instrumentum*, est clair, la volonté contractuelle dont il est l'expression, c'est-à-dire les obligations, assorties de leurs modalités, que les parties ont voulu mettre à la charge de l'autre et celles qu'elles ont accepté d'exécuter, autrement dit le *negotium*¹⁰⁶⁵, est alors immédiatement saisissable. Dès lors, tout processus d'interprétation de l'acte, parce qu'il constitue un *medium* entre l'*instrumentum* et le *negotium*, aurait pour effet d'« *altérer [l']essence* »¹⁰⁶⁶ de l'acte, donc le *negotium*.

190. Une règle jurisprudentielle. La sanction de la dénaturation a d'abord été conçue par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation s'est reconnue, dans un arrêt de 1872¹⁰⁶⁷, le pouvoir de censurer les jugements et arrêts des juges du fond qui se livraient à un travail

¹⁰⁶³ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 2 [En ligne] <https://www.Littre.org/definition/interpretation> (page consultée le 07/02/2020) ; CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle* [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/interpretation> (page consultée le 07/02/2020) : « *Action d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est dense, compliqué ou ambigu ; résultat de cette action* ».

¹⁰⁶⁴ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 2 [En ligne] <https://www.Littre.org/definition/essence> (page consultée le 07/02/2020)

¹⁰⁶⁵ Cyril GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 2008, p. 207, n° 2 : « *Si seul l'instrumentum constitue l'objet de l'interprétation, c'est en revanche dans le but de déceler le negotium, la commune intention des parties* ».

¹⁰⁶⁶ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 2017, n° 1059, p. 2172.

¹⁰⁶⁷ Civ., 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Colombe c. Pringault*, *DP*, 1872.I.176. ; S. 72. 1. 232 ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. *Grands arrêts*, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 161, pp. 147s.

d'interprétation des clauses suffisamment claires¹⁰⁶⁸. En l'espèce, la clause litigieuse figurait dans un avis affiché dans les locaux d'une usine et était ainsi rédigée : « *qu'il est bien entendu que, pour n'importe quel cas, la prime demeurera facultative* ». Le conseil des prud'hommes avait estimé que l'usine était tenue de verser au salarié une prime dans la mesure où des paiements avaient déjà été effectués. La Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, cassa pour violation de la loi le jugement rendu par la juridiction de premier degré au motif que la clause était « *formelle* », autrement dit dépourvue de toute ambiguïté. Un temps vivement critiquée par certains auteurs¹⁰⁶⁹, la sanction de la dénaturation, longtemps pratiquée par la Cour de cassation, a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰⁷⁰. La dénaturation des actes, et plus particulièrement du contrat, est donc un cas d'ouverture à cassation.

191. Une dualité de fondements théoriques. En théorie, la sanction de la dénaturation est d'abord fondée sur une règle de droit substantiel : la force obligatoire du contrat, posée par l'ancien article 1134 du Code civil et reprise par l'article 1103. La clarté et la précision de l'acte rendant inutiles la recherche de la commune intention, « *la convention qui tient lieu de loi à ceux qui l'ont formée, est l'accord portant sur les déclarations de volonté [...] quand les parties prennent soin de préciser par écrit leurs stipulations, chacune d'elles a le droit à l'application de la volonté "déclarée" au sujet de laquelle un accord est intervenu, sans que les juges du fond puissent, en alléguant l'utilité ou l'équité, procéder à une recherche d'intentions non exprimées "contre ou outre l'écrit"* »¹⁰⁷¹. Or cette réflexion laisse également entrevoir le rôle des règles de preuve des obligations dans la prohibition de la dénaturation des actes clairs. L'article 1341 disposait qu'« *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes* »¹⁰⁷², autrement dit, la preuve testimoniale est impuissante à remettre en question le

¹⁰⁶⁸ Une auteure a cependant décelé des traces de la théorie de l'acte clair qui fonde la prohibition de la dénaturation dans les travaux préparatoires du Code civil : Céline DRAND, « Le caractère législatif de l'adage Interpretatio cessat in claris en droit français des contrats », *Scientia Juris*, n° 2, 2013, in *Revue du droit on line*, 2013. [En ligne] https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia02theme_dranc.pdf (page consultée le 19/12/2019)

¹⁰⁶⁹ Ernest FAYE, *La Cour de cassation - Traité de ses attributions, de sa compétence, de la procédure observée en matière civile suivi du Code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris : A. Chevalier-Marescq, 1903, n° 177, p. 195 ; GLASSON Ernest-Désiré, TISSIER Albert, MOREL René, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1925 – 1936. Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2023, 6^{ème} éd., n° 79-05, p. 454.

¹⁰⁷⁰ Art. 1192 du C. civil : « *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ».

¹⁰⁷¹ Civ., 23 avril 1945, *D.* 1945, p. 261, *ibid.*, p. 262, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.

¹⁰⁷² Correspond au nouvel art. 1359, al. 2 du C. civil qui dispose : « *Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique* ».

contenu d'un écrit : seul un écrit peut prouver contre un écrit¹⁰⁷³. Or, le juge du fond, « *tenté d'invoquer l'intention réelle des parties, [la] tire de présomptions auxquelles [ces] textes [...] lui interdisent précisément de recourir pour prouver "outré et contre" l'écrit clair et précis* »¹⁰⁷⁴.

192. Un fondement juridique unique dans la jurisprudence. L'étude des décisions de justice censurant une dénaturation révèle cependant que la mention des règles de preuve ne figure pas dans les fondements juridiques explicitement invoqués par la Cour de cassation pour censurer les décisions des juges du fond. Figurait initialement dans les arrêts de la Haute juridiction une référence à la seule force obligatoire du contrat. Avant la réforme du 10 février 2016, la Cour de cassation visait l'article 1134 du Code civil¹⁰⁷⁵, quoiqu'il lui arrive aujourd'hui de viser ce même article « *dans sa version alors en vigueur* »¹⁰⁷⁶ lorsque le contrat a été conclu sous l'empire de la rédaction antérieure.

193. Un fondement juridique nouveau. Cependant, dans des arrêts plus récents, la Cour de cassation, alors qu'elle pourrait aisément viser l'article 1103 issue de la réforme du 10 février 2016 et qui reprend les termes de l'article 1134, ou plus simplement encore viser l'article 1192 qui prohibe explicitement la dénaturation des clauses claires et précises, préfère employer l'expression : « *Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis* »¹⁰⁷⁷ sans référence à l'article 1192. Le fondement explicite de la force obligatoire du contrat est donc abandonné dans le visa de la Cour. La nouvelle formulation a sans doute été adoptée car la dénaturation peut également porter sur des éléments de preuve tels qu'un rapport

¹⁰⁷³ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2023, 5^{ème} éd., n° 79.54, p. 446.

¹⁰⁷⁴ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2023, n° 79.35, p. 444. V. également Cyril GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 2008, p. 207, n° 10 : « *Soyons plus précis sur le rôle exact de l'article 1134 du Code civil : celui-ci commande que soit toujours respectée la commune intention des parties, alors que l'article 1341 du Code civil ne rend possible ce respect de la commune intention des parties que lorsque l'instrumentum est obscur. L'article 1341 du Code civil, règle de preuve, constitue donc une limite à l'article 1134 du Code civil, règle de fond* ». En réalité, c'est plus précisément l'ancien art. 1156 du C. civil, repris par l'art. 1188, qui commande la recherche de la commune intention.

¹⁰⁷⁵ Civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 00-10588, inédit, *AJDI*, 2002, p. 28, P. LAURENT ; Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, n° 08-18230, inédit, *D. actu.*, 28 janv. 2010, P. GUIOMARD.

¹⁰⁷⁶ V. par ex : Soc., 20 mars 2019, n° 17-26999, inédit ; Civ. 3^{ème}, 4 juill. 2019, n° 18-16731, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 39, 2019, p. 56, J.-D. BARBIER ; Com., 9 juill. 2019, n° 17-23729, inédit.

¹⁰⁷⁷ V. par ex : Civ. 3^{ème}, 20 avril 2017, n° 16-13462, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 30, 2017, p. 52, F.-X. AJACCIO, A. CASTON et R. PORTE ; Com. 9 janv. 2019, n° 17-19899, inédit, *Comm. com. électr.*, n° 7-8, 2020, prat. 10, Y. GAUBIAC.

d'expertise¹⁰⁷⁸ ou des actes de procédure. L'expression, plus générale, permet ainsi à la Cour de viser les dénaturations portant sur tout type d'écrits.

194. Une garantie contre la réécriture arbitraire du contrat. Le but du contrôle de la dénaturation, soutenu par la théorie de l'acte clair, est « *de prendre en compte une préoccupation typique du droit libéral des contrats de la France du dix-neuvième siècle, à savoir empêcher une réécriture judiciaire des contrats* »¹⁰⁷⁹, d'éviter les « *décisions tournant le dos à l'évidence* »¹⁰⁸⁰. Le contrat étant la loi des parties¹⁰⁸¹, les tiers, y compris donc le juge, ne peuvent modifier l'accord qui a été conclu entre elles. Par conséquent, c'est la force obligatoire du contrat qui fonde, en théorie et en pratique, dans les arrêts de la Cour de cassation, la cassation pour dénaturation. Dans cette optique, « *la prédominance ainsi donnée à la manifestation de volonté claire et précise joue bien moins souvent pour refouler la volonté interne des parties que pour protéger cette volonté contre l'arbitraire du juge [...]* »¹⁰⁸². Cependant, force est de constater que, dans la sanction de la dénaturation, la recherche opérée par le juge porte sur la volonté déclarée¹⁰⁸³, et non sur la volonté interne.

195. Le littéralisme, corollaire de la théorie de l'acte clair. Le contentieux de la dénaturation se situe en marge de celui de l'interprétation, car précisément lorsqu'il y a eu dénaturation de l'acte par le juge du fond cela suppose que l'interprétation était prohibée, mais il y est étroitement lié. En effet, seule la constatation du caractère « *obscur, ou même seulement ambigu* »¹⁰⁸⁴ de la clause litigieuse par le juge du fond l'autorise à se livrer à l'interprétation du contrat. Un tel raisonnement rappelle l'interprétation littérale anglaise et le *plain and obvious meaning* des termes : « *lorsque les parties ont utilisé un langage dépourvu d'ambiguïté, le*

¹⁰⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 13 sept. 2018, n° 17-21243, inédit, *LEDA*, n° 10, 2018, p. 4, D. KRAJESKI ; Civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-13248, inédit ; Civ. 1^{ère}, 29 mai 2019, n° 18-15556, inédit, *Resp. civ. assur.*, n° 9, 2019, comm. 226.

¹⁰⁷⁹ Stefan VOGNAUER, « Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 9 [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018) : « *Its aim is to safeguard a typical concern of the liberal contract law of nineteenth century France, namely to prevent a judicial rewriting of contracts* ».

¹⁰⁸⁰ Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 2015, 13^{ème} éd., arrêt n° 161, p. 148.

¹⁰⁸¹ Ancien art. 1134 du C. civil ; nouvel art. 1103 du C. civil.

¹⁰⁸² Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 35, p. 266.

¹⁰⁸³ Civ., 23 avril 1945, *D.* 1945, p. 261 ; *ibid.*, p. 262, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 79.53, p. 445.

¹⁰⁸⁴ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 793, p. 632.

tribunal doit l'appliquer »¹⁰⁸⁵. En France, la théorie de l'acte clair « accorde la priorité absolue à la formulation prétendument claire et sans ambiguïté du contrat et place ainsi fermement l'approche française de l'interprétation contractuelle dans le camp littéral »¹⁰⁸⁶. En effet, si la recherche de la volonté réelle des parties imprègne la majorité du contentieux en matière d'interprétation du contrat – car dans la plupart des litiges, c'est à juste titre que la clause litigieuse sera considérée comme ambiguë par le juge du fond qui jouira donc d'un pouvoir souverain pour l'interpréter¹⁰⁸⁷ – « la théorie de la dénaturation [...] fait prévaloir la déclaration de volonté sur la recherche d'intention »¹⁰⁸⁸. Si le juge refuse d'interpréter le contrat en raison de sa clarté, « il assujetti[t] la volonté à son expression matérielle »¹⁰⁸⁹, autrement dit, la teneur littérale de l'acte doit prévaloir. La prohibition de la dénaturation des actes clairs appelle donc une lecture littérale de l'*instrumentum* par laquelle les juges du fond doivent s'en tenir à la volonté déclarée, abandonnant ainsi toute recherche de volonté interne.

196. Une définition difficile. L'étude de la jurisprudence révèle que les contours de la notion d'acte clair, qui n'est pas définie par le législateur, ne sont pas facilement déterminables pour les juges. En réalité, les juges du fond mettent en œuvre des critères multiples afin de vérifier la clarté de l'acte (i). Il convient de noter que la qualification d'acte clair fait l'objet d'un contrôle par le Cour de cassation à l'aide de ces mêmes critères (ii).

i) Les critères multiples de la notion de clarté

197. La difficile définition de l'acte clair. Issue du droit administratif¹⁰⁹⁰ et utilisée par la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de renvoi préjudiciel¹⁰⁹¹ depuis un arrêt rendu en 1982¹⁰⁹², la distinction entre l'acte clair et l'acte obscur a été reprise par la Cour de

¹⁰⁸⁵ Lord CLARKE in *Kookmin Bank v. Rainy Sky SA & Others, The Supreme Court of the United Kingdom*, 2 nov. 2011, [2011] UKSC 50, n° 23 : « Where the parties have used unambiguous language, the court must apply it ». V. également *infra* n°s 225s.

¹⁰⁸⁶ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 9 [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018) : « the doctrine accords absolute priority to the supposedly clear and unambiguous wording of the contract and thus firmly puts the French approach to contractual interpretation into the literalist camp ».

¹⁰⁸⁷ Sur la mise en œuvre de cette interprétation, v. *infra* n°s 342s.

¹⁰⁸⁸ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 24, p. 260.

¹⁰⁸⁹ Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris : LGDJ, 1961, n° 373, p. 366.

¹⁰⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG

¹⁰⁹¹ Prévu par l'art. 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *JOUE* du 26 oct. 2012, C326/47.

¹⁰⁹² CJCE, Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. ministère de la Santé, 6 oct. 1982, aff. 283/81. La Cour de Justice précise ainsi que les juridictions nationales de dernière instance sont tenues de saisir la Cour lorsque, à l'occasion d'un litige, se pose une question d'interprétation du droit communautaire. Le caractère de la pertinence

cassation pour censurer les jugements et arrêts qui chercheraient à réécrire le contrat¹⁰⁹³. À l'occasion du centenaire de la jurisprudence *Veuve Foucauld*, Jacques BORÉ avait réalisé une analyse approfondie de la doctrine qui sous-tend le contentieux de la dénaturation et des jurisprudences rendues par la Cour de cassation au titre de la sanction de la dénaturation¹⁰⁹⁴. Outre le rappel de l'exigence d'un acte écrit¹⁰⁹⁵ dont l'interprétation influence la solution du litige¹⁰⁹⁶, il explique qu'un acte est considéré comme « clair » lorsqu'il est, d'une part, susceptible d'un seul sens¹⁰⁹⁷, et d'autre part, que ce sens unique apparent n'est pas incompatible avec une ou des clauses du même acte, ou d'un autre acte¹⁰⁹⁸. La simple existence d'un litige, qui laisse deviner le désaccord entre les parties sur le sens de l'*instrumentum* auquel elles ont pris part, ne devrait en principe pas suffire à déduire l'ambiguïté de l'acte car « *l'assignation en justice [vaudrait alors] permis de dénaturer pour le juge qu'elle saisit* »¹⁰⁹⁹. Cependant, la tentation est grande de considérer que le litige sur le sens de l'*instrumentum* indique l'ambiguïté : la motivation d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2019 laisse penser que la Haute juridiction s'est précisément limitée à cette constatation pour en déduire le caractère équivoque de l'acte¹¹⁰⁰, ce qui élargirait alors les occasions d'exercice de l'interprétation souveraine du contrat par le juge du fond.

de la question est appréciée par la juridiction nationale et « *il faut une difficulté réelle, soulevée par les parties, ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* » pour justifier le renvoi. Cependant, il faut noter que la CJCE, rappelant l'avis de la Commission européenne, précise que « *l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par un juge national au sujet d'un texte communautaire demande une prudence beaucoup plus grande que le recours à la théorie de l'acte clair dans un contexte national* ».

¹⁰⁹³ V. *supra* n° 194.

¹⁰⁹⁴ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, pp. 249s.

¹⁰⁹⁵ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, n° 93-11339, *Bull. civ. I.*, 1995, n° 164, p. 118.

¹⁰⁹⁶ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n°s 88, pp. 289s.

¹⁰⁹⁷ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n°s 61s, pp. 275s ; Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 291, p. 248 ; Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 79.151, p. 454.

¹⁰⁹⁸ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n°s 65s, pp. 276s.

¹⁰⁹⁹ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 62, p. 275.

¹¹⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-50056, *Bull. civ. I.*, 2019, p. 171, *BJDA*, n° 62, 2019, comm. 11, R. BIGOT ; *Resp. civ. et assur.*, 2019, repère 5, H. GROUDEL : la Cour précisa que « *les parties étant en désaccord sur le sens et la portée de cet article, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, procédé à une interprétation souveraine de ses termes ambigus, exclusive de toute dénaturation, de telle sorte que le grief [de dénaturation] n'aurait pas été susceptible de prospérer* ».

Il semble bien difficile de saisir le critère de la « clarté » et de la « précision » d'une clause, et par là même la frontière entre la dénaturation et l'interprétation¹¹⁰¹. Autrement formulée, cette exigence de clarté signifie qu'il existe un sens unique à donner à la clause litigieuse et que ce sens serait, de plus, l'« évidence »¹¹⁰², ou que le sens donné par les juges du fond n'était « évidemment » pas le bon¹¹⁰³, ce qui ne constitue pas un critère plus facilement saisissable. La frontière entre les contrats pour lesquels il est possible de douter et ceux dont le sens est évident n'est elle-même pas très marquée¹¹⁰⁴. Preuve que la question embarrasse, la Cour de cassation n'a jamais cherché à définir l'acte clair. Elle se contente d'une formule, qui est la plupart du temps la suivante : « *qu'en statuant ainsi la cour d'appel a dénaturé la clause claire et précise du contrat* »¹¹⁰⁵. Il s'avère que les juges du fond et de la Cour de cassation mettent en œuvre une pluralité de critères visant à déterminer le caractère clair d'un acte.

198. L'absence d'équivocité de la clause litigieuse. La Cour de cassation semble faire sienne la conception suivante de l'ambiguïté d'une clause : une clause est ambiguë lorsqu'elle est « *équivoque* » et est susceptible de revêtir « *plusieurs sens* »¹¹⁰⁶, « *d'être interprété[e] dans plusieurs sens* »¹¹⁰⁷. Dans une telle hypothèse, l'ambiguïté est donc inhérente à la clause litigieuse. Par exemple, dans un arrêt du 30 mars 2017¹¹⁰⁸, la cour d'appel de Paris a eu à connaître d'un contrat de promesse de vente de parts sociales avec garantie de passif¹¹⁰⁹ au profit du cessionnaire. Le contrat prévoyait que le cessionnaire bénéficiaire de la garantie devait

¹¹⁰¹ Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, t. II, Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Paris : Sirey, 1938-1939, n° 242, p. 140 : « *La ligne de démarcation à établir entre l'interprétation et la dénaturation est assez malaisée à tracer* ».

¹¹⁰² Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2*, PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 161, p. 149. V. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 793, p. 632 : « *La dénaturation est une erreur d'interprétation grossière et manifeste* ».

¹¹⁰³ Jacques VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », LexisNexis, *JCP G*, 1971. I. 2410, n° 14.

¹¹⁰⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 619, p. 722.

¹¹⁰⁵ Jacques VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », LexisNexis, *JCP G*, 1971. I. 2410, n° 14. V. par ex. : Civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 00-10588, inédit, *AJDI*, 2002, p. 28, P. LAURENT. La Cour utilise également l'expression voisine : « *la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du contrat* », v. Com. 9 janv. 2019, n° 17-19899, inédit ; Soc., 20 mars 2019, n° 17-26999, inédit.

¹¹⁰⁶ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 1 [En ligne] <https://www.Littre.org/definition/ambigu> (page consultée le 08/02/2020)

¹¹⁰⁷ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., 1992-2000. [En ligne] <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1401> (page consultée le 07/02/2020)

¹¹⁰⁸ CA Paris, 30 mars 2017, n° 14/07614.

¹¹⁰⁹ « *Convention par laquelle le cédant de droits sociaux garantit au cessionnaire la valeur de son acquisition [...] la mise en œuvre de cette garantie se traduit par une indemnité versée à la société ou, plus fréquemment, par une restitution à l'acquéreur de tout ou partie du prix payé* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 530.

tenir informés les époux cédants « *de toutes vérifications de la Société par une administration fiscale ou sociale et de toutes réclamations formulées par un tiers quelconque à l'encontre de la Société susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la garantie* ». Les appelants soutenaient que la société cessionnaire était déchu de la garantie qu'elle invoquait dans la mesure où elle n'avait pas avisé les cédants dans le délai contractuel des réclamations effectuées par deux tiers. La cour d'appel de Paris réfuta cet argument pour l'un, mais l'admit pour le second, précisant qu'une société localisée dans le même immeuble que la société cédée et s'estimant victime d'un dégât des eaux avait, par « *acte du 28 septembre 2007, soit postérieurement à la cession [...] assigné la société SGI en responsabilité et paiement de dommages et intérêts devant le tribunal de grande instance de Nanterre* ». Or la cour retint, dans une acception restreinte du terme « revendication », que « *l'assignation du 28 septembre 2007 caractérise seule la réclamation du tiers* » qui n'avait pas été notifiée dans les trente jours de telle sorte que le cessionnaire était déchu de la garantie en ce qui concernait ce passif. Le cessionnaire forma un pourvoi en cassation au moyen que des expertises relatives au dégât des eaux avaient été menées, antérieurement à la cession de parts sociales, à l'initiative de la société voisine, de telle sorte que les cédants étaient informés, au jour de la cession, du litige opposant la société cédée à la société voisine. La revendication, dans cette acception plus large, prenait donc la forme de la convocation à la réunion d'expertise. Ainsi, il n'était pas possible de concevoir l'assignation comme « *caractéris[ant] seule la réclamation du tiers* » sans dénaturer les termes de la convention en violation de l'article 1134 du Code civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi¹¹¹⁰. Elle considère que la seule existence de ces deux sens possibles du terme « *revendication* » permet de retenir son caractère intrinsèquement ambigu de telle sorte que la cour d'appel était fondée à se livrer à une interprétation de la clause de garantie, interprétation alors nécessairement « *exclusive de dénaturation* »¹¹¹¹.

199. L'absence d'incompatibilités avec d'autres clauses. Néanmoins, la Cour de cassation ne cantonne pas les hypothèses d'interprétation souveraine de l'acte aux hypothèses de clauses intrinsèquement ambiguës : la clause litigieuse peut sembler claire et univoque à première vue mais sa mise en relation avec d'autres clauses peut lui faire perdre cette apparente clarté. Dans une telle hypothèse, la clause n'est pas intrinsèquement ambiguë mais l'*instrumentum*, qui comporte deux clauses contraires ou seulement incompatibles, devient

¹¹¹⁰ Com., 19 juin 2019, n° 17-26635, inédit, *RTD civ.*, 2019, p. 577, H. Barbier ; *JCP E*, n° 5, 2020, 1034, B.-O BECKER ; *JCP G*, n° 50, 2019, doct. 1308, D. HOUTCIEFF.

¹¹¹¹ V. pour un ex. de clause jugée claire dans un contrat d'assurance : Civ. 2^{ème}, 29 mai 2019, n° 18-17851, inédit.

équivoque. Par exemple, dans un arrêt du 8 avril 2015¹¹¹², la société intimée en appel précise que « *le contrat d'apport d'affaires a pour objet la réalisation de travaux pour le compte de la société J. et c'est à juste titre que le premier juge a recherché la commune intention des parties et a ainsi constaté que la cause de l'obligation qu'elle a souscrite n'était pas une simple mise en relation mais bien la réalisation de travaux, à telle enseigne que le solde de la commission est payable [à l'appelant] à la réception de ces travaux* ». Autrement dit, la commission au bénéfice de l'apporteur de l'affaire ne serait due que lorsque la construction du bâtiment serait terminée et les clés remises à la société. Celle-ci ayant résilié le contrat portant sur la construction du bâtiment, le juge de première instance, approuvé par la cour d'appel, avait estimé que l'engagement de la société était dépourvu de cause, qui résidait de façon parfaitement explicite en la réalisation du bâtiment. Un pourvoi ayant été formé, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que la convention était « *parfaitement claire et sans la moindre ambiguïté* » alors que le contrat d'apport, « *d'un côté, indiquait qu'il portait sur l'apport d'un contrat concernant "la réalisation de travaux pour le compte de la Société J", et prévoyait qu'une partie de la commission due à l'apporteur de l'affaire devait être payée "à la réception du bâtiment" et, de l'autre, fixait la date de paiement de cette même commission et son premier versement, à hauteur de 90 %, ainsi que celui de partie de l'acompte dû par le client, "à la signature du contrat", de sorte qu'il était ambigu* »¹¹¹³. La Cour de cassation déduit donc de l'incompatibilité entre deux clauses du même contrat le caractère ambigu de la convention, ce qui ouvrait la voie à l'interprétation souveraine du juge du fond.

À l'inverse, dans un arrêt rendu en 2019¹¹¹⁴, la Cour de cassation eut à connaître d'un contrat d'assurance qui comportait une clause de sauvegarde des victimes aux termes de laquelle « *lorsque les victimes sont présentes à bord de l'aéronef, l'assureur ne sera tenu à leur égard [...] que jusqu'à concurrence du plafond de responsabilité du transporteur aérien prévu par l'article 22 de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929* ». Le contrat comprenait également une clause d'indemnisation maximale garantie selon laquelle l'indemnisation serait « *évaluée dans le cadre et les limites du règlement 2027/897 modifié par le règlement CE 889/2002*¹¹¹⁵, qui disposent qu'aucune limite financière ne peut être fixée à la responsabilité

¹¹¹² CA Toulouse, 8 avril 2015, n° 14/00575.

¹¹¹³ Com., 28 nov. 2018, n° 15-17578, inédit, RDC, n° 2, 2019, p. 14, note Y.-M. LAITHIER : « *En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat* ».

¹¹¹⁴ Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2019, n° 18-23349, inédit, JT, 2020, n° 226, p.12, X. DELPECH.

¹¹¹⁵ Règlement (CE) n° 889/2002 du Parlement européen et du Conseil du 13 mai 2002 modifiant le règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, JOCE du 30 mai 2002, L140/2.

en cas de blessures d'un passager ». La *Court of Appeal* de Versailles¹¹¹⁶ avait retenu que la clause de sauvegarde des victimes et la clause d'indemnisation maximale présentaient une contradiction apparente qui rendait indispensable leur interprétation. En effet, la première est une clause limitative de la réparation du préjudice alors que la seconde posait un principe d'absence de plafonnement en cas de préjudice corporel, dont il était question en l'espèce. L'acte ne serait donc pas clair en raison d'une incompatibilité entre deux clauses. Or la Cour de cassation casse l'arrêt : elle reproche à la cour d'appel d'avoir omis le second alinéa de la clause de sauvegarde qui s'appliquait « *aux hypothèses de déchéance, réduction, franchises [...]* » de telle sorte qu'il n'y avait pas de contradiction entre les deux clauses. Le juge du fond doit donc vérifier la délimitation du champ d'application des clauses contractuelles avant de conclure à leur incompatibilité et au caractère ambigu de l'acte.

Une incompatibilité entre deux clauses a pu être retenue par la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu en 2020¹¹¹⁷. Dans un contrat de location de véhicule, une clause de limitation de responsabilité figurant dans les conditions générales du contrat rendait le locataire responsable des dommages résultant d'une violation des dispositions du code de la route. Or le locataire avait souscrit une option de garantie en cas d'accident de la circulation qui lui serait imputable. La cour constata que ces deux clauses s'appliquaient cumulativement aux hypothèses dans lesquelles le loueur était responsable du dommage. Elle ajouta que la clause de limitation de responsabilité avait pour effet d'exclure le bénéfice de l'option de garantie destinée pourtant à couvrir le locataire au cas où sa propre responsabilité serait engagée dans un accident. La cour ajouta que le document contractuel comportait les mentions : « *la protection collision vous permettra de vous protéger en cas d'accident dans lequel votre responsabilité est engagée* », « *la protection collision couvre les dommages matériels liés à un accident fautif* » et que la garantie souscrite était décrite comme apportant « *"sérénité et tranquillité d'esprit" en affranchissant le client de toute mauvaise surprise* ». La cour d'appel en déduisit l'existence d'une contradiction entre les conditions générales et la clause de garantie. Sur le fondement de l'article 1103 du Code civil, la cour précisa que cette contradiction devait profiter au non professionnel et la clause limitative de responsabilité fut jugée abusive et donc non écrite.

Ces décisions illustrent la difficulté posée par la définition de la clarté de l'acte. Par conséquent, il n'est pas étonnant que la notion soit contrôlée par la Cour de cassation.

¹¹¹⁶ CA Versailles, 3^{ème} ch., 14 juin 2018, n° 16/08296.

¹¹¹⁷ CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 2 juill. 2020, n° 17/16470.

ii) Le contrôle de la notion de clarté

200. La Cour de cassation, maître de la distinction entre acte clair et acte obscur.

La Cour de cassation n'a jamais explicitement défini dans sa jurisprudence ce qu'elle entendait par « *acte clair* ». Cependant, il est évident que lorsqu'elle est saisie d'un grief de dénaturation, elle doit commencer par déterminer la clarté de l'acte litigieux en fonction de la conception qu'elle en a dégagée. Ainsi, la Haute juridiction « *contrôle la qualification de la clarté ou de l'ambiguïté de l'acte* »¹¹¹⁸. Le contrôle exercé par la Cour de cassation laisse ainsi penser que « *déterminer si une clause est claire et précise est une question de qualification et donc une question de droit* »¹¹¹⁹. En effet, le droit français distingue le droit et le fait et range la qualification des faits parmi les questions de droit¹¹²⁰. Cependant, pour rejeter le pourvoi fondé sur la dénaturation de l'acte, il arrive à la Cour de se référer à « *l'interprétation souveraine des juges du fond* »¹¹²¹ ce qui laisserait entendre que l'ambiguïté de l'acte est une question de fait. Il est difficile de saisir comment l'ambiguïté d'un acte pourrait relever du pouvoir souverain des juges du fond et constituer une question de fait, alors que son inverse susceptible de donner lieu à cassation, la clarté de l'acte, constituerait une question de droit. Pour éclaircir ce point, il faut se demander comment le juge raisonne lorsqu'il est confronté à un litige.

Les étapes du raisonnement du juge du fond peuvent être ainsi sommairement décrites : le juge doit vérifier l'existence de faits allégués, rechercher la qualification légale des faits puis déduire de cette qualification les conséquences qu'y attache la loi¹¹²². L'office de la Cour de cassation ne comprend pas la première étape : elle ne peut contrôler l'appréciation des éléments de preuve des faits par le juge du fond qui bénéficie en la matière d'un pouvoir souverain. En revanche, la Haute juridiction contrôle la qualification juridique des faits ainsi que la déduction

¹¹¹⁸ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 79.161, p. 456.

¹¹¹⁹ Cyril GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, 2008, n° 2, p. 207, n° 8.

¹¹²⁰ Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 115, p. 204. L'auteur démontre que les tentatives de distinctions au sein du processus de qualification juridique des faits sont insatisfaisantes et qu'il convient de retenir que toute qualification est une question de droit. V. aussi pour un compte-rendu de ces diverses doctrines : Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n°s 65.11s, pp. 302s.

¹¹²¹ Soc., 21 sept. 2016, n° 14-26705, inédit ; Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ.* III, 2018, p. 79, *LEDICO*, n° 2, 2019, p. 4, C-E BUCHER ; *LEDC*, n° 11, 2018, p. 2, N. LEBLOND ; *RTD civ.* 2019, p. 106, H. BARBIER ; *D.*, 2019, p. 279, M. MEKKI ; *JA*, 2018, n° 589, p. 11, X. DELPECH ; *RTD com.*, 2018, p. 968, D. HIEZ ; *LEDC*, n° 11, 2018, p. 2, J.-F. HAMELIN ; *JCP E*, n° 49, 2018, 1627, N. DISSAUX ; *Loyers et copropriété*, n° 11, 2018, comm. 225, E. CHAVANCE ; Civ. 3^{ème}, 27 mai 2019, n° 17-27432, inédit ; Civ. 2^{ème}, 4 juill. 2019, n°s 18-14066 et 18-14313, inédit ; Civ. 3^{ème}, 11 juill. 2019, n° 18-13460, inédit ; Soc., 6 nov. 2019, n° 18-13684, inédit.

¹¹²² Édouard BONNIER, *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. 1, Paris : Joubert, 1847-1848, p. 214.

des effets juridiques qui en découle. Or un examen plus approfondi des arrêts cités permet de remarquer que l'expression « *interprétation souveraine des juges du fond* » fait référence à l'interprétation des termes contractuels litigieux¹¹²³ ou à l'appréciation des éléments de preuve¹¹²⁴. Elle ne fait pas référence à la qualification de l'acte comme ambigu. Par conséquent, la qualification de l'acte comme ambigu est une question de droit contrôlée par la Cour de cassation ; l'interprétation de l'*instrumentum* qui en découle est une question de fait insusceptible de contrôle¹¹²⁵. La Cour de cassation contrôle donc l'application des articles 1188 et suivants par le biais de la qualification d'acte clair mais pour les cas où l'acte est ambigu, elle s'abstient de contrôler le sens que les juges du fond donnent à tel terme ou expression contenu dans l'*instrumentum*.

201. La qualification, « *entre fait et droit* ». Il n'est pas possible de développer ici toute la réflexion menée sur la question de la distinction du fait et du droit¹¹²⁶. Il convient de noter que cette distinction a une incidence sur l'office du juge, en particulier l'office de la Cour de cassation. En effet, l'opération de qualification¹¹²⁷, mise en œuvre aussi bien par les juges du fond que par la Haute juridiction, est traditionnellement rangée parmi les questions de droit¹¹²⁸. Or « [I]a qualification est un processus complexe par lequel les juristes décident ou non

¹¹²³ V. *infra* n° 344.

¹¹²⁴ Civ. 2^{ème}, 30 juin 2016, n° 15-22697, inédit : l'expression utilisée par la Cour étant « *l'appréciation souveraine* » par les juges du fond des documents qui leur ont été soumis et non pas l' « *interprétation souveraine* » de l'acte.

¹¹²⁵ V. *infra* n° 344.

¹¹²⁶ Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929 ; CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, *Le fait et le droit : études de logique juridique*, Bruxelles : É. Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches logiques, 1961 ; Raymond MARTIN, « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, p. 308 ; Jean-Luc AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.*, 2005, p. 1115.

¹¹²⁷ François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ-Lextenso éd., coll. Anthologie du droit, 2014 ; Thomas JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, Aix-Marseille : PUAM, coll. IDA, 2004 ; Charles XAVIER, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? » in Jean-Pierre ANCEL, Jean BARTHÉLÉMY, *et al.*, *Mélanges en honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 511.

¹¹²⁸ Dans des travaux anciens : Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 115, p. 204 ; Georges RENARD, « Le Fait et le Droit » in *Le Droit, la logique et le bon sens : Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (2^e série)*, Paris : L. Tenin, 1925, pp. 353s ; Robert LEGROS, « Considérations sur le fait et le droit », *RD pén.*, 1961-1962, p. 839 ; CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, *Le fait et le droit : études de logique juridique*, Bruxelles : É. Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches logiques, 1961, p. 100 ; Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, n° 136, p. 154 ; Pierre DE CHAUVERON, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, Paris : A. Rousseau, 1908, pp. 13s. ; Jacques NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris : LGDJ, coll. BDP, t. 65, 1965, pp. 134 à 167. Dans des travaux plus récents : Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 19^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 56, p. 50 ; Bernard BEIGNIER, Jean-René BINET, Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 8^{ème} éd., LGDJ, coll. Cours, 2022, n° 9, p. 47.

d'attribuer tel "nom (catégorie juridique) à une chose ou à une situation (un fait)", afin de leur associer des effets ou des conséquences juridiques »¹¹²⁹. Le Professeur Gabriel MARTY lui-même précise que « [l]a qualification suppose toujours le même passage du concret à l'abstrait, du particulier au général »¹¹³⁰. Par conséquent, l'opération de qualification se situe plus précisément « "entre fait et droit" »¹¹³¹ : elle est en réalité un « pont entre le fait et le droit »¹¹³². Elle n'est pas purement une « question de droit » ainsi qu'elle est pourtant le plus souvent présentée. Dans ces conditions, il devient difficile de soutenir que la Haute juridiction demeure seulement un « juge du droit » comme le lui impose l'article L. 411-2, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire¹¹³³. Il est certes possible d'aboutir à une synthèse réalisée par le Professeur Pascale DEUMIER que : « Dire le droit, c'est aussi dire la qualification des faits »¹¹³⁴. Cependant, penser la qualification comme un « pont entre le fait et le droit » permet de rendre compte d'une réalité : la Cour de cassation porte son attention sur les faits. Lorsque la Cour s'interroge sur le caractère clair d'un acte précédemment examiné par un juge du fond, elle est forcée de procéder elle-même à la lecture et à l'analyse du contrat litigieux afin de subsumer¹¹³⁵ ce contrat particulier sous la catégorie juridique « acte clair » ou sous la catégorie juridique « acte ambigu ». Cette dimension de l'office de la Cour de cassation est prépondérante puisqu'elle se révèle à l'occasion de toute vérification de la qualification juridique retenue par les juges du fond, donc à l'occasion de toute opération de qualification juridique effectuée par la Cour elle-même. Or les dénominations « question de droit » et « juge du droit » ont tendance à masquer cet aspect de l'office de la Haute juridiction.

202. La sanction de la dénaturation, un contrôle de la motivation ? L'essentiel serait donc pour le juge du fond de motiver suffisamment la rupture avec le sens littéral de la clause

¹¹²⁹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2022, n° 595, p. 399 citant Rafael ENCINASDE MUÑAGORRI, 5^{ème} éd., *Introduction générale au droit*, Flammarion, coll. Champs université, 2019, p. 339 qui définit la qualification « au sens le plus général » comme « l'opération par laquelle un mot est choisi pour nommer une chose ».

¹¹³⁰ Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 114, p. 204.

¹¹³¹ Robert LEGROS, « Considérations sur le fait et le droit », *RD pén.*, 1961-1962, p. 839 ; Xavier BIOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification » in Marc NICOD (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Édition, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2015, p. 14.

¹¹³² François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ-Lextenso éd., coll. Anthologie du droit, 2014, n° 685.

¹¹³³ Art. 411-2, al. 2 du COJ : « La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ».

¹¹³⁴ Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2021, n° 99, p. 102.

¹¹³⁵ Le processus qui consiste à ranger une situation de faits dans une catégorie juridique se nomme en allemand « Subsumption », cf. Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 114, p. 203. V. aussi : Jacques BORÉ et Louis BORÉ, « Pourvoi en cassation » in *Rép. proc. civ.*, Serge GUINCHARD (dir.), déc. 2015 (act. juill. 2020), Dalloz, n° 305.

litigieuse. En pratique, les juges du fond accordent une attention particulière à la caractérisation d'un doute sur le sens du contrat litigieux avant de se livrer à l'interprétation car c'est la caractérisation de l'ambiguïté de la clause qui leur permet d'exercer leur pouvoir souverain d'interprétation sans encourir la cassation¹¹³⁶. À ce titre, certains auteurs ont pu retenir que le contrôle et la sanction de la dénaturation s'apparentaient en réalité à un contrôle de la motivation des juges du fond¹¹³⁷. Il suffirait, pour échapper à la censure, que le juge du fond ait « *motiv[é] de façon particulièrement sérieuse les décisions donnant à un contrat un sens différent de celui qui, à première lecture, semblait s'imposer* »¹¹³⁸. Cette vision du contrôle de la dénaturation pourrait expliquer le nombre peu élevé de pourvois fondé sur un grief de dénaturation et aboutissant à la cassation¹¹³⁹. Par conséquent, « *le contrôle de la dénaturation [s'analyserait] en réalité en un examen du caractère sérieux et suffisant de la motivation* »¹¹⁴⁰.

203. Un véritable contrôle de dénaturation. Cependant, la thèse du contrôle de la seule motivation est loin de faire l'unanimité. En effet, un auteur retient que les formules employées par la Cour de cassation laissent penser que la clarté de l'acte est un critère déterminant¹¹⁴¹ de telle sorte qu'elle fait l'objet d'une appréciation autonome par la Cour de cassation : celle-ci peut qualifier de clair ou d'ambigu un acte, parfois à l'inverse de ce qu'a retenu le juge du fond. Or la jurisprudence récente révèle que tel est le cas, aussi bien dans un sens que dans l'autre. Lorsque le juge du fond a, considérant que l'acte était clair, usé d'une méthode littérale, il arrive que la Haute juridiction le censure car il y avait lieu d'interpréter au regard de l'ambiguïté de l'acte¹¹⁴² et inversement. La Cour met donc en œuvre une certaine conception des clauses claires et, *a contrario*, des clauses obscures, ce qui fait du contrôle qu'elle exerce un véritable contrôle de la dénaturation, *a minima* dans l'esprit¹¹⁴³. Ce n'est pas un simple contrôle de motivation qu'opère la Cour de cassation¹¹⁴⁴ : elle estime qu'il est des actes clairs ou obscurs

¹¹³⁶ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 1, p. 252 : « *Le juge n'a aucun pouvoir d'interprétation lorsque l'acte est clair [...]* ».

¹¹³⁷ Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 151, p. 317 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 627, p. 879 .

¹¹³⁸ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 627, p. 879.

¹¹³⁹ V. *infra* n° 209.

¹¹⁴⁰ Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, n° 151, p. 318.

¹¹⁴¹ Jacques VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G*, 1971. I. 2410, n° 14.

¹¹⁴² V. *infra* n° 210.

¹¹⁴³ Certaines décisions peuvent sembler être un contrôle de la seule motivation, v. *supra* n° 202.

¹¹⁴⁴ Paul LECLERCQ, procureur général près la Cour de cassation belge, retient que les arrêts analysés par Gabriel MARTY ne montrent pas que la Cour de cassation française fait du contrôle de la dénaturation un contrôle de la

par essence de telle sorte que la qualification opérée par le juge du fond peut être erronée et donc sanctionnée, au-delà de tout examen du caractère suffisant de la motivation. La maîtrise de la définition de la notion de clarté de l'acte permet ainsi à la Cour de cassation de caractériser la dénaturation parfois opérée par les juges du fond.

seule motivation des juges du fond, v. Paul LECLERCQ, concl. sur Cass. 17 nov. 1932, *Pacrisie belge*, 1933, I, p. 11.

b) La caractérisation de la dénaturation

204. La confusion entre la clarté de l'acte et la caractérisation de la dénaturation.

Dans la plupart des cas, la dénaturation de l'acte ne fait qu'un avec la constatation du caractère clair de l'acte car « [i]l est en effet des cas où il n'est pas possible de déterminer avec certitude ce qu'une clause veut dire, mais où il est aisé en revanche de savoir ce qu'elle ne veut pas dire »¹¹⁴⁵. Autrement dit, lorsque la Cour de cassation estimera que la clause litigieuse n'a évidemment pas pu avoir le sens que lui a donné le juge du fond, elle ne pourra que conclure à la dénaturation de l'acte, ce qui emporte l'affirmation implicite de sa clarté. La tâche de la Cour est, dans un tel cas, finalement facilitée car il lui suffit de dire que le sens à donner à l'acte n'était pas le sens que lui ont donné les juges du fond, sans définir positivement le contenu de la clause, ce qui reviendra à la cour de renvoi. Cette considération pourrait rendre artificielle l'étude distincte, pourtant adoptée par plusieurs auteurs¹¹⁴⁶, de la clarté de l'acte et la détermination de sa dénaturation. Jacques BORÉ considère que lorsque la dénaturation est une altération des termes de l'acte¹¹⁴⁷, elle est une dénaturation de commission¹¹⁴⁸ car le juge du fond a donné un effet à la clause qu'elle n'avait pas, par opposition aux hypothèses où il omettrait de prendre en compte une clause.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2006¹¹⁴⁹ illustre bien que le contrôle de la dénaturation laisse une place importante à la lecture littérale de l'acte qui aboutit à une confusion entre les notions de dénaturation de l'acte et de clarté de l'acte. En l'espèce, un contrat de franchise contenait une clause par laquelle le franchiseur devait garantir l'exclusivité territoriale au franchisé, exclusivité définie comme : « *impliqu[ant] que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente Le Jardin des fleurs dans le territoire d'exclusivité susmentionné, en dehors de celui du franchisé* ». Or le franchiseur ouvrit un an plus tard un site internet sous l'enseigne « Le Jardin des fleurs ».

¹¹⁴⁵ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 63, p. 275.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, n°s 58s, p. 275 pour l'acte clair ; n°s 75s, pp. 282s pour « interprétation incompatible avec l'acte » ; Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n°s 79.151s, pp. 454s pour l'acte clair, n°s 79.170s, pp. 457 pour « interprétation incompatible avec l'acte » .

¹¹⁴⁷ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n°s 77 et 78, p. 283.

¹¹⁴⁸ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 80, p. 284.

¹¹⁴⁹ Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006 n° 65, p. 65 ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2006, comm. 98, C. CHABERT ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2006, comm. 99, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.*, 2006 p. 554, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2006, p. 1901, note H. KENFACK ; *CCC*, n° 6, 2006, comm. 82, M. MALAURIE-VIGNAL.

Selon le franchisé, l'ouverture d'un tel site constituait une violation de la garantie contractuelle d'exclusivité. Il assigna donc le franchiseur en résiliation du contrat de franchise et en paiement de dommages et intérêts. La cour d'appel de Bordeaux fit droit à cette demande¹¹⁵⁰, en se fondant, outre les prélèvements effectués sur une redevance de communication versée par le franchisé pour financer en partie le site internet et ce sans contrepartie, sur l'interprétation de la clause d'exclusivité. Elle retint que « *cette phrase confirme au franchisé qu'il est protégé de toute vente à l'initiative du franchiseur directement ou indirectement, condition de réussite de son point de vente* ». Autrement dit, la cour d'appel avait retenu une interprétation large de la clause pour retenir que le franchisé était protégé de la concurrence du franchiseur lui-même, y compris sous forme de vente passive, protection nécessaire afin de voir prospérer son commerce, dans un arrêt qui semble être rendu sur des considérations d'équité¹¹⁵¹. Un pourvoi fut formé.

La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation de l'article 1134 du Code civil. Elle reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir déduit de « *ses constatations que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* ». Par une lecture littérale¹¹⁵², et donc restrictive¹¹⁵³, de la clause litigieuse, la Cour de cassation considéra que la « *création du site n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente sur le territoire protégé* ». Cette méthode d'interprétation¹¹⁵⁴ rappelle celle qui est traditionnellement privilégiée par le droit anglais et qui conduit la *House of Lords* à retenir, par exemple, que la « présence » en des lieux désigne nécessairement une présence physique¹¹⁵⁵. Ainsi, lorsqu'il est fait une lecture littérale de l'acte, la dénaturation de l'acte se confond avec le caractère clair de l'acte.

¹¹⁵⁰ CA Bordeaux, 2^{ème} ch., 26 fév. 2003, S.A Flora Partner/SARL Eco. Flor, n° JurisData : 2003-217863, *Comm. com. électr.*, n° 12, 2004, comm. 160, P. STOFFEL-MUNCK.

¹¹⁵¹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *Comm. com. électr.*, n° 12, 2004, comm. 160.

¹¹⁵² Hervé LÉCUYER, *Comm. com. électr.*, 2006, n° 99, note sous Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006, n° 65, p. 65.

¹¹⁵³ Bertrand FAGES et Jacques MESTRE, *RTD civ.*, 2006, 553, obs. sous Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006 n° 65, p. 65.

¹¹⁵⁴ V. également : Civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 00-10588, inédit, *AJDI*, 2002, p. 28, P. LAURENT : la Cour donna sa préférence à l'interprétation littérale de la clause d'un bail intitulée « entretien-réparations » et mettant explicitement à la charge du preneur « *toutes les réparations, grosses ou menues, et même les réfections et remplacements qui deviendraient nécessaires au cours du bail aux vitrines* » par opposition à « *toutes les réparations* » tel qu'il avait été retenu par la cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 21 oct. 1999.

¹¹⁵⁵ V. *infra* n° 267.

205. La lecture littérale et l'extension ou l'ajout d'une stipulation. De la même façon, l'« extension arbitraire *d'une clause à un cas qu'elle ne vise manifestement pas* »¹¹⁵⁶, et, par extension, l'ajout d'une condition contractuelle qui n'est pas visée par l'*instrumentum*, constituent une dénaturation de commission. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2017¹¹⁵⁷, la Haute juridiction eut à connaître de la construction d'un immeuble. Le maître d'ouvrage avait confié la réalisation du gros œuvre à un entrepreneur, qui a sous-traité la pose d'un revêtement. Constatant des infiltrations à l'intérieur du bâtiment et des fissurations de la façade, le maître d'ouvrage assigna en indemnisation le sous-traitant qui appela son assureur en garantie. La cour d'appel¹¹⁵⁸, se fondant explicitement sur l'article 1134 du Code civil¹¹⁵⁹, retint que les dommages liés aux malfaçons ayant engagé la responsabilité de la société sous-traitante ne résultaient pas d'éléments visés par les clauses d'exclusion de garantie du contrat d'assurance en particulier « *d'une cause extérieure aux travaux d'enduit eux-mêmes les ayant endommagés* ». Or la clause était rédigée de façon que soient exclus les dommages « *subis par les biens fournis, travaux, ouvrages, prestations exécutées par l'Assuré ou par un tiers pour le compte de l'Assuré*. En conséquence, la Cour de cassation retint que le juge du fond avait dénaturé la clause d'exclusion en lui ajoutant « *une condition relative à une cause extérieure qui n'était pas stipulée* », et cassa l'arrêt pour dénaturation.

206. La possible distinction. La dénaturation d'un acte n'est pas cantonnée aux hypothèses de dénaturation de commission. Il est aussi possible que le juge ignore une clause, commettant ainsi une dénaturation par omission¹¹⁶⁰. En effet, si la mise en relation de deux clauses peut rendre la clause litigieuse équivoque, elle peut aussi avoir pour effet de clarifier son sens. Si, lorsqu'il cherche à déterminer la clarté de l'acte, le juge fait abstraction d'une clause qui rendait l'acte clair, et, le croyant obscur, se livre à une interprétation du contrat qui n'était donc pas justifiée, il commet alors une dénaturation. L'obligation est donc faite au juge

¹¹⁵⁶ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 79, p. 284.

¹¹⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 20 avril 2017, n° 16-13462, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 30, 2017, p. 52, F.-X. AJACCIO, A. CASTON et R. PORTE.

¹¹⁵⁸ CA Metz, 17 déc. 2015, n° 13/03212.

¹¹⁵⁹ Un auteur fait remarquer, à propos de la dénaturation, que la censure qui reproche au juge du fond d'avoir dénaturé l'*instrumentum* en violation de l'art. 1134 du C. civil peut également s'analyser en une conformité de la décision du juge du fond à l'art. 1134, dans la mesure où il applique la convention « *d'après le sens qu'il lui reconnaît* », v. Paul LECLERCQ, concl. sur Cass. 17 nov. 1932, *Pacrisie belge*, 1933, I, p. 11.

¹¹⁶⁰ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n°s 80s, pp. 284 et 285 ; Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 79.191, p. 459. L'hypothèse du juge « *refus[ant] d'appliquer une [...] disposition* » contractuelle est également visée par Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. Quadrige Manuels, 2017, n° 1059, p. 2172.

du fond de prendre en compte l'ensemble de l'acte, donc toutes ses dispositions, pour déterminer s'il est clair. Par exemple, dans un arrêt du 9 juillet 2019¹¹⁶¹, la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi fondé notamment sur la dénaturation d'un contrat de service télécopie-connectique par lequel le prestataire fournissait un service d'impressions et copies sur mesure, moyennant le paiement d'une redevance annuelle forfaitaire pour un nombre spécifique de copies couleur et de copies noir et blanc. La cour d'appel de Paris¹¹⁶² avait condamné le prestataire à verser à son client des dommages et intérêts en caractérisant de sa part un « manquement [...] à ses obligations contractuelles au regard des volumes prévisibles des copies couleurs et noir ». Or la Cour de cassation casse l'arrêt pour dénaturation au motif que le contrat « prévoyait aussi la facturation des éventuelles copies supplémentaires avec un tarif pour chaque catégorie, ce dont il s'évinçait que [le client] était susceptible de réaliser un nombre de copies supérieur aux prévisions initiales ». Autrement dit, il n'était pas possible de caractériser un manquement de la part du prestataire à ses obligations contractuelles sur le fondement d'une seule clause relative à la mesure de la prestation fournie sans tenir compte de l'autre clause relative à une possible extension de cette prestation.

Ces exemples de sanction de la dénaturation de l'acte clair par les juges du fond correspondent à la mise en œuvre d'une lecture littérale de l'*instrumentum*. En réalité, cette méthode de lecture est rarement mise en œuvre dans le droit positif français.

2) Une méthode de lecture littérale rarement mise en œuvre

207. La mise en œuvre limitée du littéralisme. Il ressort de l'étude de la jurisprudence française qu'en pratique la plupart des clauses sont considérées comme ambiguës par la Cour de cassation car « l'ambiguïté peut naître du moindre doute »¹¹⁶³. Elles donnent donc lieu à l'interprétation souveraine des juges du fond. À ce titre, la place du littéralisme dans le contentieux contractuel français est particulièrement limitée. L'attachement à une lecture littérale de l'*instrumentum* qui figure dans le contentieux de la dénaturation comme limite au pouvoir d'interprétation des juges du fond est loin d'être aussi prononcé que celui initialement conçu par la jurisprudence anglaise comme principe d'interprétation¹¹⁶⁴. En effet, « [d]ans la

¹¹⁶¹ Com., 9 juil. 2019, n° 17-23729, inédit.

¹¹⁶² CA Paris, 1^{er} juin 2017, n° 15/08834.

¹¹⁶³ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 291, p. 248.

¹¹⁶⁴ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 17 [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018): « the doctrine of denaturation does not lead to strict literalism » ; « la doctrine de la dénaturation ne conduit pas à un littéralisme strict ».

pratique, sa sévérité apparente a été considérablement atténuée par la Cour de cassation. L'arbitre final sur le point de savoir si une clause est claire ou obscure est la Cour suprême elle-même. En prenant cette décision, elle ne s'en tient pas toujours à la formulation des clauses, mais tient compte du contexte du contrat et des objectifs poursuivis par les parties. Par conséquent, un terme clair et précis en surface peut s'avérer n'être qu'un terme "apparemment clair" »¹¹⁶⁵.

208. L'éventuelle primauté de la volonté des parties sur le sens littéral.

L'assouplissement de la lecture littérale par la Cour de cassation semble vérifié. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'un terme qui n'est clair qu'en apparence « *est alors sujet à interprétation et peut être interprété même à l'encontre de sa formulation afin de le mettre en conformité avec l'intention (présumée) des parties. L'interdiction de la dénaturation n'exclut donc pas toutes les déviations par rapport au sens littéral, mais seulement celles qui sont peu réfléchies* »¹¹⁶⁶. En effet, la Cour de cassation permet aux juges du fond de s'éloigner du sens évident et littéral s'ils arrivent à justifier qu'il ne reflète pas la volonté réelle des parties. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2014¹¹⁶⁷, la Cour de cassation doit connaître d'un acte intitulé « *promesse synallagmatique de vente* » portant sur un immeuble mentionnant que « *le promettant s'engage à vendre au bénéficiaire, qui accepte et s'engage à acquérir* » et comportant une clause intitulée « *indemnité d'immobilisation* »¹¹⁶⁸. Alors qu'en raison de cette clause, la légataire universelle de la promettante soutenait que l'acte devait être requalifié en promesse unilatérale de vente, la Haute juridiction approuve la cour d'appel d'Aix-en-Provence¹¹⁶⁹ d'avoir retenu « *par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que les différentes stipulations de la promesse de vente rendaient nécessaire, que [la clause litigieuse] ne devait pas être pris[e] dans son sens littéral mais traduisait dans la commune intention des parties un dédit propre à satisfaire la condition particulière imposée par la*

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 9 : « *In practice, its apparent harshness has been considerably softened by the Cour de cassation. The final arbiter as to whether a clause is clear or obscure is the Supreme court itself. In making this decision, it does not always stick to the wording of the terms, but takes into account the context of the contract and the aims pursued by the parties. As a result, a term that is clear and precise on the surface can turn out to be merely "apparently clear" ».*

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 9 : « *It [a term only apparently clear] is then open to interpretation and may be interpreted even against its wording in order to bring it in line with the (presumed) intention of the parties. The prohibition of dénaturation thus does not exclude all deviations from the literal meaning, but only those which are badly reasoned [...]* ».

¹¹⁶⁷ Civ. 3^{ème}, 15 janv. 2014, n^{os} 12-27716 et 12-27717, inédit.

¹¹⁶⁸ « *Dans une promesse unilatérale de vente, somme d'argent due par le bénéficiaire de la promesse en contrepartie de l'avantage qui lui procure le promettant en s'engageant à ne pas conclure avec d'autres pendant la durée de l'option au cas où le bénéficiaire ne leverait pas l'option en renonçant à l'acquisition* », Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022., p. 579.

¹¹⁶⁹ CA Aix-en-Provence, 16 déc. 2011, n^o 2011/527.

banque pour accorder le prêt nécessaire à l'éviction de la clause résolutoire ». En l'espèce, l'acte est rendu obscur par la présence de deux clauses incompatibles. En effet, l'acte est nommé « *promesse synallagmatique de vente* » mais une « *indemnité d'immobilisation* » ne trouve par principe sa place que dans les promesses unilatérales de vente, en guise de compensation pour le promettant qui s'engage à ne pas contracter avec d'autres alors que le bénéficiaire a tout loisir d'acquiescer ou non. Par conséquent, le juge, qui n'est pas tenu par la qualification des parties, qu'il s'agisse de celle de l'acte ou de la clause particulière, devait inévitablement écarter la lecture littérale, soit de l'appellation de l'acte, soit de la dénomination de la clause. Or, s'il délaisse en l'espèce la qualification de clause d'indemnité d'immobilisation, et donc de promesse unilatérale de vente, c'est en raison de la « commune intention des parties », révélée par l'existence d'une condition particulière voulue par la banque et consentie par l'emprunteur d'affecter le montant de l'« *indemnité d'immobilisation* » à la garantie du prêt. C'était donc à juste titre que la cour d'appel avait, en ne s'arrêtant pas « *au sens littéral des termes* », infirmé le jugement de première instance qui avait requalifié l'acte en promesse unilatérale de vente.

209. Un contentieux marginal. L'ensemble des auteurs ayant étudié la dénaturation s'accordent à dire que celle-ci occupe une place très restreinte dans le contentieux contractuel¹¹⁷⁰, faisant ainsi la part belle au pouvoir souverain d'interprétation accordé aux juges du fond. Une recherche de jurisprudence menée sur l'année 2019¹¹⁷¹ confirme la pertinence de cette analyse : pour des litiges concernant des contrats¹¹⁷² synallagmatiques¹¹⁷³, le ratio d'accueil du grief de dénaturation est particulièrement faible. Pour 53 pourvois incluant un grief de dénaturation, seulement cinq arrêts concluent à la dénaturation du contrat par le juge du fond ce qui correspond à un succès de 11% pour le grief de dénaturation. Force est de constater que la Cour de cassation fait encore preuve aujourd'hui de « *sévérité [...] dans l'appréciation du grief de dénaturation* »¹¹⁷⁴. La mise en œuvre d'une lecture littérale de

¹¹⁷⁰ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 291, p. 248 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 453, p. 424 : « *souvent invoqué, le grief de dénaturation est rarement accueilli* ».

¹¹⁷¹ Grâce à l'outil de recherche de jurisprudences Lexis360.

¹¹⁷² Ont donc été exclus les pourvois alléguant la dénaturation d'un arrêté de péril : Civ. 3^{ème}, 11 avril 2019, n° 18-14331, inédit ; d'un rapport d'expertise : Civ. 3^{ème}, 21 mars 2019, n° 17-30947, inédit ; Civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-13248, inédit ; Civ. 1^{ère}, 29 mai 2019, n° 18-15556, inédit ; d'un constat d'huissier : Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2019, n° 17-11759, inédit ; des conclusions d'avocat : Civ. 3^{ème}, 4 avril 2019, n° 18-13577, inédit.

¹¹⁷³ Ont donc été exclus les litiges portant sur des actes et contrats unilatéraux tels qu'une renonciation à une promesse de cession de parts sociales : Civ. 3^{ème}, 13 juin 2019, n° 18-12184, inédit ; ou encore un engagement unilatéral de la part de l'employeur de verser un bonus à un employé : Soc., 10 avril 2019, n° 17-24210, inédit.

¹¹⁷⁴ Jacques BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 75, p. 282.

l'instrumentum, qui sous-tend la sanction de la dénaturation, occupe donc en pratique une place limitée dans l'office du juge français.

210. La cassation pour manquement à un « devoir d'interprétation »¹¹⁷⁵. Non seulement l'accueil du grief de dénaturation est rare, mais il arrive en plus que la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir exercé leur pouvoir souverain d'interprétation. Outre l'arrêt précédemment évoqué¹¹⁷⁶, un autre arrêt rendu par la Cour de cassation en 2019 casse une décision des juges du fond pour avoir retenu que l'acte était clair¹¹⁷⁷, manquant ainsi à ce qu'il convient d'appeler une « obligation d'interprétation »¹¹⁷⁸ incombant au juge du fond. En l'espèce, une mère et sa fille avaient acquis les parts d'une société. La convention prévoyait qu'en cas de revente de ces parts dans les 10 ans, « les propriétaires devr[ai]nt verser à [la bénéficiaire] 50% de la différence par action entre le prix de vente moins 350 Francs, le tout net de la fiscalité sur la plus-value ». Une telle vente ayant eu lieu, la bénéficiaire assigna ses cessionnaires en versement de cette somme. La cour d'appel de Paris avait accueilli la demande de la bénéficiaire, constatant « le caractère non ambigu de la clause litigieuse », « le tout net de la fiscalité sur la plus-value » [...] signifi[ant] que la bénéficiaire n'a pas à se préoccuper de cet impôt et que la somme qui doit lui être payée correspond à un calcul qui ne prend pas en compte la fiscalité sur les plus-values ». Or, la Cour de cassation rappela aux juges du fond que les parties étaient en désaccord sur le sens à donner à la clause puisque l'une des propriétaires proposait une autre interprétation à son avantage : « la clause pouvait aussi signifier [...] que la fiscalité sur la plus-value devait être déduite de la partie de la plus-value à reverser ». La clause étant donc susceptible de plusieurs sens, elle était ambiguë, ce qui nécessitait que le juge du fond se livre à la recherche de la commune volonté des parties. En conséquence, l'arrêt est cassé, non pas pour violation de l'article 1134, mais pour défaut de base légale au regard de l'article 1134 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. De la même façon, le juge du fond qui constate l'ambiguïté d'une clause et l'écarte sans en donner une interprétation sera censuré¹¹⁷⁹. Ces arrêts renseignent sur l'office du juge : ils révèlent que l'interprétation de l'acte obscur est un « devoir inhérent à

¹¹⁷⁵ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 291, p. 248.

¹¹⁷⁶ V. *supra* n° 199 ; Com., 28 nov. 2018, n° 15-17578, inédit, *RDC*, n° 2, 2019, p. 14, note Y.-M. LAITHIER.

¹¹⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-10796, inédit ; Yves-Marie LAITHIER, « En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat », *RDC*, n° 2, 2019, p. 14, note sous Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-10796, inédit.

¹¹⁷⁸ Cyril GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 2008, p. 207, n° 8.

¹¹⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 24 nov. 2011, n°s 10-17742 et 10-17970, inédit.

l'office du juge »¹¹⁸⁰ du fond et qu'un contrôle de la clarté ou de l'ambiguïté de l'acte est exercé par la Cour de cassation, de telle sorte que si cette dernière ne contrôle pas le sens donné à la clause à l'issue du processus d'interprétation souveraine effectué par le juge, le principe de l'exercice de cette interprétation n'est pas abandonné au pouvoir souverain des juges du fond¹¹⁸¹. Cette obligation d'interprétation pesant sur le juge du fond français est cohérente avec l'article 4 Code civil qui dispose que « [l]e juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». En effet, si « ce texte ne vise, certes, que l'interprétation de la loi, mais il vaut également pour l'interprétation des actes juridiques »¹¹⁸² : le déni de justice peut aisément résider dans le refus de la part du juge d'interpréter le contrat ambigu et d'offrir aux parties contractantes une solution à leur litige contractuel. Quelle que soit l'ampleur de la difficulté, « le juge doit procéder à l'interprétation d'une clause contractuelle qui lui paraît obscure ou ambiguë » et ne peut se borner à retenir que ladite clause « constituait... un mystère incompréhensible »¹¹⁸³.

211. Le respect de la force obligatoire du contrat. Il ressort de l'existence des articles 1103¹¹⁸⁴, 1188¹¹⁸⁵, 1192 et 1359, alinéa 2¹¹⁸⁶ du Code civil qu'il appartient au juge du fond français saisi d'un litige sur le sens d'une convention de respecter la force obligatoire du contrat posée par l'article 1103. Il peut le faire de deux façons qui se révèlent chacune dans deux hypothèses distinctes : celle d'un acte clair, et celle d'un acte obscur. Dans le premier cas, la prohibition de la dénaturation, initialement règle jurisprudentielle et aujourd'hui consacrée par l'article 1192, empêche le juge d'interpréter la convention. Le respect de la force obligatoire du contrat passe alors par la primauté de la volonté contractuelle déclarée. Le juge du fond est tenu par une règle de fond, à savoir l'obligation de lire la convention de façon littérale, qui a pour corollaire une règle de preuve, à savoir l'interdiction de prouver outre et contre un écrit par des éléments extrinsèques à l'*instrumentum*, posée par l'article 1159, alinéa 2. Dans le second cas, lorsque l'acte est obscur, l'article 1156 commande au juge du fond de « rechercher » la commune intention des parties. La prohibition relative à la preuve disparaît : le respect de la

¹¹⁸⁰ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 62.123, p. 272.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, n° 62.123, p. 272.

¹¹⁸² Philippe SIMLER, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 4 mai 2017, n° 4.

¹¹⁸³ Com. 4 juil. 1995, n° 93-14141, inédit, *RGDA*, n° 4, 1995, p. 866, obs. A. FAVRE-ROCHEX.

¹¹⁸⁴ Art. 1134 ancien du C. civil.

¹¹⁸⁵ Art. 1156 ancien du C. civil.

¹¹⁸⁶ Art. 1341 ancien du C. civil.

force obligatoire du contrat passe alors par la recherche, à travers des éléments extrinsèques, de la commune intention des parties. Or cette dernière hypothèse est de loin la plus courante : les conventions conclues entre les parties sont, en pratique, presque autant d'occasions pour le juge de se livrer à un respect de la force obligatoire par le biais de l'interprétation souveraine, mêlant lecture de l'*instrumentum* et prise en compte d'éléments extrinsèques, plutôt que par le biais de la lecture littérale du seul *instrumentum*. Si le littéralisme, dont l'existence est certes indéniable, est en pratique rarement mis en œuvre par les juges français en matière d'interprétation des contrats, cela contraste avec l'office des juges anglais qui avaient initialement fait du littéralisme un principe d'interprétation suffisant et immuable sous le nom de *parol evidence rule*.

B) L'interprétation littérale par le juge anglais : le principe d'une méthode objective d'interprétation

212. La méthode littérale d'interprétation. Il ressort de la jurisprudence anglaise, et il découle de la conception objective du contrat, que le droit anglais, à l'inverse du droit français qui laisse en pratique une part considérable à la recherche de l'intention réelle des parties, considère par principe qu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude la volonté réelle des parties¹¹⁸⁷. Il est alors préférable que les juges cherchent à déterminer, par une méthode d'interprétation elle-aussi qualifiée d'objective, la volonté apparente des parties en recherchant le « *sens clair et évident* » des seuls termes utilisés dans l'*instrumentum* (2), selon un principe nommé *parol evidence rule* (1).

1) Une interprétation portant sur le seul *instrumentum* : le principe de la *parol evidence rule*

213. La *parol evidence rule*, corollaire de la conception objective de la volonté. Ainsi que l'écrit Lord WILBERFORCE dans un arrêt de 1976, « [l]orsque l'on parle de l'intention des parties contractantes, on parle objectivement - les parties ne peuvent pas elles-mêmes donner une preuve directe de leur intention - et ce qu'il faut déterminer, c'est ce qui doit être considéré comme l'intention que des personnes raisonnables auraient eue si elles avaient été placées dans

¹¹⁸⁷ Lord HOFFMANN, « The Intolerable Wrestle with Words and Meanings », *SALJ*, vol. 114, 1997, p. 661, à propos de l'interprétation aussi bien judiciaire que courante des énoncés quotidiens : « « [...] for the purposes of interpreting what other people say, we have no direct access to their subjective mental states, no window into their minds » ; « [...] lorsqu'il s'agit d'interpréter ce que les autres disent, nous n'avons pas d'accès direct à leurs états mentaux subjectifs, aucune fenêtre sur leur esprit ».

la situation des parties »¹¹⁸⁸. La volonté des parties telle qu'elle est conçue par le juge anglais s'entend donc de ce qui en serait compris par une personne raisonnable qui lirait le contrat, ou une personne raisonnable qui aurait contracté à la place des parties. Or, l'introduction d'éléments extrinsèques, notamment produits par les parties elles-mêmes, en l'espèce l'avocat d'une des parties au contrat, constituent une ouverture sur la volonté réelle des parties qui détourne le juge de la recherche d'intention apparente telle qu'elle se présente à une personne raisonnable. La recevabilité et la prise en compte d'éléments extrinsèques éloigneraient donc le juge d'une méthode d'interprétation objective. Pour éviter les écarts potentiels, il doit être retenu que ces éléments doivent, plus qu'être ignorés des juges, se voir entièrement exclus des débats¹¹⁸⁹. Cette idée explique notamment le rejet des négociations précontractuelles ou tout autre échange considéré comme des preuves irrecevables devant les juges : ils constituent des éléments éclairant la volonté réelle des parties, et non leur volonté apparente.

214. Les deux piliers de l'interprétation objective. Ainsi, « *lorsque le droit mentionne l'interprétation objective, ce qu'il signifie en réalité, c'est qu'il restreint artificiellement la quantité d'information qui peut être utilisée pour aider à la construction. Il le fait de deux manières [...] La première est de supposer que l'auteur de l'énoncé qui doit être interprété n'était pas une personne singulière, vivante et faite de chair et de sang mais, dans une mesure plus ou moins grande, une fiction de la loi ; plus particulièrement, cette créature aimée des avocats, "l'homme raisonnable" sous l'une ou l'autre de ses diverses formes. L'autre consiste à exclure certains types d'éléments contextuels, comme la preuve de l'intention réelle d'une ou de plusieurs des personnes qui ont participé à l'énoncé, ou à restreindre les conditions dans lesquelles on peut se référer au contexte quel qu'il soit* »¹¹⁹⁰. L'interprétation objective anglaise repose donc sur deux piliers : la personne raisonnable¹¹⁹¹ et la restriction des éléments pris en

¹¹⁸⁸ Lord WILBERFORCE in *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 octobre 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570, n° 996 : « *When one speaks of the intention of the parties to the contract, one is speaking objectively — the parties cannot themselves give direct evidence of what their intention was — and what must be ascertained is what is to be taken as the intention which reasonable people would have had if placed in the situation of the parties* ».

¹¹⁸⁹ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 583.

¹¹⁹⁰ Lord HOFFMANN, « The Intolerable Wrestle with Words and Meanings », *SAJL*, vol. 114, 1997, p. 661 : « [...] *when the law speaks of objective interpretation, what it really means is that it is artificially restricting the amount of background which can be used in aid of construction. It does this in two ways [...] The first is by assuming that the author of the utterance which has to be interpreted was not a particular live person of flesh and blood but to a greater or lesser extent a fiction of the law; in particular, that creature beloved of lawyers, the "reasonable man" in one or other of variable forms. The other is by excluding certain kinds of background, such as evidence of the actual intent of one or more of the persons involved in the making of the utterance, or restricting the conditions under which one can use any background at all* ».

¹¹⁹¹ V. *infra* n°s 264s.

compte par le juge. Cette restriction était initialement de très large portée : en réalité, l'élément traditionnellement examiné par les juges anglais pour résoudre le litige en matière d'interprétation est le seul *instrumentum*, présenté par les parties et leurs conseils. Cette règle restrictive, semblable en son principe à la prohibition de la dénaturation, est nommée *parol evidence rule*.

215. La *parol evidence rule*, pilier de l'interprétation objective. Ce principe fondamental établi par la jurisprudence anglaise en matière d'interprétation des contrats veut que tout élément, oral ou écrit, extérieur à l'*instrumentum* ne puisse servir à contredire ou à éclairer le sens de l'*instrumentum*¹¹⁹². Cette règle constitue, avec le recours à la personne raisonnable, l'un des piliers centraux de la méthode d'interprétation objective. Elle trouve son origine dans un *precedent* ancien datant de 1791 : « [...] lorsqu'il y a un accord écrit, cela ne laisse pas de place à l'admission d'une stipulation qui ne fait pas partie de l'accord. Qu'elle ajoute ou enlève à l'accord conclu entre les parties, il est impossible de l'admettre sur le fondement d'une *parol evidence* »¹¹⁹³. La *parol evidence* est ainsi *a priori* conçue comme une règle de recevabilité des preuves qui interdit aux parties de verser aux débats d'autres documents que l'*instrumentum*, ou de présenter un témoin. En ce sens, elle présente une similitude indéniable avec la prohibition de la dénaturation qui repose en partie sur la prohibition de prouver contre ou outre un écrit par un témoignage¹¹⁹⁴. Longtemps considérée comme intangible, la règle a été de nombreuses fois réitérée et justifiée dans le droit positif anglais¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-021, p. 233.

¹¹⁹³ Lord THURLOW in *Lord Irnham v. Child and Others*, *Court of Chancery*, 1^{er} janv. 1781, (1781) 1 Brownis Chancery Cases 92, n° 93 ; 28 ER 1006 n° 1007 : « [...] where there is a deed in writing, it will admit of no contract that is not part of the deed. Whether it adds to, or deducts from, the contract, it is impossible to introduce it on *parol evidence* ».

¹¹⁹⁴ Art. 1341 du C. civil dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016, repris par l'art. 1359 du C. civil. V. *supra* n° 190.

¹¹⁹⁵ Justice P.O. LAWRENCE in *Jacobs v. Batavia and General Plantations Ltd*, *Chancery Division*, 18 déc. 1923, 1 Ch. 287, n° 295 : « It is firmly established as a rule of law that *parol evidence* cannot be admitted to add to, vary or contradict a deed or other written instrument. Accordingly, it has been held that (except in cases of fraud or rectification and except, in certain circumstances, as a defence in actions for specific performance) *parol evidence* will not be admitted to prove that some particular term, which had been verbally agreed upon, had been omitted (by design or otherwise) from a written instrument constituting a valid and operative contract between the parties » ; « Il est fermement établi comme règle juridique qu'une *parol evidence* ne peut être admise pour ajouter, modifier ou contredire un deed ou tout autre écrit. En conséquence, il a été jugé (sauf dans les cas de fraude, rectification, et sauf, dans certaines circonstances, comme moyen de défense contre une action en specific performance), qu'une *parol evidence* ne sera pas admise pour prouver qu'une stipulation contractuelle sur laquelle les parties se seraient entendu oralement a été omise (à dessein ou non) d'un écrit constitutif d'un contrat valable entre les parties ».

216. L'objet de l'interprétation. La première justification de la *parol evidence rule* tient à l'opportunité de la méthode d'interprétation. Dans l'un des *precedents* traditionnellement cités en matière d'interprétation du contrat¹¹⁹⁶, Lord WILBERFORCE avance deux arguments en faveur du rejet de la prise en compte d'éléments extrinsèques, prenant notamment pour exemple les négociations précontractuelles. Le premier réside dans la perception du document finalement établi par les parties comme seul reflétant leur volonté commune. Le juge explique que les échanges, oraux ou écrits, qui composent les négociations contractuelles ne renferment pas l'accord final des parties dans la mesure où, à chaque échange, chaque contractant modifie progressivement sa position. Se fonder sur autre chose que l'*instrumentum* reviendrait à se livrer à un « *travail de devinettes* »¹¹⁹⁷ avec pour effet d'imposer des obligations à l'une ou l'autre des parties que celle-ci n'avait pas l'intention d'assumer¹¹⁹⁸. Seul l'*instrumentum* dressé une fois ces négociations terminées contient l'accord contractuel, l'intention commune. Or l'interprétation cherche précisément à déterminer l'intention commune des parties. L'*instrumentum* doit donc demeurer le seul objet de l'interprétation¹¹⁹⁹, à l'exclusion de toute négociation antérieure ou comportement ultérieur.

217. L'intention particulière. Lord WILBERFORCE ajoute que, bien que l'*instrumentum* reflète une intention commune, il n'est cependant pas rare que les mots employés revêtent un sens différent pour chacune des parties, qui les auront, en pratique, finalement utilisés en espérant qu'aucun conflit ne survienne¹²⁰⁰. La seule possibilité est alors de s'efforcer de

¹¹⁹⁶ *Prenn v. Simmonds, House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381.

¹¹⁹⁷ *V. infra* n° 278.

¹¹⁹⁸ Lord Justice PATTEN in *Kookmin Bank v. Rainy Sky SA & Others, Court of Appeal*, 27 mai 2010, [2010] EWCA Civ 582, n° 42 : « *Unless the most natural meaning of the words produces a result which is so extreme as to suggest that it was unintended, the Court has no alternative but to give effect to its terms. To do otherwise would be to risk imposing obligations on one or other party which they were never willing to assume and in circumstances which amount to no more than guesswork on the part of the Court* ».

¹¹⁹⁹ Lord WILBERFORCE in *Prenn v. Simmonds, House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384, à propos des négociations précontractuelles : « [...] *such evidence is unhelpful. By the nature of things, where negotiations are difficult, the parties' positions, with each passing letter, are changing and until the final agreement, though converging, still divergent. It is only the final document which records a consensus. If the previous documents use different expressions, how does construction of those expressions, itself a doubtful process, help on the construction of the contractual words? If the same expressions are used, nothing is gained by looking back: indeed, something may be lost since the relevant surrounding circumstances may be different* » ; « *La preuve [des négociations préalables entre les parties] n'aide en rien. Par la force des choses, lorsque les négociations sont difficiles, les positions des parties changent avec chaque correspondance et, quoique cherchant la convergence, demeurent divergentes jusqu'à l'accord final. Seul le document final renferme un consensus. Si les documents précédents emploient des expressions différentes, en quoi l'interprétation de ces documents, processus incertain, sert-elle l'interprétation des termes contractuels ? Si les documents précédents emploient des expressions identiques, alors cela n'apporte rien de regarder en arrière : en effet, le sens des expressions identiques peut avoir changé car les circonstances factuelles entourant la conclusion du contrat sont différentes* ».

¹²⁰⁰ *V. supra* n° 175.

déterminer le « *sens naturel* » de ces mots, en laissant de côté le sens particulier, à savoir le sens que pouvait revêtir le terme pour un contractant dans un contexte précis, car il sera impossible de mesurer avec certitude l'assentiment de l'intention commune à l'intention particulière¹²⁰¹. Cela conduit à interdire à chaque contractant d'apporter la preuve, dans des échanges précontractuels ou par des comportements lors de la formation du contrat ou lors de son exécution, du sens qu'il donnait à tel ou tel terme du contrat : « *les parties ne peuvent pas elles-mêmes donner une preuve directe de leur intention* »¹²⁰².

218. Le coût des procès. Une autre justification de l'absence de prise en compte de tout élément extérieur à l'*instrumentum*, autrement dit d'un littéralisme strict, est le coût et la longueur de la procédure contentieuse. En effet, « *si l'on autorise les parties à invoquer les négociations précontractuelles, le coût du procès augmentera substantiellement en raison de la longueur de la procédure orale* »¹²⁰³. Cependant, « *le fait que le juge ait désormais un rôle plus important dans la conduite du procès devrait favoriser l'évolution du droit anglais vers la recevabilité des éléments de preuve extrinsèques, comme les documents précontractuels* »¹²⁰⁴. Cette prédiction s'est réalisée : la *parol evidence rule* a aujourd'hui connu un recul considérable en droit anglais en raison, notamment, du développement d'une méthode plus moderne

¹²⁰¹ Lord WILBERFORCE in *Prenn v. Simmonds*, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384 : « *The words used may, and often do, represent a formula which means different things to each side, yet may be accepted because that is the only way to get agreement and in the hope that disputes will not arise. The only course then can be to try to ascertain the inaturali meaning. Far more, and indeed totally, dangerous is it to admit evidence of one party's objective - even if this is known to the other party. However strongly pursued this may be, the other party may only be willing to give it partial recognition, and in a world of give and take, men often have to be satisfied with less than they want. So, again, it would be a matter of speculation how far the common intention was that the particular objective should be realized* » ; « [...] Les mots utilisés peuvent, et c'est souvent le cas, revêtir un sens distinct pour chaque partie. Ils sont cependant acceptés par elles car il s'agit de la seule façon d'obtenir un "accord", chacun espérant que ne naisse aucun litige. La seule méthode possible est celle qui consiste à déterminer le sens "naturel". Il est beaucoup plus dangereux, complètement dangereux en fait, d'admettre la preuve de l'intention d'une des parties – même connue de l'autre. Peu importe l'intensité avec laquelle la partie cherche à faire établir son intention, l'autre peut fort bien ne lui en accorder qu'une reconnaissance partielle, et dans un monde de concessions, les hommes doivent souvent se satisfaire de moins que ce qu'ils auraient souhaité. Ainsi, ce serait spéculation de chercher à déterminer le degré d'adhésion de l'intention commune à l'intention particulière ».

¹²⁰² Lord WILBERFORCE in *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 oct. 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570, n° 996 : « *When one speaks of the intention of the parties to the contract, one is speaking objectively — the parties cannot themselves give direct evidence of what their intention was — and what must be ascertained is what is to be taken as the intention which reasonable people would have had if placed in the situation of the parties* ».

¹²⁰³ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, n° 1, 2007, p. 481.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 481.

d'interprétation du contrat permettant l'examen par le juge d'éléments autres que l'*instrumentum*¹²⁰⁵.

219. La sécurité juridique. Un autre objectif de la *parol evidence rule* est de garantir la sécurité juridique. La sécurité juridique peut être définie comme, « [d]ans un sens abstrait, toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans la réalisation du droit »¹²⁰⁶. L'exclusion, pour le travail d'interprétation, de la preuve des négociations précontractuelles et de la conduite des parties pendant ou après l'exécution du contrat, a deux vertus. D'une part, elle évite au juge d'avoir à examiner une multitude d'échanges précontractuels et comportements différents pouvant donner lieu à des interprétations variées et changeantes en fonction des juridictions ; d'autre part, elle permet de figer le sens du contrat au stade de sa formation en refusant toute altération en vertu d'éléments postérieurs. En effet, dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1970¹²⁰⁷, Lord REID explique : « *Je pensais maintenant bien établi qu'il n'est pas légitime d'utiliser, aux fins d'interprétation du contrat, quoi que ce soit que les parties aient dit ou fait après sa formation. Si tel était le cas, le contrat signifierait une chose le jour de sa formation, mais, en raison d'événements ultérieurs, signifierait tout autre chose un mois ou un an après* »¹²⁰⁸. Un autre juge admet que « [...] plus l'on autorise l'éviction du sens conventionnel ou de la syntaxe par des éléments du contexte, moins il y a de chance pour que la solution du litige soit prévisible »¹²⁰⁹. Les négociations précontractuelles¹²¹⁰ ainsi que la conduite des parties après la formation du contrat sont donc, en principe¹²¹¹, exclues de l'analyse du juge anglais en matière d'interprétation des contrats écrits. Le juge anglais ne peut se fonder que sur ce qui figure dans l'*instrumentum*.

¹²⁰⁵ V. *infra* n^{os} 351s.

¹²⁰⁶ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2020, p. 945.

¹²⁰⁷ James Miller & Partners Ltd. Appellants v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd, 3 mars 1970, [1970] 2 WLR 728 ; [1970] AC 583.

¹²⁰⁸ Lord REID in James Miller & Partners Ltd. Appellants v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd, 3 mars 1970, [1970] 2 WLR 728 ; [1970] AC 583, p. 603 : « *I had thought that it is now well settled that it is not legitimate to use as an aid in the construction of the contract anything which the parties said or did after it was made. Otherwise one might have the result that a contract meant one thing the day it was signed, but by reason of subsequent events meant something different a month or a year later* »,.

¹²⁰⁹ Lord HOFFMANN in Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n^o 37 : « [...] *the more one allows conventional meanings or syntax to be displaced by inferences drawn from background, the less predictable the outcome is likely to be* ».

¹²¹⁰ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^o 6-043, p. 246.

¹²¹¹ V. *infra* n^{os} 355s.

220. Une règle substantielle et procédurale. Si le contenu de la *parol evidence rule* est clairement établi, son objet et sa nature sont incertains. S'agissant, dans un premier temps, de son objet, cette règle « s'applique à tout contrat écrit et joue non seulement pour exclure la preuve orale, mais aussi toutes autres formes de preuves extrinsèques »¹²¹² de telle sorte que la dénomination de « *parol evidence rule* » est sans doute mal choisie. Dans un second temps, il faut retenir que la nature de la règle est hybride, ce qui évoque inévitablement le double fondement substantiel et procédural de la prohibition de la dénaturation¹²¹³. En effet, la *parol evidence rule* est d'abord présentée comme une règle de procédure : les parties n'ont en principe pas la possibilité de verser aux débats des preuves relatives à des échanges oraux ou écrits attestant soit de leur intention avant la conclusion du contrat, qu'il s'agisse de simples documents produits par l'une d'elles comme dans le cas précité¹²¹⁴ ou de véritables négociations précontractuelles, soit de leur conduite subséquente à la conclusion. Néanmoins, ces éléments sont très fréquemment portés à la connaissance des juges, notamment par le biais des écrits soumis par les avocats qui rappellent les faits du litige et dont les arguments incluent nécessairement des éléments autres que la production du seul *instrumentum*. Lorsque Lord Justice FOX rejette la preuve des avis rédigés par l'avocat des enfants dans l'arrêt *Rabin v. Gerson Berger Association Ltd*, il les qualifie, en anglais, d'« *inadmissible* »¹²¹⁵, traduisible en français par « irrecevables ». Pourtant, ces avis ont bien été versés aux débats puisqu'ils font précisément l'objet d'une discussion. En réalité, dans un tel cas, il faut entendre par « *inadmissible* », non pas que la preuve n'est pas recevable d'un point de vue procédural, mais que, le juge en ayant eu connaissance, il ne doit pas en tenir compte pour interpréter le contrat. La *parol evidence rule* s'apparente alors à une règle de fond. Or la mise en œuvre de l'interdiction qu'elle édicte semble plus difficile que les *precedents* qui l'établissent ne le laissent paraître¹²¹⁶. Elle correspond à une préservation des attentes raisonnables des contractants parfois difficile à saisir.

2) La prévalence du « *sens clair et évident* » des termes de

¹²¹² Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, 2007, n° 2, p. 481.

¹²¹³ V. *supra* n° 190.

¹²¹⁴ *Rabin v. Gerson Berger Association Ltd*, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374.

¹²¹⁵ Lord Justice FOX in *Rabin v. Gerson Berger Association Ltd*, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374, n° 534 : « *Therefore, it seems to me, direct evidence of the intention of the draftsman to any degree is inadmissible* ».

¹²¹⁶ V. *infra* n° 354.

***l'instrumentum* : la préservation des attentes raisonnables des contractants**

221. La prévalence de la volonté apparente : la préservation des attentes raisonnables. Dans un arrêt de principe rendu en 1871¹²¹⁷, un juge énonça la règle, fondamentale en droit anglais des contrats, selon laquelle « [s]i, quelle que soit l'intention réelle d'un homme, il se conduit de telle manière qu'un homme raisonnable croirait qu'il a accepté les conditions proposées par l'autre partie, et que cette dernière, sur la base de cette croyance, a conclu le contrat avec lui, l'homme se conduisant ainsi serait lié de la même manière que s'il avait eu l'intention d'accepter les conditions de l'autre partie »¹²¹⁸. Autrement dit, quelle que soit l'intention réelle d'une ou des contractants, « une partie sera souvent tenue si ses propos ou sa conduite sont tels qu'ils ont pu raisonnablement induire l'autre partie à croire qu'un assentiment était donné aux termes proposés »¹²¹⁹. Par conséquent, selon un principe objectif, le juge anglais n'est pas à la recherche, pour conclure à la formation d'un contrat, d'une véritable rencontre des volontés comme le juge français, mais plus précisément d'une rencontre apparente¹²²⁰ de volonté. Ainsi, « si le bénéficiaire d'une promesse peut établir que le promettant l'a raisonnablement amené à croire qu'il acceptait et entendait être lié par certains termes, le promettant est ainsi lié, même s'il n'a pas réellement accepté ou entendu être lié par ces termes »¹²²¹. Le même principe de lecture objective est appliqué en matière d'interprétation des contrats : le sens donné aux termes du contrat est celui qui apparaît à une personne raisonnable.

222. Une méthode hybride de détermination de l'existence du contrat. La *parole evidence rule* ne s'applique que pour déterminer le sens de la convention, donc une fois établie l'existence du contrat. Dans le cadre d'un litige portant sur la formation du contrat, rien n'interdit aux parties et à leurs conseils de verser aux débats la preuve d'éléments extrinsèques

¹²¹⁷ Smith v. Hughes, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 6 juin 1871, (1871) LR 6 QB 597.

¹²¹⁸ Justice BLACKBURN, *ibid.*, n° 607 : « *If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms* ».

¹²¹⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-051, p. 384.

¹²²⁰ David McLAUCHLAN, « The "drastic" remedy of rectification for unilateral mistake », *LQR*, vol. 124, 2008, p. 610 : « *although the courts will often say that consensus ad idem or a "meeting of the minds" is required for the formation of a binding contract, it is clear that an apparent consensus will suffice* » ; « *bien que les cours diront souvent qu'un consensus ad idem ou une "rencontre des esprits" est nécessaire pour la formation d'un contrat contraignant, il est clair qu'un consensus apparent suffira* ».

¹²²¹ *Ibid.*, p. 610 : « *if a promisee can establish that the promisor led her reasonably to believe that he agreed to and intended to be bound by certain terms, the promisor is so bound notwithstanding that he did not actually agree to or intend to be bound by those terms* ».

tels que les échanges précontractuels ou la conduite des parties lors des négociations. Au contraire, ces éléments sont même indispensables au juge pour déterminer l'existence d'un contrat puisque le caractère raisonnable de la croyance est apprécié *in concreto* : « [le droit] tient compte de ce qu'une personne raisonnable se mettant à la place du destinataire - ayant la connaissance de ce dernier - aurait pensé »¹²²². Il est dans l'intérêt des parties de mettre le juge, incarnant la personne raisonnable, en mesure de recréer la situation dans laquelle se trouvait la partie qui prétend avoir raisonnablement cru à l'existence d'un contrat ou celle qui prétend avoir raisonnablement cru à l'absence de contrat. À ce titre, le caractère objectif de la méthode employée pour déterminer l'existence d'un contrat doit donc être nuancé¹²²³.

223. La lecture littérale de l'*instrumentum*, corollaire de la conception objective de la volonté. La conception objective de la volonté contractuelle entraîne, en plus du rejet d'éléments autres que l'*instrumentum* à travers la *parol evidence rule*, une lecture littérale de ce dernier par les juges. En effet, « il est le devoir de la cour [...] d'interpréter l'acte selon le sens grammatical ordinaire des mots qui y sont employés, et sans référence à ce qui a été échangé précédemment entre les parties »¹²²⁴. La volonté contractuelle, conçue objectivement, donc apparente, s'infère du sens « évident », « naturel et ordinaire » des mots¹²²⁵.

Une telle règle va de pair avec la constatation selon laquelle les intentions particulières de chacune des parties ne concordent pas sur tous les mots employés dans l'*instrumentum*¹²²⁶. Puisque les mots employés revêtent souvent un sens différent pour chacune des parties, la meilleure façon de les départager est de rechercher le sens naturel de ces mots. La règle est aussi empreinte d'une certaine sévérité à l'égard des justiciables : « La "règle" selon laquelle il faut donner aux mots leur "sens naturel et ordinaire" reflète la proposition de bon sens selon laquelle nous n'acceptons pas facilement que les gens commettent des erreurs linguistiques, en particulier dans les documents officiels »¹²²⁷.

¹²²² Melvin EISENBERG, « The Responsive Model of Contract Law », *Stan. L. Rev.*, vol. 36, 1984, p. 1121 : « it [the law] takes into account what a reasonable person standing in the addressee's shoes - having the addressee's knowledge - would have thought ».

¹²²³ David MCLAUCHLAN, « A Contract Contradiction », *VUWLR*, vol. 30, 1999, pp. 176 et 177.

¹²²⁴ Herbert COZENS-HARDY *M. R. in Lovell & Christmas Ltd v. Wall, England and Wales Court of Appeal*, 1911, [1911] 104 LT 85, n° 88 : « it is the duty of the court [...] to construe the document according to ordinary grammatical meaning of the words used therein, and without reference to anything which has previously passed between the parties ».

¹²²⁵ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 1.37, p. 25.

¹²²⁶ V. *supra* n° 217.

¹²²⁷ Lord HOFFMANN *in Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society Same v. Hopkin & Sons and Others, House of Lords*, 19 juin 1997, [1998] 1 WLR 896, p. 912, reprenant le raisonnement de Lord

224. Une règle apparemment immuable de rejet de la volonté réelle. Par exemple, dans un arrêt de la *Court of Appeal* anglaise rendu en 1985¹²²⁸, les juges eurent à connaître de l'interprétation d'un *trust*. Le *trust* est un accord, issu des règles d'*equity*, par lequel le *trustee* s'engage à détenir et gérer des biens pour le compte de leur propriétaire et au bénéfice d'un tiers¹²²⁹. L'association Gerson Berger avait été fondée par Gerson Berger et l'un de ses fils pour financer et promouvoir l'éducation juive. Les autres enfants de Gerson Berger souhaitant contribuer au financement de l'association, ils conclurent chacun un *charitable trust* le 1^{er} avril 1968 par lequel ils consentaient à ce que certains revenus et biens, dont ils jouissaient par le jeu d'un *trust* plus ancien, soient détenus par l'association. L'acte de *charitable trust* fut rédigé par un avocat qui, auparavant, avait rendu deux avis écrits indiquant clairement que l'association devait détenir les biens et revenus en tant que *trustee* et les traiter conformément aux *charitable trusts*, et non qu'elle obtenait des droits absolus sur eux, autrement dit qu'elle en acquérait la propriété irrévocable. Plus tard, un différend surgit entre le fils fondateur de l'association et les autres enfants : le premier prétendait que les biens et revenus étaient acquis à l'association. Les enfants cherchèrent à apporter comme éléments de preuve du sens de l'accord de *trust* les avis de l'avocat. En première instance, le juge rejeta ces éléments comme irrecevables en vertu de la *parol evidence rule*. Les enfants du fondateur n'ayant pas participé au financement initial de l'association interjetèrent appel.

225. Le « *plain and obvious meaning* » des termes. La *Court of Appeal*, appliquant la *parol evidence rule*, retint que « *que l'examen général des avis de l'avocat ne peut viser qu'à demander au tribunal de conclure que, parce que l'avocat pensait que les mots qu'il avait utilisés avaient un effet particulier, le tribunal devrait leur donner cet effet, même si cela ne correspond pas à leur sens juridique, en vertu des usages courants de la langue anglaise* »¹²³⁰.

WILBEFORCE : « *The "rule" that words should be given their "natural and ordinary meaning" reflects the common sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents* ».

¹²²⁸ Rabin v. Gerson Berger Association Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374.

¹²²⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 14-089, p. 760 : « *A trust is an equitable obligation to hold property on behalf of another* ».

¹²³⁰ Lord Justice FOX in Rabin v. Gerson Berger Association Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374, n° 532 : « *It seems to me that to look generally at the opinions can only be for the purpose of asking the court to conclude that, because counsel thought [sic] that the words he used had a particular effect, the court should give them that effect, even though that is not their meaning in law according to ordinary English usage* ».

Le même juge, rappelant les *précédents* en la matière¹²³¹, précise que la preuve de l'intention réelle telle qu'elle apparaît dans les documents extrinsèques ne peut être utilisée aux fins d'échapper aux effets des termes écrits dans l'*instrumentum*¹²³². De façon similaire à la théorie française de l'acte clair¹²³³, le droit positif anglais retient en principe le « *plain and obvious meaning* », le « *sens clair et évident* » des termes, c'est-à-dire leur sens ordinaire et le plus commun.

226. Des assouplissements. La méthode objective traditionnelle d'interprétation du contrat, a connu, avant d'être supplantée par une méthode plus moderne¹²³⁴, quelques assouplissements. En effet, un auteur remarquait très tôt qu'est retenu le sens littéral des mots utilisés dans l'*instrumentum* lorsque leur sens littéral est « *dépourvu d'ambiguïté, [...] n'est pas exclu par le contexte, et [...] est raisonnable au regard de la situation des parties au moment de l'exécution de l'acte* »¹²³⁵. Cette affirmation laisse entendre notamment que la présence de termes ambigus dans le contrat permet au juge anglais de s'éloigner du sens littéral, ce qui n'est pas sans rappeler le prérequis nécessaire à toute opération d'interprétation du contrat par le juge français, à savoir la constatation d'un doute sur le sens des mots.

Certains arrêts témoignent effectivement de ces premiers assouplissements à la règle du « *sens clair et évident* », notamment lorsque le contexte de conclusion du contrat révèle l'existence d'un autre sens possible. Par exemple, dans un arrêt de la *High Court* rendu en 1859¹²³⁶, les faits étaient les suivants : un désaccord survint entre les parties sur la quantité de laine que le défendeur avait accepté d'acheter au demandeur. Une conversation eue d'abord lieu entre le demandeur et un mandataire du défendeur dans laquelle le plaignant proposait de vendre « environ 2 300 *stones*, à 100 *stones* près »¹²³⁷ de laine. Puis le vendeur écrivit au défendeur pour lui préciser qu'il avait vendu une faible partie de sa laine mais devait recevoir

¹²³¹ *Prenn v. Simmonds*, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, portant plus spécifiquement sur le rejet des négociations précontractuelles ; *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 oct. 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570.

¹²³² Lord Justice FOX in *Rabin v. Gerson Berger Association Ltd*, *Court of Appeal (Civil Division)*, 8 nov. 1985, [1986] 1 WLR 526 ; [1986] 1 All ER 374, n° 534 : « [...] *it seems to me the only purpose of the admission of the documents is to obtain an indication of the draftsman's intention in order to avoid the effect of the written words which he has used* ».

¹²³³ V. *supra* n° 187.

¹²³⁴ V. *infra* n°s 352s.

¹²³⁵ Robert F. NORTON, R. H. DUN et Digby L. F. KOE, *A Treatise on Deeds*, Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 1906, p. 56.

¹²³⁶ *Alexander Macdonald and Alexander Macdonald the Younger v. David Longbottom*, *Court of the Queen's Bench*, 27 mai 1859, (1859) 1 Ellis and Ellis 977.

¹²³⁷ Environ 14 605 kilogrammes.

550 *stones* supplémentaires à vendre qui s'ajouterait à la laine restante. Un agent de l'acquéreur répondit au vendeur que le défendeur « *désirait vous proposer pour votre laine 16 s.*¹²³⁸ *par stone* »¹²³⁹. La difficulté d'interprétation portait sur l'expression « *votre laine* » qui pouvait désigner soit la quantité initiale, 2 300 *stones*, soit la quantité finale qui s'élevait à 2 542 *stones*. Les juges de la *High Court* estimèrent que la preuve de la conversation entre le vendeur et un agent de l'acquéreur était recevable car elle permettait, sans ajouter ou enlever au contrat, d'éclairer sur l'objet exact du contrat, à savoir la quantité exacte de laine que le défendeur s'était engagé à acheter¹²⁴⁰.

227. Similitudes avec la dénaturation française. Outre leur nature hybride à la fois procédurale et substantielle, la prohibition de la dénaturation faite aux juges du fond sanctionnée par la Cour de cassation et l'interprétation objective anglaise ont en commun un même fondement : l'idée que le juge qui interprète le contrat doit être sensible au caractère « évident » de certains termes et protéger ce sens évident. Le droit français et le droit anglais partagent indiscutablement le même souci d'empêcher la réécriture du contrat par le juge. L'office des juges français et des juges anglais se trouve donc limité de la même façon. De plus, ils se voient contraints de caractériser la présence d'un doute sur le sens d'une clause ou d'un terme pour, soit se livrer à un travail d'interprétation, soit se départir du sens littéral. En effet, si le juge anglais retient le sens littéral de l'acte en l'absence de doute et si le juge français doit démontrer l'existence d'un doute pour se livrer à un travail d'interprétation, force est de

¹²³⁸ *Shillings*. 16 *shillings* correspondaient à quatre cinquièmes d'une livre.

¹²³⁹ Alexander Macdonald and Alexander Macdonald the Younger v. David Longbottom, *Court of the Queen's Bench*, 27 mai 1859, (1859) 1 Ellis and Ellis 977 ; 120 ER 1177, p. 1177.

¹²⁴⁰ Lord CAMPBELL C.J. in Alexander Macdonald and Alexander Macdonald the Younger v. David Longbottom, *Court of the Queen's Bench*, 27 mai 1859, (1859) 1 Ellis and Ellis 977, n^{os} 983 et 984 ; 120 ER 1177, p. 1180 : « *I am of opinion that, when there is a contract for the sale or[sic] a specific subject-matter, oral evidence may be received, for the purpose of shewing what that subject-matter was, of every fact within the knowledge of the parties before and at the time of the contract. Now Stewart, the defendant's agent, had a conversation before the contract with one of the plaintiffs, who stated what wool he had on his own farm, and what he had bought from other farms. The two together constituted his wool; and La cassation en matière civile, with the knowledge of these facts, the defendant contracts to buy "your wool". There cannot be the slightest objection to the admission of evidence of this previous conversation, which neither alters nor adds to the written contract, but merely enables us to ascertain what was the subject-matter referred to therein* » ; « *Je suis d'avis que, lorsqu'il y a un contrat de vente portant sur un objet déterminé, une preuve orale peut être admise, aux fins de montrer ce qui était cet objet, de tout fait dont les parties avaient connaissance avant et au moment du contrat. En l'espèce, Stewart, l'agent du défendeur, a eu une conversation avant le contrat avec l'un des demandeurs, qui a déclaré quelle laine il avait sur sa propre ferme, et celle qu'il avait achetée à d'autres fermes. Les deux, ensemble, constituaient sa laine et, connaissant ces faits, le défendeur s'engage à acheter "votre laine". Il ne peut y avoir la moindre objection à l'admission de la preuve de cette conversation antérieure, qui ne modifie ni n'ajoute au contrat écrit, mais nous permet simplement de savoir quel était l'objet qui y était mentionné* ». WIGHTMAN J. et ERLE J. adoptent la même position vis-à-vis de l'admission de cette preuve : Alexander Macdonald and Alexander Macdonald the Younger v. David Longbottom, *Court of the Queen's Bench*, 27 mai 1859, (1859) 1 Ellis and Ellis 977, respectivement n^{os} 985 et 986

constater que le critère est le même, ce qui fait sens au regard du fondement partagé : le doute sur le sens chasse l'évidence.

228. Une différence de portée. Malgré ces rapprochements, des divergences subsistent, notamment en ce qui concerne la portée de la dénaturation et de l'interprétation objective. Alors que le grief de dénaturation de la volonté des parties par le juge français est très rarement accueilli par la Cour de cassation¹²⁴¹ de telle sorte que la sanction pour dénaturation et la lecture littérale qu'elle suppose constituent en pratique l'exception, l'interprétation objective traditionnelle a longtemps bénéficié du statut de principe intouchable dominant la majorité du contentieux de l'interprétation des contrats en droit anglais.

La lecture littérale de l'*instrumentum*, en France comme en Angleterre, a pour but d'évincer entièrement l'interprétation judiciaire du contrat. La marge de manœuvre du juge s'en trouve donc réduite. C'est également le cas lorsque l'interprétation judiciaire du contrat peut est encadrée par la volonté des parties.

§ 2 - L'interprétation judiciaire encadrée : le cantonnement de l'office du juge

229. L'entrave au pouvoir judiciaire d'interprétation. « [L]es clauses relatives à l'interprétation du contrat constituent des expressions significatives de [la] liberté [contractuelle] »¹²⁴², puisqu'elles sont, au sein de l'acte de prévision formé par les parties, l'expression de l'emprise des parties sur l'interprétation. Or, alors qu'elles ont cette particularité de permettre aux parties de se saisir de l'interprétation qui est en principe l'apanage du juge, il existe, ainsi que le remarque un auteur¹²⁴³, peu de réflexions menées par la doctrine française sur les clauses interprétatives¹²⁴⁴. Les auteurs anglais consacrent plus spécifiquement leurs recherches à un type de clause particulier, à savoir l'*entire agreement clause*¹²⁴⁵, appelée en

¹²⁴¹ V. *supra* n° 209.

¹²⁴² Denis MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, n° 1.

¹²⁴³ *Ibid.*, n° 1.

¹²⁴⁴ V. les travaux suivants : Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 263, p. 228 ; Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Jean-Sébastien SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^{ème} éd., Francis Lefebvre, 2017, n°s 1320s, pp. 421s ; Marie LAMOUREUX, *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 1, Aix-Marseille : PUAM, 2006, n°s 115s, pp. 135s ; Denis MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, p. 187 ; Eid RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels », *D.* 2001, p. 223.

¹²⁴⁵ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 4-009, p. 187 ; Filip DE LY, « Les clauses d'intégralité dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2000, p. 719 ; Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar - clauses », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006 ; David MCLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, 2012, p. 521

français « la clause des quatre coins » et à laquelle sont consacrés la majorité des travaux en matière de clauses interprétatives¹²⁴⁶. Cela étant dit, le droit positif français et le droit positif anglais reconnaissent la valeur de ces clauses par lesquelles les parties encadrent l'interprétation effectuée par le juge, diminuant ainsi sa marge de manœuvre. Ces clauses sont une façon pour les parties d'entraver le pouvoir d'interprétation des conventions conféré au juge. À ce titre, elles constituent donc, dans le rapport entre le juge et la volonté contractuelle, un outil redoutable au service des parties.

230. Une emprise possible dans les deux temps du contrat. Il a été justement constaté¹²⁴⁷ que les parties peuvent, dans un premier temps, insérer des clauses d'interprétation dans l'*instrumentum* dès la formation du contrat, exerçant ainsi une emprise *a priori* sur l'interprétation du contrat (A). Dans un second temps, les parties peuvent avoir recours à des avenants interprétatifs qui n'interviennent qu'une fois le contrat conclu, exerçant ainsi une emprise *a posteriori* sur l'interprétation du contrat (B).

A) Les clauses d'interprétation : une entrave *a priori* au pouvoir d'interprétation du juge

231. La validité de principe des clauses d'interprétation. La validité des clauses d'interprétation en droit positif ne fait aucun doute et elles constituent une entrave que peuvent exercer les parties sur l'interprétation judiciaire (1). Les clauses d'interprétation peuvent prendre des formes variées qu'il convient d'envisager (2).

1) L'efficacité de l'entrave des parties sur l'interprétation judiciaire

232. L'expression de la volonté contractuelle. Les clauses d'interprétation, quelle que soit leur forme¹²⁴⁸, ne sont ni plus ni moins que l'expression d'un fragment de la volonté des parties. En effet, elles font, *a priori*, l'objet, au même titre que les obligations contractuelles

; Alistair GRAHAM et James WHITAKER, « “Threshing the undergrowth for some chance remark” – English High Court considers impact of entire agreement clauses on pre-contractual negotiations », Mayer-Brown, *Legalupdate*, juin 2018 [En ligne] <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2018/06/threshing-the-undergrowth-for-some-chance-remark> (page consultée le 18/02/2020).

¹²⁴⁶ François-Xavier TESTU, *Contrats d'affaire 2010-2011*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz référence, 2010, n^{os} 37-12s, pp. 148s ; Dominique VELARDOCCHIO, « Clause d'intégralité », *Dr. et Patr.*, n^o 114, 2001, p. 45 ; Marie LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDC*, n^o 35, 2007, p. 75 ; Olivier DORCHIES, « Pratique contractuelle. La clause d'intégralité dans les contrats informatiques et télécoms », *Comm. com. électr.*, n^o 1, 2016, p. 54 ; Anne-Sophie LUCAS-PUGET, « La clause d'intégralité », *Resp. civ. et assur.*, 2016, form. 5, p. 38.

¹²⁴⁷ Marie LAMOUREUX, *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 1, Aix-Marseille : PUAM, 2006, n^o 115, p. 136.

¹²⁴⁸ V. *infra* n^o 234.

des parties décrites dans l'acte, d'un accord de volontés et viennent, soit clarifier le sens des termes employés pour décrire ces obligations¹²⁴⁹, soit imposer au juge la méthode d'interprétation de l'*instrumentum*¹²⁵⁰. Par conséquent, elles présentent la particularité de constituer une manifestation de volonté qui précise la volonté contractuelle portant, non pas sur le réel, à savoir la description des obligations qui s'inscrivent dans une réalité matérielle, mais sur le contenu de l'*instrumentum* lui-même.

233. Une réduction de l'office du juge commune à la France et à l'Angleterre. La reconnaissance de la validité des clauses relatives à l'interprétation par le droit français et par le droit anglais aboutit nécessairement à une réduction de l'office du juge. En effet, pourvu que le contrat soit valablement formé, les clauses d'interprétation acquièrent le statut de fragment de la volonté contractuelle. Or, par principe, le contrat étant la chose des parties, le juge est tenu de respecter cette volonté. Par conséquent, une clause qui viendrait lui indiquer le sens d'un terme employé dans l'*instrumentum* ou la valeur à accorder à la conduite des parties en cas de litige le prive en partie de son pouvoir d'interprétation.

Les clauses d'interprétation limitent efficacement la marge de manœuvre du juge dans le processus d'interprétation du contrat. Cette entrave à l'interprétation judiciaire est susceptible de revêtir plusieurs formes.

2) Une entrave polymorphe

234. Typologie des clauses d'interprétation. Parmi les travaux qui leur sont consacrés, on retrouve régulièrement une typologie des clauses d'interprétation¹²⁵¹. Celles-ci peuvent se regrouper en deux catégories : certaines de ces clauses visent à priver entièrement le juge de toute occasion d'exercer son pouvoir d'interprétation (a), d'autres visent à le réduire (b).

a) L'exclusion de l'exercice du pouvoir d'interprétation du juge

235. Le juge privé de l'occasion d'interpréter. Les parties ne peuvent, à proprement parler, nier au juge son pouvoir d'interprétation¹²⁵², ce d'autant plus que pèse sur lui,

¹²⁴⁹ V. *infra* n° 235.

¹²⁵⁰ V. *infra* n°s 244s.

¹²⁵¹ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 263, p. 228 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 604, p. 705 ; Denis MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, n° 6.

¹²⁵² Nicolas GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, dactyl., n° 247, p. 208. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01168586> (page consultée le 20/02/2020)

notamment en France, un devoir d'interprétation dont le non-respect peut conduire à la cassation¹²⁵³. Les parties ne peuvent donc que rédiger leur contrat de façon que l'occasion pour le juge de l'interpréter ne se présente pas. Un tel objectif est notamment atteint par la réduction des hypothèses de doute sur le sens des termes employés pour décrire les obligations contractuelles et leurs modalités. Deux types de clauses permettent d'aboutir à cette réduction : les clauses de définition (i) et les clauses de traduction (ii).

i) La clause de définition

236. Le sens des termes contractuels imposé au juge. Les clauses de définition, ou clauses de sens¹²⁵⁴, ont pour effet de clarifier le sens de certains termes employés, autrement dit d'annihiler le doute sur le sens de l'*instrumentum* qui permet au juge du fond d'exercer son pouvoir d'interprétation. Pour que leur efficacité soit optimisée, les clauses de définition des termes contractuels doivent être placées au début de l'*instrumentum*, éventuellement rédigées dans une police différente du reste des termes contractuels¹²⁵⁵, afin de ne pas échapper à l'attention, non seulement des parties¹²⁵⁶, mais aussi précisément du juge. Ces clauses permettent aux parties, par une intention *a priori* commune¹²⁵⁷, d'établir un « *petit vocabulaire contractuel* »¹²⁵⁸ commun qui s'imposera au juge. Elles « *sont ainsi une forme d'interprétation du contrat par les parties elles-mêmes, qui imposent une interprétation commune et univoque des termes du contrat* »¹²⁵⁹. Il n'est ainsi pas étonnant de constater que, dans les décisions anglaises, la règle d'admission des clauses de définition porte le nom de « *private dictionary rule* ».

237. La *private dictionary rule*. Traduisible par « règle du dictionnaire particulier », cette expression désigne le principe selon lequel les juges anglais sont soumis par le sens que donnent les parties aux termes contractuels. Dans un arrêt de la *House of Lords* rendu en 1842¹²⁶⁰, les juges reconnurent que lorsque « *un secteur commercial ou une communauté fait*

¹²⁵³ V. *supra* n° 210.

¹²⁵⁴ Denis MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, n° 6.

¹²⁵⁵ Bertrand FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Dr. et Patr.*, n° 72, 1999, pp. 82s.

¹²⁵⁶ V. sur ce point : Bertrand GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, Paris : LGDJ, 2003, n°s 219s, pp. 128 et 129.

¹²⁵⁷ V. *infra* n° 241 sur la prévalence de l'intention d'une des parties dans cette hypothèse.

¹²⁵⁸ Denis MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, n° 6.

¹²⁵⁹ Jacques MESTRE, Frédéric BUY, Marie LAMOUREUX, Jean-Christophe RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2^{ème} éd., 2018, n° 446.

¹²⁶⁰ Samuel Shore and Others v. Thomas Wilson and Others, *House of Lords*, 5 août 1842, (1842) IX Clark & Finnelly 355, 8 ER 450.

un usage linguistique non conventionnel ou idiosyncrasique »¹²⁶¹ d'un terme, le sens que lui donne cette communauté peut prévaloir. Cette règle a depuis été baptisée « *private dictionary principle* »¹²⁶² car elle permet en effet d'imposer au juge le sens d'un terme, ce sens pouvant ne pas être identique au *plain and obvious meaning* que recherchent en principe les juges anglais dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation¹²⁶³.

238. L'exemple des polices d'assurance. Si la recherche de jurisprudence à travers des mots-clés tels que « clause d'interprétation », « clause relative à l'interprétation » ou encore « clause interprétative » ne font apparaître aucun résultat pertinent, la recherche par type de clause interprétative est plus fructueuse. En ce qui concerne les clauses de définition, elles sont systématiques dans les polices d'assurance. Elles sont régulièrement insérées dans des clauses d'exclusion de garantie puisqu'elles permettent de définir les hypothèses dans lesquelles l'assureur est libéré de l'obligation de garantie¹²⁶⁴ ou encore elles permettent de définir le sinistre couvert par la police d'assurance. Par exemple, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris d'avoir appliqué la définition du sinistre posée par la police d'assurance en raison de son caractère clair et précis¹²⁶⁵.

Les juges du fond se livrent à une analyse du vocabulaire employé par la clause afin de déterminer si son sens est clairement apparent. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Aix-en-Provence¹²⁶⁶, les juges eurent à connaître d'une clause de définition de l'expression « incapacité temporaire totale de travail » figurant dans un contrat d'assurance. Cette clause stipulait que l'assuré est dans une situation d'incapacité temporaire totale de travail « *lorsqu'il se trouve par suite d'une maladie ou d'un accident, dans l'impossibilité absolue médicalement constatée [...] d'exercer une activité professionnelle à temps plein ou une activité professionnelle à temps partiel* ». La cour d'appel confirme le jugement du tribunal judiciaire, précisant que « *l'emploi de l'article indéfini "une" signifie que l'assuré doit être*

¹²⁶¹ *Ibid.*, n° 567.

¹²⁶² Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 1.152, p. 79.

¹²⁶³ V. *supra* n°s 221s.

¹²⁶⁴ Com., 27 mai 2015, n° 14-15113, inédit ; Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ.* III, 2016, n° 158, p. 166, *Resp. civ. assur.*, n° 4, 2017, 1, H. GROUDEL ; *Resp. civ. assur.*, n° 2, 2017, comm. 62, H. GROUDEL ; *Constr. – Urb.*, n° 1, 2017, comm. 12, M.-L. PAGÈS-DE VARENNE ; *LEDA*, n° 1, 2017, p. 4, C. CHARBONNEAU. *Gaz. Pal.*, n° 17, 2018, p. 76, C. CERVEAU-COLLIARD.

¹²⁶⁵ Civ. 2^{ème}, 3 mars 2016, n° 15-11001, inédit, *JCP G*, n° 25, 2016, doct. 732, J. KULLMANN ; *RGDA*, n° 5, 2016, p. 243, J. KULLMANN. V. pour une autre application de définition contractuelle d'un sinistre dans le cadre d'une police d'assurance : Civ. 3^{ème}, 7 juil. 2015, n° 13-14092, inédit.

¹²⁶⁶ CA Aix-en-Provence, ch. 3-3, 4 mars 2021, n° 19/00094. V. dans le même sens : CA Versailles, 3^{ème} ch., 4 fév. 2021, n° 18/05221.

dans l'incapacité de reprendre une activité professionnelle quelconque, et non celle qu'il exerçait avant son arrêt de travail ». Une telle interprétation faisait échec au raisonnement de l'assuré qui ne pouvait ainsi obtenir la sanction de la clause en tant que clause abusive¹²⁶⁷. Il semblerait à l'inverse que si la police d'assurance avait employé le pronom « son » pour désigner l'activité professionnelle, le sens de la clause aurait été différent. Un terme qui peut s'apparenter à un détail au moment de la rédaction de la convention, ou dans un tel cas de l'acquiescement à un contrat rédigé par l'autre partie puisqu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'adhésion, peut avoir une incidence considérable sur l'issue d'un litige car l'interprétation est au cœur de nombreux mécanismes d'intervention judiciaire sur le contrat.

239. La cassation pour non-respect de la définition contractuelle. La présence d'une clause de définition a pour effet de rendre l'acte clair et précis, autrement dit le sens des termes employés pour décrire les obligations contractuelles et leurs modalités ne faisant aucun doute, l'acte est insusceptible d'interprétation. Dès lors, le juge du fond qui ferait abstraction de la définition contractuelle encourt la cassation. Par exemple, dans un arrêt de 2015¹²⁶⁸, les conditions générales de la police d'assurance précisaient que les personnes ayant la qualité d'assurés sont, outre le souscripteur du contrat, les autres membres de sa famille vivant sous le toit du souscripteur, dont le conjoint et les enfants fiscalement à charge. Or l'article L. 113-1 du Code des assurances prévoit que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». L'assureur tentait donc de faire valoir la faute intentionnelle du fils du souscripteur afin d'échapper à la garantie. Alors que la cour d'appel de Paris avait retenu le jeu de la clause d'exclusion de garantie au profit de l'assureur¹²⁶⁹, la Cour de cassation rappelle que le fils du souscripteur « *était majeur et [...] n'était pas fiscalement rattaché au foyer fiscal de sa mère, puisqu'il avait déposé des déclarations fiscales personnelles et distinctes de cette dernière* ». La Cour casse l'arrêt pour violation des articles 4¹²⁷⁰ et 5¹²⁷¹ du Code de procédure civile. *A contrario*, en l'absence de définition contractuelle claire de l'expression litigieuse, celle-ci doit faire l'objet d'une interprétation par le juge du fond. Les parties qui invoqueraient la dénégation du contrat voient

¹²⁶⁷ Parce qu'elle était « *claire et compréhensible* » au sens de l'art. L. 212-1 du C. conso.

¹²⁶⁸ Civ. 2^{ème}, 5 mars 2015, n° 14-13740, inédit.

¹²⁶⁹ CA Paris : 17 déc. 2013, n° : 12/07804.

¹²⁷⁰ Art. 4 CPC: « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ».

¹²⁷¹ Art. 5 du CPC : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

alors leur pourvoi rejeté par la Cour de cassation au motif que la clause de définition était « *imprécise* »¹²⁷².

240. La dénaturation de la clause de définition. Néanmoins, les justiciables et leurs conseils ne manquent pas de remettre en question l'application que peuvent faire les juges du fond d'une clause de définition. La sanction de la dénaturation leur permet de former un pourvoi en arguant que le juge du fond a dénaturé la clause de définition contractuelle. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2019¹²⁷³, la Cour de cassation fut saisie d'une affaire portant sur un contrat d'assurance qui stipulait prendre en charge « la perte financière » due au sinistre. La perte financière était définie comme « *les frais [engagés par le preneur] pour réaliser des embellissements* ». À la suite d'un premier dégât des eaux, le preneur avait reçu une indemnisation de la part de l'assureur lui permettant de faire réaliser des travaux de peinture. Un second dégât des eaux survint endommageant la peinture. Le preneur assigna l'assureur sur le fondement de la garantie « perte financière » afin d'obtenir un dédommagement du montant des embellissements réalisés dans la cuisine du logement. La Cour de cassation approuva la cour d'appel¹²⁷⁴ d'en avoir déduit que seuls les embellissements, en l'espèce les travaux de peinture, réalisés aux frais du preneur étaient couverts par la garantie. Or en l'espèce, ils avaient été effectués aux frais de l'assureur ce qui ne permettait pas de retenir une perte financière soufferte par le preneur. La clause de définition fait donc l'objet d'un contrôle de sa dénaturation par la Cour de cassation.

241. La prévalence de l'intention d'une partie ? Il est possible de se demander si les définitions contractuelles reflètent réellement l'intention commune des parties. En effet, le contrat d'assurance, qui contient systématiquement des clauses de définition, est un contrat d'adhésion, dans laquelle l'une des parties ne fait qu'acquiescer à la volonté de la partie dominante¹²⁷⁵. Par conséquent, c'est cette dernière qui a le contrôle des définitions et du vocabulaire contractuel. Dans certaines hypothèses, il serait donc plus juste de préciser que le

¹²⁷² Com., 27 mai 2015, n° 14-15113, inédit ; Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ.* III, 2016, n° 158, p. 166, *Resp. civ. assur.*, n° 4, 2017, 1, H. GROUDEL ; *Resp. civ. assur.*, n° 2, 2017, comm. 62, H. GROUDEL ; *Constr. – Urb.*, n° 1, 2017, comm. 12, M.-L. PAGÈS-DE VARENNE ; *LEDA*, n° 1, 2017, p. 4, C. CHARBONNEAU.

Gaz. Pal., n° 17, 2018, p. 76, C. CERVEAU-COLLIARD.

¹²⁷³ Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 18-19191, inédit, *RGDA*, n° 7, 2019, p. 49, A. PIMBERT ; *LEDA*, n° 8, 2019, p. 3, D. KRAJESKI ; *Gaz. Pal.*, n° 37, 2019, p. 55, B. WALTZ-TERACOL.

¹²⁷⁴ CA Versailles, 12^{ème} ch., 3 mai 2018, n° 16/08648.

¹²⁷⁵ Claude WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 2020.

respect de la clause de définition est la prévalence, face au juge, de la volonté contractuelle non pas commune, mais individuelle et objectivement formulée¹²⁷⁶.

Si l'exclusion de l'exercice du pouvoir d'interprétation du juge peut prendre la forme d'une clause de définition, elle peut également revêtir la forme d'une clause de traduction.

ii) La clause de traduction

242. L'intérêt de la clause de traduction dans un contexte international. Lorsque le contrat est rédigé en plusieurs langues, ce qui est le cas des contrats internationaux, c'est-à-dire conclu entre des acteurs de différents pays, la clause de traduction¹²⁷⁷, ou *language clause*¹²⁷⁸, permet aux parties de désigner la version qui prévaut sur les autres¹²⁷⁹. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles rendu en 2007¹²⁸⁰, les juges du fond appliquent la clause selon laquelle : « *Le présent acte est établi en langue française et en langue anglaise. Il est expressément entendu que seul le texte en français, dûment signé, fait foi entre les parties* » pour retenir que l'acte rédigé en langue anglaise n'est pas opposable au cessionnaire¹²⁸¹.

243. La valeur de la version française du contrat de travail. Les juges français semblent s'accorder pour retenir qu'en droit commun, la version qui prévaut devant le juge en cas de discordance est la version française. En revanche, en matière de contrat de travail, si les deux textes concordent, la traduction en langue étrangère aura la même valeur devant le juge

¹²⁷⁶ Le juge disposant d'outils divers pour rééquilibrer le contrat d'adhésion, soit par le jeu de l'interprétation *contra proferentem*, v. *infra* n° 299, soit par le recours à la sanction des clauses abusives, v. *infra* n°s 323s.

¹²⁷⁷ Il convient de distinguer l'hypothèse dans laquelle la traduction est rédigée lors de la conclusion du contrat et assortie d'une clause de traduction et l'hypothèse dans laquelle l'une des parties, ou chacune d'elles, fournit, dans la cadre d'une procédure contentieuse, une traduction effectuée ultérieurement. En effet, dans le premier cas, la clause de traduction qui hiérarchise les versions linguistiques de la convention s'impose au juge, dans le second cas la traduction s'analyse en l'apport d'un élément de preuve qui fait l'objet d'une appréciation souveraine par les juges du fond. V. *infra* n° 797 sur l'appréciation souveraine des éléments de preuve par le juge du fond.

¹²⁷⁸ François-Xavier TESTU, *Contrats d'affaire 2010-2011*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz référence, 2010, n° 37-50.

¹²⁷⁹ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 263, p. 228.

¹²⁸⁰ CA Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} section, 7 juin 2007, n° 05/09460, *RTD civ.*, 2007. 771, obs. B. FAGES.

¹²⁸¹ Le C. du travail prévoit cependant une règle dérogatoire en ce qui concerne la valeur de la version française du contrat. L'employeur doit fournir une traduction du contrat de travail dans la langue du salarié si celui-ci en fait la demande. Alors que la présence d'une traduction relève, en droit commun, de la volonté des parties, le droit du travail prévoit ainsi le caractère obligatoire de la traduction lorsque le salarié dont la langue n'est pas le français en fait la demande, autrement dit, lorsqu'il manifeste le besoin de recevoir cette traduction pour comprendre ce à quoi il s'engage. Cependant, les juges retiendront l'opposabilité du contrat en langue étrangère au salarié s'il ressort des débats que celui-ci, travaillant aux États-Unis, « *utilisait couramment et avec aisance la langue anglaise* », v. CA Paris, Pôle 6, ch. 5, 25 janv. 2018, n°s 14/01856 et 14/01944. Les juges du fond retiennent qu'il appartient au salarié d'apporter la preuve qu'il a demandé à recevoir la traduction de son contrat de travail, cf. CA Grenoble, ch. soc., section A, 24 sept. 2019, n° 17/03319 : en l'espèce, le salarié n'apportait pas la preuve qu'il avait manifesté le besoin de recevoir la traduction anglaise de son contrat de travail. En outre, l'employeur ne peut se prévaloir des clauses du contrat non traduit en violation de l'art. L. 1231-1 du C. du travail, cf. CA Dijon, ch. soc., 2 mai 2019, n° 17/00396.

que sa version française. À l'inverse, si les deux textes ne concordent pas, le juge devra faire primer la version rédigée dans la langue du salarié qui seule peut être invoquée contre lui¹²⁸².

¹²⁸² Art. L. 1221-3 al. 2 du C. du travail : « Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier. Les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier ».

b) La réduction du pouvoir d'interprétation du juge

244. Le juge privé du choix de la méthode d'interprétation. À défaut, ou en plus, de réduire les occasions permettant au juge d'exercer son pouvoir d'interprétation de la convention, les parties peuvent également cloisonner ce pouvoir en imposant au juge la méthode d'interprétation et les indices qu'il prendra en compte pour déterminer l'intention des parties. Deux types de clauses permettent notamment de réaliser cette réduction : la clause de non-renonciation (i) et la clause des quatre coins (ii).

i) La clause de non-renonciation

245. La non-renonciation aux droits conférés par le contrat. Connue en anglais sous le nom de « *non-waiver clause* »¹²⁸³, la clause de non-renonciation « *indique que le comportement des parties ne saurait être interprété comme valant renonciation aux droits conférés par le contrat* »¹²⁸⁴. Le recours à une telle clause peut avoir un intérêt non-négligeable, aussi bien en France qu'en Angleterre, car la conduite des parties est l'un des indices pris en compte par le juge du fond pour en déduire leur intention contractuelle¹²⁸⁵. Plus précisément, la jurisprudence française reconnaît que la renonciation à un droit puisse résulter d'un comportement, pourvu que celui-ci soit non-équivoque, la Cour de cassation exerçant un contrôle sur le caractère non-équivoque¹²⁸⁶. La clause de non-renonciation permet ainsi d'éviter que la moindre « *absence de réaction à l'occasion d'une menace à un droit [équivalence] à une renonciation* »¹²⁸⁷, restreignant ainsi la marge de manœuvre du juge dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation.

Si la réduction de l'exercice du pouvoir d'interprétation du juge peut prendre la forme d'une clause de non-renonciation, elle peut également revêtir la forme d'une clause d'intégralité.

¹²⁸³ *To waive* en anglais signifie en effet renoncer, plus spécifiquement à un droit.

¹²⁸⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 263, p. 228.

¹²⁸⁵ V. *infra* n^{os} 395s.

¹²⁸⁶ Civ. 3^{ème}, 5 nov. 1976, n° 75-11126, *Bull. civ.* III, 1976, n° 385, p. 292.

¹²⁸⁷ François-Xavier TESTU, *Contrats d'affaire 2010-2011*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz référence, 2010, n°52.01.

ii) La clause d'intégralité

246. Le cantonnement de l'interprétation au seul *instrumentum*. Parmi la variété de clauses d'interprétation, la clause d'intégralité est sans aucun doute celle qui suscite le plus l'intérêt de la doctrine¹²⁸⁸. Également nommée « clause des quatre coins », une telle disposition contractuelle « *a pour objectif d'enfermer les droits et obligations des parties dans le contenu exprès du contrat écrit et de faire obstacle à ce que le juge [...] puisse, en cas de litige, faire produire des effets juridiques aux éléments qui lui sont extérieurs [...] le contenu du contrat devant demeurer figé dans l'état dans lequel il se trouve au jour de sa conclusion* »¹²⁸⁹. Cette clause prive le juge de la possibilité d'examiner des éléments extérieurs à l'*instrumentum*, tels que notamment les négociations précontractuelles ou tout autre échange entre les parties, la conduite des parties, lors de la conclusion du contrat ou lors de son exécution et l'usage en vigueur au sein de certains secteurs commerciaux ou communautés. Autrement dit, tous les éléments qui sont susceptibles d'indiquer au juge la volonté probable des parties doivent être écartés¹²⁹⁰.

Aucune disposition législative de droit français des contrats ne fait référence à la clause d'intégralité. En revanche, les Principes d'Unidroit consacre leur efficacité¹²⁹¹ de même que les Principes européens du droit des contrats qui précisent cependant qu'elle doit, pour être efficace avoir fait l'objet d'une négociation individuelle¹²⁹². Cette clause est régulièrement insérée dans des contrats soumis au droit français car elle permet notamment d'exclure tout avant-contrat ou document échangé pendant la phase précontractuelle¹²⁹³. En outre, cette clause a connu un

¹²⁸⁸ V. *supra* n° 229.

¹²⁸⁹ Marie LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDC*, n° 35, 2007, n° 1.

¹²⁹⁰ Pour des exemples de rédactions de « *clause d'accord complet* », telles que les nomme cet auteur, v. Filip DE LY, « Les clauses d'intégralité dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2000, p. 750.

¹²⁹¹ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome : Unidroit, 2016, article 2.1.17 : « *Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du document* ». [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (page consultée le 11/03/2019)

¹²⁹² Art. 2 : 105, (1) et (2) des PDEC : « *Si un contrat écrit contient une clause qui a été l'objet d'une négociation individuelle aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues (clause d'intégralité), les déclarations, engagements ou accords antérieurs que ne renferme pas l'écrit n'entrent pas dans le contenu du contrat.*

La clause d'intégralité qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle fait seulement présumer que les parties entendaient que leurs déclarations, engagements ou accords antérieurs n'entrent pas dans le contenu du contrat. La présente règle ne peut être exclue ou restreinte ».

¹²⁹³ V. par ex. : CA Paris, 29 nov. 1996, *JCP E* 1997, pan. 261 : en l'espèce, la clause de garantie de passif figurait dans la promesse synallagmatique mais non dans le contrat final de cession de parts sociales. La clause d'intégralité

succès certain en Angleterre à la suite de l'évolution de la méthode d'interprétation du contrat adoptée par les juges anglais d'une méthode objective vers une méthode plus contextuelle et perçue par les contractants professionnels comme incertaine¹²⁹⁴.

Les clauses d'interprétation sont insérées dans le contrat au moment de sa formation et constituent à ce titre une entrave *a priori* au pouvoir d'interprétation du juge. Or cette entrave peut également se manifester *a posteriori*, après la formation du contrat, sous la forme d'un avenant interprétatif.

B) L'avenant interprétatif : une entrave *a posteriori* au pouvoir d'interprétation du juge

247. L'avenant interprétatif, expression de la volonté des parties. L'avenant interprétatif permet aux parties de préciser *a posteriori* le sens de l'*instrumentum* lorsqu'elles se rendent compte d'une éventuelle ambiguïté¹²⁹⁵. L'avenant interprétatif, au même titre que les clauses d'interprétation qui figurent dans le contrat initial, revêt lui-même une valeur contractuelle. En effet, en ce qu'il porte sur l'interprétation du contrat initial, il ne peut être formé que par la rencontre de volonté des parties qui s'entendent, soit sur le sens des termes employés ou sur la version qui doit prévaloir dans le cas de l'exclusion de l'exercice du pouvoir interprétatif du juge, soit sur la méthode d'interprétation que celui-ci doit employer. Par conséquent, l'avenant requiert la réunion des conditions de formation de tout contrat¹²⁹⁶, et en tant qu'expression de la volonté commune des parties, il revêt la force obligatoire et s'impose au juge.

248. Un avenant clair et précis. Il convient toutefois de préciser que pour constituer une entrave efficace au pouvoir d'interprétation judiciaire, l'avenant doit « *effectivement éclairer le sens des termes du contrat* »¹²⁹⁷. Un avenant qui n'est pas suffisamment clair et précis sur le sens à donner aux termes de l'*instrumentum* ou sur la méthode d'interprétation sélectionnée par les parties ne saurait s'imposer au juge. La solution est cohérente dans la

insérée dans l'acte définitif empêchait le juge d'interpréter la volonté des parties dans le sens de l'existence d'une garantie de passif.

¹²⁹⁴ Les clauses d'intégralité se sont développées comme un retour à la *parol evidence rule* mise à mal par une conception plus moderne de l'interprétation contractuelle anglaise ce qui fera l'objet de développements plus approfondis, v. *infra* n^{os} 407s.

¹²⁹⁵ Marie LAMOUREUX, *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 1, Aix-Marseille : PUAM, 2006, n^o 126, p. 143.

¹²⁹⁶ Art. 1128 du C. civil.

¹²⁹⁷ Marie LAMOUREUX, *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 1, Aix-Marseille : PUAM, 2006, n^o 130, p. 145.

mesure où l'ambiguïté du contrat initial lui-même ouvre la voie à l'obligation d'interprétation du juge. Par conséquent, l'avenant revêtant également une nature contractuelle, une ambiguïté a pour conséquence l'inefficacité de l'avenant à éclairer le juge sur le sens du contrat initial.

249. La distinction entre avenant interprétatif et avenant de révision. L'avenant interprétatif n'est pas une modification des stipulations contractuelles mais une simple clarification. Quoique que la distinction ne soit pas toujours aisée¹²⁹⁸, elle est essentielle car, si l'avenant de révision ne vaut que pour l'avenir et ne contraint pas spécifiquement le pouvoir d'interprétation du juge, l'avenant interprétatif est d'application rétroactive et entrave l'interprétation judiciaire.

250. Une interprétation imposée au juge. L'entrave au pouvoir d'interprétation du juge par l'avenant interprétatif ne fait aucun doute. La jurisprudence française retient que l'avenant interprétatif, intervenant *a posteriori*, c'est-à-dire après la conclusion du contrat, s'impose au juge de façon rétroactive. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1998¹²⁹⁹, alors que les juges du fond avait réaffirmé leur pouvoir souverain d'interprétation et retenu que « *l'acte interprétatif [...] ne saurait en aucun cas retirer au juge son pouvoir d'appréciation, voire le limiter* », la Cour de cassation censure le jugement et précise que « *l'avenant interprétatif d'un accord collectif signé par l'ensemble des parties à l'accord initial s'impose avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de ce dernier accord [...] au juge qui ne peut en écarter l'application* ». Par conséquent, il est indéniable que l'avenant interprétatif, qui n'est ni plus ni moins qu'un ensemble de clauses interprétatives intervenant postérieurement à la conclusion du contrat, est un outil de maîtrise du contenu du contrat par les parties, ayant pour effet le recul du pouvoir d'interprétation du juge en la matière.

¹²⁹⁸ Gilles AUZERO, note Soc., 29 oct. 2002, n° 00-46886, *Bull. civ. V*, n° 327, p. 314, *Lexbase Hebdo éd.soc.*, 14 nov. 2002, n° 47.

¹²⁹⁹ Soc., 1^{er} déc. 1998, n° 98-40104, *Bull. civ. V*, 1998, n° 527, p. 395, *Dr. soc.*, 1999, p. 303, obs. J. SAVATIER.

Section 2 - Des outils d'interprétation communs issus de la méthode objective

251. La renonciation à la découverte de la volonté réelle. Le droit positif français et loin d'être replié sur la conception subjective de la volonté contractuelle, et donc sur la méthode subjective d'interprétation du contrat. En effet, il adopte, d'une part, la recherche de la volonté contractuelle objectivement entendue, c'est-à-dire la recherche d'une volonté, non plus réelle, mais normale (§ 1). D'autre part, le droit positif français pousse même l'objectivité plus loin, en lui donnant un autre sens avec une « interprétation » fondée sur la qualité d'une des parties contractantes. Il ne s'agit alors plus de découvrir la volonté, qu'elle soit réelle ou normale, de « défaire le nœud » qu'ont formé les termes employés par les parties pour fixer leur volonté contractuelle, mais de « trancher le nœud »¹³⁰⁰, selon une faveur accordée à tel ou tel contractant. Dans un tel cas, le juge français, non seulement renonce à la découverte de la volonté contractuelle au profit d'une solution fondée sur des considérations de protection d'une des parties, mais, plus encore, renonce à découvrir une quelconque volonté contractuelle (§ 2).

§ 1 - Le recours à des standards objectifs : la recherche d'une volonté contractuelle normale

252. Des outils issus d'une méthode objective d'interprétation. Renonçant parfois à découvrir la volonté réelle des parties, les juges français ont recours à des outils issus de la méthode objective afin d'interpréter l'*instrumentum*, ce qui rapproche considérablement l'office des juges français et des juges anglais. L'un de ces correctifs est directement importé du droit anglais : il s'agit de l'outil de la personne raisonnable (A). Le second correspond au recours aux usages (B).

A) Le recours au standard de la personne raisonnable

253. L'enracinement de cultures juridiques divergentes. Bien que l'office des juges français et celui des juges anglais connaissent un rapprochement parce qu'ils utilisent les mêmes outils issus de la méthode d'interprétation objective, l'importation, du droit positif anglais vers le droit positif français, de la personne raisonnable ne s'est pas fait sans ajustement visant à adapter ce standard juridique à la culture juridique française. En effet, la personne raisonnable occupe d'abord une place inégale parmi les outils d'interprétation dans les deux systèmes, car son envergure est moindre en droit positif français (1). Cette différence de statut

¹³⁰⁰ Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris : Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1869, n° 23, p. 24.

tient au fait que, alors que les juges et la doctrine anglaises voient l'utilisation de la personne raisonnable comme la garantie d'une neutralité souhaitable du juge, les juges et la doctrine françaises l'envisagent à l'inverse comme une ouverture potentielle vers l'arbitraire du juge et l'inconstance des interprétations. À ce titre, le standard de la personne raisonnable ne suscite pas la même crainte en France et en Angleterre quant à son caractère de facteur d'élargissement du pouvoir du juge (2).

1) Une place inégale parmi les outils d'interprétation

254. Une ampleur inégale. Si le juge français a recours au prisme d'une personne raisonnable pour interpréter le contrat, cet outil issu de la méthode objective d'interprétation n'a pas la même ampleur qu'en droit positif anglais. En effet, les juges français l'utilisent lorsqu'ils estiment ne pas avoir suffisamment d'éléments pour saisir leur volonté réelle. La personne raisonnable ne se voit donc accordée, parmi les instruments offerts au juge, qu'une place de règle subsidiaire (a). Au contraire, la méthode qui consiste pour le juge anglais à incarner une personne raisonnable pour interpréter le contrat est élevée, en droit positif anglais, au rang de principe intangible et impérieux (b).

a) Le juge français et la personne raisonnable : une règle d'interprétation subsidiaire fondée sur une recherche de volonté vraisemblable

255. Une nouveauté légale. L'objectivisation de la méthode d'interprétation française par l'introduction de la personne raisonnable correspond à une nouveauté légale. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1188 du Code civil prévoit que le juge français peut se référer à la personne raisonnable uniquement par exception : « [l]orsque [l']intention [commune] ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Cette disposition fait une place, au sein de la culture juridique française, à une conception plus objective du contrat¹³⁰¹.

256. Un clivage estompé. En conséquence, le clivage entre, d'une part, l'interprétation subjective française et, d'autre part, l'interprétation objective anglaise, et en sous-texte des conceptions respectivement subjective et objective du contrat lui-même s'est aujourd'hui estompé. Cette ouverture vers une conception plus objective du contrat a donné naissance à

¹³⁰¹ V. Cyril GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, n° 1, 2015, p. 154 qui qualifie les règles contenues aux anciens art. 1157 et s. du C. civil de « règles d'interprétation objective ».

l'utilisation par les juges français d'une méthode d'interprétation plus objective de son contenu¹³⁰².

257. Mise en œuvre. Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en 2018¹³⁰³, les faits étaient les suivants : la société Résidence Le Bois de la Reine, constituée par l'ensemble des propriétaires des appartements, et la SARL ARH avaient conclu un contrat dit d' « *accompagnement à la commercialisation* » des bâtiments de la résidence pour une durée de deux ans à compter du 1^{er} juin 2013. Le contrat prévoyait une rémunération des prestations de la société ARH comprenant une partie fixe de 25 200 euros HT et une rémunération variable de 7,5 % du chiffre d'affaires « hébergement » supérieur à 400 000 euros HT et hors commission. Un litige survint sur le chiffre d'affaires visé par la clause : la société ARH avait effectué le calcul de sa commission avec le chiffre d'affaire global, la société Résidence le Bois de la Reine estimait qu'il fallait seulement prendre en compte le chiffre d'affaires généré par les ventes conclues directement par la société ARH.

La cour d'appel de Paris rappelle d'abord le contenu de l'article 1188 l'autorisant à opérer une lecture « raisonnable » de l'*instrumentum* en cas de doute sur l'intention commune des parties. Elle caractérise ce doute en soulignant l'absence de précision donnée par la rédaction de la clause : « *Si, comme l'a indiqué le tribunal les parties n'ont pas précisé qu'il s'agissait du seul chiffre d'affaires réalisé par ARH, il convient de souligner qu'elles n'ont pas non plus précisé qu'il s'agissait du chiffre d'affaires global ; que dès lors il existe bien un doute quant à la commune intention des parties sur le périmètre du droit à commissionnement d'ARH* ». Elle se réfère ensuite à l'économie générale du contrat qui correspondait à l'accompagnement de la SAS Résidence le Bois de la Reine dans la commercialisation de 150 lots locatifs, sans exclusivité. Il résultait de l'absence d'exclusivité que la Résidence conservait les canaux de réservations directes issus de son site internet, de l'office du tourisme de Super Besse, de celles effectuées directement auprès d'elle et des réservations effectuées par les propriétaires. Ces locations étaient donc réalisées hors de toute intervention d'ARH. À l'inverse, les locations directes ARH et les locations tours opérateurs, qui commercialisent les séjours à la résidence auprès de particuliers, étaient contrôlées par ARH. Par conséquent, la cour en déduit que « [l]e sens que donnerait une personne raisonnable au sens de l'article 1188 du code civil à la clause litigieuse est que seuls les chiffres d'affaire issus de ces deux derniers canaux de

¹³⁰² Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 2017, p. 363.

¹³⁰³ CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 18 juin 2018, n° 16/24134.

commercialisation dont ARH avait la maîtrise, étaient soumis à commissionnement ».

Dans un arrêt de la cour d'appel de Pau rendu en 2017¹³⁰⁴, la cour eut à connaître d'un litige entre une société et un groupe de ses salariés. L'article 1-9 de l'accord d'établissement du 16 novembre 2005 prévoyait qu'en cas de « *changement de poste* », « *[l]es salariés postés, amenés à changer de régime de travail (passage à un emploi en journée ou changement de type de poste) bénéficieront d'une indemnité différentielle temporaire, en vue de compenser la baisse de revenu inhérente aux modifications des éléments de rémunération du travail posté* ». L'article ajoute : « *Cette indemnité sera calculée en comparant le salaire de base additionnée des éléments de poste (hors remboursement de frais) au nouveau salaire de base additionnée des éventuels nouveaux éléments de poste* ». Un désaccord survint sur le calcul de cette indemnité, et plus particulièrement sur ce qu'il convenait d'entendre par « *les éléments de poste* ». Le problème qui se posait à la cour était donc de déterminer si, comme le soutenait l'employeur, l'expression « *éléments de poste* » ne faisait référence qu'aux « *primes de poste* », ou si, comme le soutenait les salariés, les « *éléments de poste* » comprenaient non seulement les « *primes de poste* », mais également les « *majorations pour travail des samedis, dimanches et jours fériés* ». Après avoir rappelé le contenu de l'article 1188 du Code civil, la cour s'interrogea sur l'objectif de la clause litigieuse, et nota qu'elle : « *indique de manière univoque, qu'elle est prévue en cas de changement de régime de travail, en vue de compenser la baisse de revenus inhérente aux modifications des éléments de rémunération du travail posté* ». Or, selon la cour, « *[i]l n'est pas contestable que les majorations pour travail des samedis, dimanches et jours fériés constituaient bien un élément de rémunération du travail posté en 5 x 8, s'agissant du travail posté dont le changement entraîne l'application de la clause litigieuse* ». Elle en déduisit que « *l'intention des parties signataires de l'accord [était] de permettre une compensation de la baisse de revenus par versement d'une indemnité différentielle temporaire* ». Par conséquent, « *il n'est pas sérieux de soutenir que la volonté des parties aurait été d'exclure du calcul de cette indemnité, l'élément de rémunération étant pour l'essentiel à l'origine de cette baisse de rémunération* ».

258. Lecture raisonnable. Il ressort de ces décisions que les cours d'appel caractérisent dans un premier temps l'existence d'un doute sur l'intention commune des parties afin d'échapper au risque de se voir reprocher la dénaturation d'une clause contractuelle claire¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴ CA Pau, ch. sociale, 16 nov. 2017, n° 15/03499.

¹³⁰⁵ V. *supra* n° 189.

Dans un second temps, elles rappellent le contenu de l'alinéa 2 de l'article 1188 du Code civil qui les autorise à interpréter le contrat selon ce qu'en comprendrait une personne raisonnable. Elles confrontent alors les lectures proposées par les parties à la lecture que ferait une personne raisonnable de la clause litigieuse pour choisir la plus cohérente. La méthode utilisée par les cours d'appel en la matière suscite deux remarques.

259. Les contours de la personne raisonnable. Les cours d'appel françaises n'exposent pas, à la différence des cours anglaises, les contours qu'elles prêtent à la notion de personne raisonnable dans le contexte du litige. Il est vrai que dans certains cas, le bon sens semble s'imposer sans qu'il soit besoin de s'appesantir. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Douai rendu en 2017¹³⁰⁶, l'acte notarié d'un contrat de vente d'une maison prévoyait que la haie séparant l'habitation des vendeurs et la maison des acquéreurs, les propriétés étant contiguës, devait être « limitée à 2 mètres de hauteur » afin de garantir le « confort mutuel des deux habitations ». La cour retient d'abord qu'« *il se déduit clairement de cette clause non équivoque, susceptible d'aucune interprétation nécessaire, que la haie doit demeurer sur place sans excéder la hauteur de deux mètres, précisément prescrite par l'article 671 du code civil* ». Cependant, elle prend également soin de préciser : « *par ailleurs, la notion de "confort mutuel des deux habitations", sur laquelle se fonde cette clause, ne suffit pas, à elle seule, de considérer que la haie de charmille doit rester de manière constante à une hauteur minimale de deux mètres, alors [...] qu'une personne raisonnable, placée dans la même situation, ne saurait interpréter cette clause comme imposant à M. et Mme P. de la tailler, presque quotidiennement, afin de la maintenir à la hauteur de deux mètres* ». En l'espèce, il semble en effet qu'une obligation contractuelle pesant sur les propriétaires d'une maison de tailler presque tous les jours leur haie afin de la maintenir à une hauteur exacte de deux mètres soit déraisonnable et ne puisse décemment pas constituer la lecture à donner à la clause litigieuse.

260. Une clarification souhaitable. Cependant, si, dans un tel cas, la solution « raisonnable » paraît certes évidente, l'absence de justification pose d'abord un problème au regard de l'obligation de motivation des juges du fond. Ensuite, il est des litiges où la solution ne semble pas être particulièrement imposée par un quelconque bon sens. Pour ces deux raisons, il serait alors judicieux que les juges du fond énoncent les caractéristiques qu'ils attribuent à la personne raisonnable et qui, dans chaque espèce, leur semblent légitimer une lecture plutôt qu'une autre. À l'image de la jurisprudence anglaise, la construction, décision par décision,

¹³⁰⁶ V. aussi : CA Douai, 1^{ère} ch., 2^{ème} section, 6 avril 2017, n° 16/03274.

d'un portrait de la personne raisonnable permet de clarifier la notion, et ainsi d'augmenter la prévisibilité des décisions relatives à l'interprétation du contrat. Cependant, l'on peut se demander si cela supposerait, pour assurer la cohérence des décisions rendues sur le fondement de l'article 1188 du Code civil et ainsi préserver une certaine sécurité juridique, que les juges français soient soumis à la règle du *precedent* selon laquelle la règle dégagée pour trancher un litige doit être appliquée à toutes les situations de fait ultérieures et similaires. Cela garantirait, par exemple, qu'un terme employé dans un type de contrat ait, pour la personne raisonnable incarnée par le juge, toujours la même signification de telle sorte qu'il serait possible pour les parties, dans la rédaction de leur contrat, d'employer ce terme en toute connaissance de cause. En l'état, « *la jurisprudence est dotée d'une autorité bizarre puisqu'elle n'est pas obligatoire en droit mais suivie en fait* »¹³⁰⁷. La mise en place du mécanisme de *precedent* aurait une conséquence positive : l'autorité de la Cour de cassation dont l'une des principales missions réside dans « *l'unification de la jurisprudence* »¹³⁰⁸ serait ainsi garantie par un mécanisme juridique et non pas seulement moral¹³⁰⁹.

261. L'absence de hiérarchisation des règles d'interprétation. Il n'est pas certain qu'à l'origine du Code civil, ses rédacteurs aient envisagé les règles d'interprétation formulées par les articles 1157 et suivants, autrement dit ceux qui, contrairement à l'article 1156, ne posent pas la règle de recherche de la volonté commune des parties, — étant précisé que la référence à la personne raisonnable est un ajout récent¹³¹⁰ qui ne figurait pas dans le texte initial du Code civil — comme des règles essentiellement subsidiaires¹³¹¹. Il serait donc possible de penser que, la recherche de l'intention commune des parties ne constituant pas alors nécessairement un principe, rien n'empêcherait les juges du fond d'abandonner la recherche de volonté subjective

¹³⁰⁷ Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2021, n° 61, p. 64.

¹³⁰⁸ Yves CHARTIER, *La Cour de cassation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1999, p. 2

¹³⁰⁹ En effet, les cours d'appel de renvoi n'ont une obligation juridique de se plier à la décision de la Cour de cassation que si celle-ci a siégé en Assemblée plénière, cf. art. 431-4, al. 2 du Code de l'organisation judiciaire. Il est donc légal pour une cour d'appel de renvoi de ne pas suivre la décision de la juridiction suprême dans ses autres formations. En outre, hors de l'hypothèse du renvoi, un juge du fond de première ou de seconde instance pourrait trancher le litige en contradiction avec une décision antérieure de la Cour de cassation.

¹³¹⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, n° 26.

¹³¹¹ Il est difficile d'affirmer que les rédacteurs du C. civil eux-mêmes aient vu dans l'interprétation subjective, énoncée par l'ancien art. 1156, un principe, et dans les art. 1157s qui comportaient, non pas une référence à la personne raisonnable mais correspondaient en fait à tous les autres outils d'interprétation du contrat qui ne résidaient pas dans la recherche de volonté réelle, des règles subsidiaires. Aucun des travaux préparatoires du C. civil ne décrit la méthode subjective d'interprétation comme un principe auquel il ne serait possible de déroger par la mise en œuvre des art. 1157s qu'après avoir échoué à découvrir la volonté commune.

et d'avoir recours à l'interprétation à travers le prisme d'une personne raisonnable lorsqu'ils trouvent cette méthode plus adaptée.

262. Une subsidiarité systématiquement confirmée par la jurisprudence.

Néanmoins la majorité de la doctrine s'accorde à dire que la règle énoncée à l'alinéa 2 de l'actuel article 1188 du Code civil est subsidiaire : elle ne peut être mise en œuvre qu'en cas d'échec de la méthode subjective d'interprétation¹³¹². Cette analyse semble découler, chez la plupart des auteurs, à la fois de la place attribuée à cet alinéa, il vient à la suite de la commande faite au juge¹³¹³ d'interpréter le contrat selon la commune intention des parties¹³¹⁴, et de sa formulation : « *Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* »¹³¹⁵, qui laisse effectivement entendre que la mise en œuvre de l'interprétation par le prisme d'une personne raisonnable n'est pas une méthode permettant de découvrir l'intention commune des parties, et qu'à ce titre elle ne peut intervenir que lorsque cette découverte s'est avérée impossible¹³¹⁶. En effet, en l'actuelle rédaction du texte, il est difficile de ne pas noter que la personne raisonnable figure dans un second alinéa qui commence par l'expression : « *Lorsque cette intention ne peut être décelée* », en référence à la recherche de l'intention commune à l'alinéa premier. Par conséquent, le caractère subsidiaire de la méthode objective d'interprétation ne paraît plus une invention de la jurisprudence aujourd'hui. En effet, la motivation des juges du fond, lorsqu'elle est fondée sur le second alinéa de l'article 1188 du Code civil, s'attache à respecter le caractère subsidiaire de la méthode objective. Elle est marquée par une systématique caractérisation du

¹³¹² Anne ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n°2, 2016, p. 384, n° 9 ; Cyri IGRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 2008, p. 207, n° 19-2, décrivant le recours à la personne raisonnable comme une « *règle d'interprétation subsidiaire absolue* ».

¹³¹³ Quoique la question se soit longtemps posée de la nature des règles d'interprétation, contraignantes ou simples recommandations. La Cour de cassation avait répondu au 19^{ème} siècle : v. Cass. ch. req., 16 févr. 1892, S. 1892, 1, p. 409 ; Cass. ch. req., 13 févr. 1883, S. 1883, 1, p. 466 : « *Attendu que l'article 1162 n'a pas un caractère impératif ; que ses dispositions ainsi que celles des articles compris dans la même section, constituent des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions, et non des règles absolues ; que l'interprétation ne donnerait ouverture à cassation que si l'arrêt attaqué avait méconnu ce qui est de l'essence du contrat ou en avait dénaturé la substance* » ; Cass. ch. req., 18 mars 1807, S. 1^{ère} série 1791-1830, 2^{ème} vol., an XIII-1808, 1, p. 361 : « *les dispositions [des articles 1157, 1158 et 1161] sont plutôt des conseils donnés aux juges, en matière d'interprétation des contrats, que des règles plus rigoureuses et impératives, dont les circonstances, mêmes les plus fortes, ne les autoriseraient pas à s'écarter* ».

¹³¹⁴ Art. 1188, al. 1^{er} du C. civil : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

¹³¹⁵ L'emphase ne figure pas dans le texte original.

¹³¹⁶ Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., 2018, LexisNexis, p. 368 ; Philippe SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, 2^{ème} éd., 2016, LexisNexis, n° 49.

doute sur l'intention commune des parties, suivie d'un recours au standard de la personne raisonnable. Il ressort clairement de la rédaction des décisions que les juges du fond français conçoivent cette règle comme invariablement subsidiaire par rapport à la recherche de l'intention commune des parties selon la méthode subjective d'interprétation, marquant ainsi une profonde différence avec le droit positif anglais où la personne raisonnable domine sans équivoque le contentieux de l'interprétation.

263. La personne raisonnable au service de la recherche d'intention contractuelle.

La formulation des décisions de justice laisse penser que, si le juge anglais recherche en principe « *ce qu'il est raisonnablement possible d'imputer aux parties en vertu du langage qu'elles ont finalement adoptée pour exprimer leur accord* »¹³¹⁷, le juge français recherche en principe l'intention contractuelle réelle, l'invocation de la personne raisonnable étant alors présentée comme un simple outil au service de cette recherche: à la lecture de *l'instrumentum*, une personne raisonnable considèrerait que la volonté réelle des parties allait dans un sens plutôt qu'un autre. Par exemple, une cour, confrontée à l'interprétation d'une clause visant à indemniser la perte de rémunération subie par l'employé en raison d'un changement dans la méthode de production de l'entreprise, précise que « *l'accord, ainsi que le jugerait une personne raisonnable placée dans la même situation, contient l'intention des parties d'inclure dans le calcul de l'indemnité différentielle temporaire les éléments de poste* »¹³¹⁸. Il est alors possible de retenir que le juge, à défaut d'accéder à la volonté réelle des parties, se contente d'une volonté seulement vraisemblable.

Si cette concession à une méthode objective l'éloigne effectivement de la recherche de l'intention réelle et donc d'une conception subjective de la volonté contractuelle, l'utilisation de la personne raisonnable par le juge anglais, pilier de l'interprétation objective, a une tout autre portée.

¹³¹⁷ Lord HOFFMANN *in* Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 33.

¹³¹⁸ CA Pau, 16 nov. 2017, n° 15/0349. V. dans le même sens : CA Pau, 16 nov. 2017, n°s 15/03490 ; 15/03493 ; 15/03496 ; 15/03498 ; 15/03499 ; 15/03500 ; 15/03501 ; 15/03502 ; 15/03504 ; 15/03506 ; 15/03508 ; 15/03510 ; 15/03511 ; 15/03512 ; 15/03514 ; 15/03515.

b) Le juge anglais et la personne raisonnable : un principe d'interprétation impérieux au service d'une recherche de volonté normale

264. Un outil conforme à l'interprétation objective. Le décalage dans la méfiance suscitée par le standard juridique en France et en Angleterre s'explique par les divergences entre la culture juridique française et la culture juridique anglaise. En effet, le standard juridique est précisément d'origine anglaise. Il a été importé par le législateur français qui, lors de la dernière réforme¹³¹⁹, utilise plus de quarante occurrences¹³²⁰ de standards juridiques tels que le raisonnable¹³²¹, la bonne foi¹³²², le déséquilibre significatif¹³²³. Dans un système juridique où il est admis que le juge ne peut trouver la volonté réelle des parties au risque de se livrer à un travail de divination, la recherche effectuée par le juge ne pouvait être tournée que vers la volonté apparente. Or la volonté apparente est, par essence, déconnectée des parties : elle est celle, non pas qui anime les parties en leur for intérieur, mais celle qui se présente à un tiers à la lecture de l'objet qui constitue la manifestation extérieure de la volonté interne, à savoir l'*instrumentum*. Par conséquent, envisager la volonté des parties à travers le prisme d'un observateur extérieur s'imposait logiquement aux juges anglais¹³²⁴. La question se posait ensuite de déterminer à quel tiers le juge devait se référer.

265. La personne raisonnable. La réponse apportée par les juges anglais est unanime : le juge incarne une personne raisonnable¹³²⁵ qui examine le contrat conclu par les parties. Lord HOFFMANN, invitant les juges à remédier exclusivement à « *une erreur flagrante de langage qui ne peut avoir été intentionnelle* »¹³²⁶, laisse entendre que le caractère non

¹³¹⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, n° 26.

¹³²⁰ Nathalie BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, n° 2, 2016, n° 1.

¹³²¹ V. par ex. le délai raisonnable visé aux art. 1116, 1117 et 1123 du C. civil, la personne raisonnable visée à l'art. 1188 relatif à l'interprétation des contrats, et le coût raisonnable visé à l'art. 1222.

¹³²² V. par ex. les nouveaux art. 1104 et 1112 du C. civil.

¹³²³ V. par ex. les nouveaux art. 1171 et suivants du C. civil.

¹³²⁴ Si le prisme du tiers examinant l'*instrumentum* s'impose à la fois d'un point de vue culturel et logique en droit anglais, il n'est pour autant par très intuitif, v. *infra* n° 353.

¹³²⁵ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 14 : « *It is agreed that the question is what a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties would have understood them to be using the language in the contract to mean* ».

¹³²⁶ Lord Justice Stanley BURNTON in *ING Bank NV v. Ros Roca SA (Rev 1)*, 31 mars 2011, *Court of Appeal (Civil Division)*, [2011] EWCA Civ 353, n° 110 : « [...] *there is a danger, [...] of the courts seeking to remake contracts for the parties on the basis of what the courts consider would have been reasonable, or more sensible, for the contract to have said. Judges should not see in Chartbrook an open sesame for reconstructing the parties' contract, but an opportunity to remedy by construction a clear error of language which could not have been intended* ».

intentionnel de la formulation inscrite dans l'*instrumentum* se déduit du caractère flagrant de l'erreur. Ce critère laisse *a priori* une grande marge de manœuvre aux juges. Les juges sont particulièrement lettrés et n'ont peut-être pas la même notion de ce qui « fait violence au langage » que la majorité des contractants. Ils pourraient alors trouver régulièrement des erreurs flagrantes de langage dans les stipulations contractuelles et ainsi être tentés de corriger fréquemment les stipulations contractuelles, altérant ainsi les obligations initialement souscrites par les contractants.

Cependant, les juges anglais, se référant à la personne raisonnable, procèdent à l'interprétation en recherchant ce qu'ils nomment un sens « *ordinaire et évident* »¹³²⁷ aux termes employés dans l'*instrumentum*. C'est le cas dans l'arrêt de principe de 1985 relatif au vol commis dans une banque¹³²⁸. Pour arriver à saisir ce sens, le juge anglais se rapporte, plus précisément qu'à une personne raisonnable, à un contractant banal, qui ne serait ni sot ni particulièrement érudit. En effet, « *on peut supposer sans risque de se tromper que le commerçant raisonnable n'est pas impressionné par les interprétations techniques et par un intérêt excessif pour les subtilités de langage* »¹³²⁹. Par conséquent, le juge se positionnerait, non pas comme juge savant, mais comme contractant ordinaire recherchant l'efficacité de son contrat. Le prisme d'une personne raisonnable ainsi conçu permettrait de restreindre la marge de manœuvre laissée aux juges. Néanmoins, de la même façon que le terme « raisonnable » est un concept indéterminé, les contours du sens « *ordinaire et évident* » des mots employés dans l'*instrumentum* ne sont pas des plus clairs.

266. La recherche de l'intention apparente. La technique objective d'interprétation du contrat s'éloigne de la commune intention des parties¹³³⁰ et ne constitue, en France, que ce qui semble être une méthode subsidiaire d'interprétation du contrat¹³³¹. En droit anglais, « *le document établissant l'accord des parties doit être interprété de façon objective ; il ne s'agit pas de déterminer ce qu'une partie a réellement voulu, ou ce que l'autre partie pensait qu'il était convenu, mais plutôt de déterminer comment une personne raisonnable dans la position*

¹³²⁷ V. *supra* n^{os} 221s.

¹³²⁸ Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580.

¹³²⁹ Lord STEYN in *Society of Lloyd's v. Robinson and Another*, *House of Lords*, 25 mars 1999, [1999] UKHL 22, [1999] 1 WLR 756 : « *the reasonable commercial person can safely be assumed to be unimpressed with technical interpretations and undue emphasis on niceties of language* ».

¹³³⁰ Nathalie MARTIAL-BRAZ, « L'objectivisation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et "l'interprétation in favorem" », *RDC*, n^o 1, 2015, n^o 7.

¹³³¹ Art. 1188, al. 2 du C. civil.

des parties aurait compris les termes employés »¹³³². Autrement dit, là où le juge français recherche par principe la volonté réelle et, ne pouvant la déceler, recherche la volonté normale et ordinaire, le juge anglais doit systématiquement déterminer la volonté contractuelle apparente des parties.

Cette méthode objective d'interprétation, difficile à caractériser¹³³³, trouve son fondement dans des jurisprudences anciennes. Lord STEYN, dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1995, explique : « *Le véritable objectif de l'interprétation du contrat est de donner effet à l'intention des parties. Cependant, nos règles d'interprétation sont fondées sur une théorie objective. La méthode ne consiste pas à rechercher l'intention réelle des parties mais à fixer le sens contextuel du langage contractuel pertinent. L'intention est déterminée en se référant à l'intention exprimée plutôt qu'à l'intention réelle* »¹³³⁴. L'interprétation effectuée par le juge anglais obéit donc à une théorie objective. Sa recherche tend, non pas vers la volonté réelle des parties, mais vers la détermination du sens littéral des termes employés au regard du contexte tel qu'il serait perçu par une personne raisonnable. Le juge anglais doit se concentrer sur le contenu de l'*instrumentum* et lui donner un sens contractuel¹³³⁵, refusant ainsi la recherche de la volonté interne¹³³⁶.

267. Le prisme d'une personne raisonnable. Les juges anglais s'attachent à la teneur littérale de l'*instrumentum* en le lisant à travers les yeux d'une « personne raisonnable ». En matière d'interprétation du contrat, les juges anglais sont particulièrement attachés au principe

¹³³² Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-042, p. 245 : « [...] *the document setting out the parties' agreement must be interpreted objectively ; it is not a question of what one party actually intended, or what the other party actually understood to have been intended, but rather what a reasonable person in the position of the parties would have understood the words to mean* » ; *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1587.

¹³³³ Catherine VALCKE, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *J. Comp. L.*, n° 4, 2009, p. 78 ; Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 577 : l'histoire des principes régissant l'interprétation des contrats « *est complexe, en partie obscure* ».

¹³³⁴ Lord STEYN in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1587 : « *It is true the objective of the construction of a contract is to give effect to the intention of the parties. But our law of construction is based on an objective theory. The methodology is not to probe the real intentions of the parties but to ascertain the contextual meaning of the relevant contractual language. Intention is determined by reference to expressed rather than actual intention. The question therefore resolves itself in a search for the meaning of language in its contractual setting*»,

¹³³⁵ *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others*, *House of Lords*, 1^{er} mars 2001, [2001] UKHL 8 ; [2001] 1 All ER 961 ; [2001] 2 WLR 735 ; [2002] 1 AC 251, n° 259 : « *To ascertain the parties' intentions the court does not of course inquire into the parties' subjective states of mind but makes an objective judgement based on the materials already identified* » : « *Pour déterminer l'intention des parties, la cour ne tente évidemment pas de découvrir leurs pensées internes mais procède à un jugement objectif fondé sur le matériau préalablement identifié* ».

¹³³⁶ *Establishments Levy v. Adderley Navigation CO. Panama SA*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 16 oct. 1979, [1980] 2 Lloyd's Rep 67.

selon lequel « *la question est toujours : “Quel est le sens des propos des parties ?” et non “Qu’ont voulu dire les parties ?” [...] car c’est une présomption juris et de jure [...] que les parties avaient l’intention de dire ce qu’elles ont dit* »¹³³⁷. En conséquence, le sens donné aux termes du contrat écrit est celui « *qu’une personne raisonnable dégagerait du document en ayant toutes les informations préalables auxquelles les parties avaient raisonnablement accès au moment de la conclusion du contrat* »¹³³⁸. Tout élément subjectif est en principe écarté de l’interprétation du contrat, tel que la conduite¹³³⁹ d’une ou des parties après la formation du contrat. Le sens ainsi dégagé dans l’interprétation objective est, à l’inverse de la méthode adoptée par le juge français qui cherche la volonté contractuelle réelle, « *artificiel* » en ce qu’il pourrait ne correspondre ni à ce qu’entendait l’une des parties, ni à ce qu’entendait son cocontractant¹³⁴⁰.

Dans un arrêt rendu en 1995 par la *House of Lords*¹³⁴¹, les faits étaient les suivants : une banque avait conclu un contrat d’assurance en vertu duquel l’assureur était tenu d’indemniser son client en cas de vol si celui-ci était « *commis par des personnes présentes sur les lieux appartenant à l’assuré* »¹³⁴². En l’espèce, la banque avait reçu d’une entreprise cliente, dont la dette était échue, une lettre, remise en main propre par un employé, par laquelle celle-ci demandait la restitution des valeurs mobilières relatives à son emprunt en échange d’autres valeurs mobilières qui seraient remises à la banque le jour-même. La banque opéra le transfert des valeurs mobilières initiales entre les mains de l’employé mais ne reçut jamais les valeurs remplaçantes. Ce stratagème étant constitutif d’un vol en vertu du *Theft Act* de 1968¹³⁴³, la question était de savoir s’il avait été « *commis par des personnes présentes sur les lieux*

¹³³⁷ Robert Frederick NORTON, *A Treatise on Deeds*, Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 1906, p. 43, qui fut cité par Lord SIMON OF GLAISDALE in *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tools Ltd*, *House of Lords*, 4 avril 1973, [1973] UKHL 2, [1974] A.V. 235, p. 14 : « *The question to be answered always is “What is the meaning of what the parties have said?” not “What did the parties mean to say? [...] it being a presumption juris et de jure [...] that the parties intended to say what they have said”* »,

¹³³⁸ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 912 : « [...] *the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract* ».

¹³³⁹ Neil ANDREWS, *Contract law*, Cambridge : CUP, 1^{ère} éd., 2011, n° 14.06, p. 386 ; Lord SIMON OF GLAISDALE in *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tools Ltd*, *House of Lords*, 4 avril 1973, [1973] UKHL 2, [1974] A.V. 235, p. 17.

¹³⁴⁰ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 580 : « *The meaning is artificial in the sense that it does not necessarily correspond either with the meaning actually intended by the maker of the statement or promise or with the meaning actually understood by his hearer or reader* ».

¹³⁴¹ *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580.

¹³⁴² En anglais, « [...] *committed by persons present on the premises of the assured* ».

¹³⁴³ *Theft Act 1968*, 1968 c. 60. [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/contents> (page consultée le 23/04/2020)

appartenant à l'assuré », auquel cas l'assuré serait indemnisé.

La *House of Lords* retient que les termes du contrat doivent « naturellement être compris comme faisant référence à la présence physique de la personne commettant le vol »¹³⁴⁴. Or en l'espèce, seul était présent sur les lieux l'employé qui avait porté la lettre en toute bonne foi, le voleur étant le dirigeant de l'entreprise¹³⁴⁵ qui précisément n'était pas physiquement présent dans la banque. Les juges envisagèrent la possibilité que le terme « personne » figurant dans le contrat puisse faire référence à une entreprise, car la section 61 du *Law of Property Act* de 1925 lui donne ce sens¹³⁴⁶. Cependant, l'un des juges exclut cette possibilité : « *Il n'est pas raisonnable de penser que les parties avaient en tête la section 61 de la loi de 1925 de telle sorte qu'elles envisageaient qu'une entreprise puisse être présente sur les lieux appartenant à la banque et ainsi y commettre un vol. [...] ce qui a été envisagé dans le contrat d'assurance était un vol par une personne présente en chair et en os dans la banque* »¹³⁴⁷. En effet, il semble que l'assureur visait nécessairement à limiter sa responsabilité en excluant les vols commis par voie électronique¹³⁴⁸, ce qui ne pouvait se faire que par la référence à une présence physique.

Néanmoins, Lord STEYN, exprimant l'unique opinion dissidente dans cet arrêt, estima que « *la question n'est pas de savoir si les parties avaient en tête la section 61. Celle-ci opère ipso jure à moins que le contrat ne l'écarte. En conséquence, dans un contrat commercial, le sens du mot "personne" inclut l'entreprise* »¹³⁴⁹. La question qu'il se pose ensuite est donc de savoir si le contrat exclut le sens de la section 61 : « *le concept de présence figurant dans le contrat n'est pas incompatible avec une interprétation du terme "personne" comme incluant*

¹³⁴⁴ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1585 : « [...] naturally to be read as indicative of physical presence of the person committing the theft ».

¹³⁴⁵ En effet, le dirigeant incarne « *le cerveau et la volonté directrice* » de l'entreprise, en anglais « *the directing mind and will* », Lord KEITH OF KINKEL in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1584.

¹³⁴⁶ « *In all [...] contracts [...] executed, made or coming into operation after the commencement of this Act, unless the context otherwise require: [...] (b) "Person" includes a corporation* » ; « *Dans tous les [...] contrats, [...] exécutés, conclus ou commençant après l'entrée en vigueur du présent contrat, sauf si le contexte permet d'en décider autrement : [...] (b) "personne" inclut une société* ».

¹³⁴⁷ LORD KEITH OF KINKEL in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1584 : « *It is not reasonable to suppose that the parties had in view section 61 of the Act of 1925, so as to have in contemplation that a company might be present on the premises of the bank and commit theft there. [...] what was in contemplation was a theft by a real live person in the bank* ».

¹³⁴⁸ Lord LLOYD OF BERWICK, Lord KEITH OF KINKEL et Lord HOFFMANN in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, respectivement pp. 1584, 1585 et 1589.

¹³⁴⁹ Lord STEYN in *Deutsche Genossenschaftsbank v. Burnhope and Others*, *House of Lords*, 16 nov. 1995, [1995] 1 WLR 1580, p. 1588 : « *The question is not whether the parties had in mind section 61: it operates ipso jure unless the context displaces it. The result is that in a commercial contract the prima facie meaning of the word "person" includes a company* ».

les entreprises »¹³⁵⁰. Autrement dit, selon l'opinion dissidente, une entreprise peut être « présente », notamment à travers l'un de ces agents, ce qui était le cas en l'espèce, quand bien même celui-ci serait de bonne foi. Le sens « *ordinaire et évident* » n'est donc pas toujours facilement déterminé.

Un autre arrêt rendu par la *House of Lords* en 2001¹³⁵¹ illustre cette problématique. Un contrat de *mortgage*, par lequel le *mortgagee* prête une somme d'argent à un *mortgagor* afin qu'il fasse l'acquisition d'un bien en échange de la propriété conditionnelle de ce bien en cas de défaillance dans le remboursement du prêt¹³⁵², avait été conclu entre une banque, *mortgagee*, et deux partenaires. Le contrat portait sur des biens immobiliers dont certaines avaient été acquises de façon individuelle par chacun des partenaires et d'autres de façon commune. La difficulté était de déterminer si le contrat désignait comme *mortgagor*, débiteur du *mortgagee*, chacun d'entre eux pour ses dettes personnelles exclusivement ou chacun d'entre eux pour les dettes de l'un ou l'autre. La clause litigieuse stipulant : « *le mortgagor s'engage par la présente auprès [...] de la banque [...] à payer [...] à la banque [...] toutes les sommes d'argent [...] avancées au mortgagor par la banque* ». Les juges estimèrent que le terme « *mortgagee* » désignait les deux partenaires et/ou chacun d'entre eux individuellement. Par conséquent, le contrat constituait une seule convention conjointe¹³⁵³ : la responsabilité des associés était conjointe et solidaire, chacun d'entre eux s'était engagé à rembourser « *toutes les sommes d'argent [...] avancées au mortgagee par la banque* », y compris celles déboursées par un des partenaires pour acquérir, de façon individuelle, une propriété.

268. La prépondérance de la lecture littérale. L'étude de ces arrêts de principe révèle qu'en matière d'interprétation des contrats écrits, le juge anglais, ou la majorité des juges anglais, examine d'abord le sens des termes de l'*instrumentum* selon le sens le plus commun – « *présentes sur les lieux* » renvoie le plus communément à une présence physique – et également selon le sens donné à ces termes par le droit positif écrit, susceptible d'être un sens

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 1588 : « *The concept of presence is not inconsistent with the word "persons" including a company. The company was present at the bank premises through its innocent agent, Mr. Towers [...]* ».

¹³⁵¹ AIB Group (UK) Plc (anciennement Allied Irish Bank Plc and AIB Finance Ltd) v. Martin, *House of Lords*, 13 déc. 2001, [2001] UKHL 63; [2002] 1 WLR 94; [2002] 1 All ER 353.

¹³⁵² Il s'agit concrètement d'une combinaison du contrat de prêt et de l'hypothèque française dans un seul et même contrat, permettant au prêteur, si l'emprunteur ne le rembourse pas, de se faire payer en acquérant la propriété des biens donnés en garantie.

¹³⁵³ En anglais, « *a single joint covenant* ».

connu et entendu par les parties ou leurs conseils, bien que la majorité ait exclu le sens donné par le *Law of Property Act* en l'espèce.

269. La personne raisonnable comme élément de définition de la volonté contractuelle. Si le juge français considère la personne raisonnable comme l'un des outils lui permettant d'interpréter le contrat, outil qui ne peut de surcroît intervenir que de façon subsidiaire, la personne raisonnable entretient un rapport beaucoup plus étroit avec la volonté contractuelle en droit anglais. En effet, concevoir la volonté contractuelle de façon objective revient à dire que la volonté juridiquement contraignante est celle qui peut être raisonnablement attribuée aux parties par le juge dans une logique normative¹³⁵⁴. Une volonté contractuelle qui n'est pas raisonnable n'est pas une volonté contractuelle dont se préoccupe le droit anglais. Le caractère raisonnable de la volonté, tel qu'il est mis en œuvre par le juge anglais, est donc au cœur de la définition juridique de ce qui est entendu par « volonté contractuelle ». La mise en œuvre du standard de la personne raisonnable par les juges anglais dans le cadre de l'interprétation des contrats a ainsi façonné une notion jurisprudentielle de volonté contractuelle. Un tel enjeu est très éloigné de la place de simple outil subsidiaire qu'accordent le législateur et le juge français à la personne raisonnable, importée depuis l'Angleterre.

La place différenciée du standard de la personne raisonnable parmi les outils à dispositions des juges dans leur mission d'interprétation du contrat s'explique également par des appréhensions divergentes des dangers qu'il présente en matière d'intervention du juge dans le contenu contractuel.

2) Une crainte inégale d'un potentiel d'élargissement du pouvoir du juge

270. Un objectif commun de restriction de l'interventionnisme du juge. Si le juge français et le juge anglais ont tous les deux recours au standard de la personne raisonnable en

¹³⁵⁴ Catherine VALCKE, « Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law – An Exercise in Comparative Legal Rhetoric », in *Exploring Contract Law*, (dir. Jason NEYERS), Hart Publishing, 2009, p. 82 : « [...] *the disciplining function is prescriptive, unlike the consecrating function, which aspires to remaining normatively neutral. The consecrating and disciplining functions are conceptually contradictory in so far as the first involves moving along with the parties, whereas the second entails pressing back against them* », « [...] *la fonction disciplinaire est normative, contrairement à la fonction consécration, qui aspire à rester neutre sur le plan normatif. Les fonctions de consécration et de discipline sont conceptuellement contradictoires dans la mesure où la première consiste à aller dans le sens des parties, tandis que la seconde consiste à leur résister* ». L'auteure attribue une « fonction consécration » au processus par lequel le juge français, en recherchant la volonté réelle des parties, donne effet à cette volonté par le biais de l'interprétation, par opposition à la fonction normative du processus par lequel le juge anglais attribue aux parties une volonté raisonnable.

matière d'interprétation du contrat, force est de constater que, non seulement le juge français ne lui accorde qu'une place de correctif n'ayant vocation à intervenir que lorsque la volonté réelle des parties est inaccessible, mais en outre que cet outil n'est pas perçu de la même façon en France et en Angleterre. En effet, un argument fréquemment invoqué, en France par la doctrine et en Angleterre par les juges et la doctrine, pour évaluer le caractère vertueux d'un outil ou mécanisme juridique en matière contractuelle, réside dans le degré d'interventionnisme qu'il octroie au juge. Or il est évident que, sur ce point, malgré l'objectif commun de limiter l'influence du juge sur le contenu contractuel, la France et l'Angleterre voient les outils et mécanismes juridiques d'un œil différent, en raison de leurs cultures juridiques caractéristiques. C'est le cas de cette notion. Ainsi, les juges français recourent à la personne raisonnable avec prudence car cet outil est conçu, en France, comme facteur d'un élargissement indésirable du pouvoir du juge (a). À l'inverse, la doctrine et les juges anglais voient dans la personne raisonnable la meilleure façon de contraindre le juge au respect du contrat (b).

a) Le standard de la personne raisonnable, facteur d'élargissement de l'office du juge : la mise en œuvre de l'interprétation créatrice

271. Conception objective du contrat et souplesse conceptuelle. Le pouvoir qu'exerce le juge lorsqu'il a recours à des concepts indéterminés peut être perçu comme considérable. Cela se vérifie en matière d'interprétation du contrat et plus précisément dans le cas de l'interprétation réalisée à travers le prisme d'une personne raisonnable. En effet, la méthode objective d'interprétation présente une souplesse conceptuelle que n'offre pas la méthode subjective¹³⁵⁵ : l'intention comprise objectivement telle qu'en Angleterre, à savoir « ce qu'il aurait été raisonnable pour les parties de vouloir », se caractérise par une « *indétermination substantielle* », c'est-à-dire une absence de contours et de définition¹³⁵⁶.

272. Conception objective et objet de recherche. Cette indétermination conceptuelle a une conséquence directe sur l'objet de recherche du juge. L'intention contractuelle comprise

¹³⁵⁵ Catherine VALCKE, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *J. Comp. L.*, n° 4, 2009, p. 79 : l'intention contractuelle entendue objectivement est « *conceptuellement plus souple* », « *conceptually looser* », que l'intention contractuelle entendue subjectivement.

¹³⁵⁶ Catherine VALCKE, « Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law – An Exercise in Comparative Legal Rhetoric », in *Exploring Contract Law*, (dir. Jason Neyers), Hart Publishing, 2009, p. 89 : « *While subjective intention, especially in its implicit incarnation, indeed may at times be difficult to access, its determination remains free of the kind of substantive indeterminacy that besets an inquiry into objective intention. No question arises as to what is to count as subjective intention. Such intention, being a matter of fact to be determined through empirical investigation, all and only that which was in fact intended by the parties is to count as 'subjective intention' for the purpose of legal consecration* ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

subjectivement est, certes, en pratique difficile d'accès pour le juge¹³⁵⁷ mais, à la différence de l'intention comprise objectivement, l'objectif du juge est clairement fixé : il s'agit de déterminer ce que les parties ont réellement voulu. L'objet de la recherche effectuée par le juge anglais, à savoir « ce qu'il aurait été raisonnable pour les parties de vouloir », n'est, à l'inverse, pas clairement identifié. En outre, la recherche de ce qu'il aurait été raisonnable pour les parties de vouloir, la méthode d'interprétation du contrat qui « *cherche à découvrir ce que les parties ont raisonnablement, plutôt qu'effectivement voulu* » peut-être qualifiée de « *créatrice* »¹³⁵⁸.

273. Office du juge et concept indéterminé. En effet, la souplesse conceptuelle qui caractérise le standard juridique offre en réalité une grande marge de manœuvre au juge. La référence au standard juridique par le législateur constituerait une « *délégation de pouvoir* intra legem »¹³⁵⁹ dans la mesure où « *le standard n'est qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative* »¹³⁶⁰. En effet, un auteur, à la suite d'une étude du règlement des litiges par le droit romain et les règles d'*equity*, dégage trois critères du standard juridique. Premièrement, il implique un jugement moral porté sur une conduite. Ensuite, il ne repose pas sur des connaissances juridiques exactes appliquées précisément mais sur le bon sens appliqué à des choses communes ou, à défaut, une intuition éprouvée, celle du juge, à propos d'éléments sortant de l'ordinaire. Enfin, il n'est pas formulé de façon absolue et n'est donc pas délimité par un contenu exact qui lui serait octroyé par la loi ou la jurisprudence¹³⁶¹. Au contraire, il est relatif et son contenu évolue en fonction du temps et du lieu, des faits du litige et, plus important encore, du juge. À ce titre, le caractère « objectif » de la méthode d'interprétation anglaise n'est pas une évidence dans la mesure où la subjectivité peut ressurgir dans les contours donnés à la personne raisonnable.

L'absence caractéristique de définition du standard juridique et cet appel à l'intuition et au jugement moral du juge ont pour conséquence qu'il revient à ce dernier « *de déterminer les paramètres de la personne raisonnable qui va lui servir de critère d'interprétation du contrat* »¹³⁶². Par conséquent, l'article 1188 alinéa 2 du Code civil, qui prévoit que lorsque l'intention commune des parties « *ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que*

¹³⁵⁷ V. *infra* n° 278.

¹³⁵⁸ Laurent AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. Constit.*, n° 17, 2005, Dossier : loi et contrat. [En ligne] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-parties> (page consultée le 15/04/2019)

¹³⁵⁹ Nathalie BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, n° 2, 2016, n°3.

¹³⁶⁰ Denis MAZEAUD, « Sur les standards », *RDA*, n° 9, févr. 2014, p. 35.

¹³⁶¹ Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: YUP, 1922, p. 117.

¹³⁶² Denis MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, n° 2, 2016, p. 353, n° 22.

lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation », donnerait au juge un pouvoir de « réfection du contrat »¹³⁶³ car « [e]n interprétant objectivement un contrat, le juge fait œuvre normative »¹³⁶⁴. En réalité, le juge réalise plusieurs œuvres normatives. La première, celle visée par l’auteur précédemment cité, fait référence à la création du droit par le juge lorsqu’il fixe les critères d’une notion législative. Le juge complète la loi et fait donc usage d’un pouvoir normatif. La seconde œuvre normative est plus centrale pour notre étude car elle concerne le rapport entre les parties et le juge. En effet, le juge, en définissant les critères de la personne raisonnable, ne fait pas que compléter la loi. Il impose également aux parties un contenu contractuel, autrement dit, il peut résister à l’intention constatée à l’examen des faits, à l’intention réelle des parties.

274. Une inquiétude française. Cette analyse appelle une remarque sur les inquiétudes que suscite l’utilisation du standard juridique par le juge. « *L’interprétation subjective, réalisée par le prisme de la recherche de la volonté des parties, suscite traditionnellement la défiance. À l’inverse, le caractère objectif de l’interprétation réalisée par le recours à la personne raisonnable ou en faveur du débiteur paraît plus rassurant en raison de l’automaticité de la solution qu’elle semble induire* »¹³⁶⁵. Pourtant, l’utilisation par le juge français d’une technique d’interprétation objective inquiète une partie de la doctrine française¹³⁶⁶. Une autre partie lui est favorable, mais note de la même façon que le juge, lorsqu’il a recours à des standards juridiques, est alors « *coauteur de la loi* »¹³⁶⁷. Il dispose en effet d’un office particulièrement étendu qui transcende l’office traditionnellement conféré au juge.

À cet égard, un auteur français écrit : « *En présence d’un standard, le juge dispose d’une marge de manœuvre étendue ouvrant la voie à un possible pouvoir discrétionnaire. Ainsi il peut rejeter tout objectivisme au profit du seul subjectivisme* »¹³⁶⁸. L’utilisation du standard juridique est classiquement conçue comme relevant d’une méthode objective d’interprétation, limitant le risque d’arbitraire selon la doctrine et les juges anglais, dangereuse selon la doctrine française. En effet, le danger qui pointerait derrière la méthode dite objective de recours à la personne

¹³⁶³ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 289, p. 247.

¹³⁶⁴ Marc BILLAU, Jacques GHESTIN et Christophe JAMIN, *Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3^{ème} éd., 2011, n° 54, p. 75.

¹³⁶⁵ Nathalie MARTIAL-BRAZ, « L’objectivisation des méthodes d’interprétation : la référence à la “personne raisonnable” et “l’interprétation in favorem” », *RDC*, n° 1, 2015, n° 17.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, n° 17.

¹³⁶⁷ Denis MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, n° 2, 2016, n° 21.

¹³⁶⁸ Sylvain NÉRON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2011, doctr. 1003, n° 14. L’emphase ne figure pas dans le texte original.

raisonnable correspond en réalité à la subjectivité du juge, c'est-à-dire que sa définition de la personne raisonnable serait impactée par ses propres croyances et jugements moraux, et différerait de celle d'un autre juge, compromettant ainsi la prévisibilité. Il deviendrait alors quasi-impossible pour les parties d'anticiper le sens qui serait donné aux termes employés dans l'*instrumentum* de telle sorte que la tentation peut être grande de rédiger des contrats particulièrement longs s'attachant à définir le plus précisément possible chaque terme. Deux difficultés émergent alors : d'abord, il est, par hypothèse, peu probable que les parties se prémunissent contre tous les risques de divergence d'interprétation du contrat ; ensuite, si la rédaction de contrats se complexifie, il est possible d'envisager que, dans certains cas, les particuliers ne seront pas en mesure de formuler eux-mêmes les clauses de leur contrat et seront tentés d'avoir recours à un conseil. La question se poserait alors de la volonté contractuelle exprimée dans l'*instrumentum* : demeure-t-elle celle des parties lorsque le contrat est essentiellement rédigé par des tiers, tels que des avocats, usant d'un langage technique qui n'est précisément pas celui des parties contractantes ?

275. Question de droit ou de fait. L'introduction, par le biais de la conception objective du contrat, d'une dimension normative dans le processus d'interprétation a un effet direct sur la question de savoir si l'interprétation est une question de droit ou de fait. En droit français, la volonté étant conçue subjectivement, l'objet de la recherche du juge, la volonté interne des parties, est conçue comme une pure question de fait¹³⁶⁹ : le juge recherche des indices de l'intention réelle, non seulement dans les termes de l'*instrumentum*, mais aussi dans la conduite des parties, dans les négociations précontractuelles ou autres échanges dont elles ont pu apporter la preuve. Sa recherche est alors nécessairement empirique. L'interprétation est donc une question de fait, ce qui explique que la Cour de cassation s'en remette au pouvoir souverain des juges du fond en matière d'interprétation¹³⁷⁰. Par contraste, en droit anglais, l'utilisation d'un critère de « raisonnable » dans la notion même de volonté contractuelle introduit une dimension normative dans l'exercice d'interprétation du contrat, c'est-à-dire la création de contenu contractuel.

¹³⁶⁹ Philippe SIMLER, *Juriscl. Civil Code*, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », LexisNexis, 4 mai 2017, n° 23.

¹³⁷⁰ Cass. Sect. réunies, 2 fév. 1808, Lubert c. Wancareghem, *S. chron.* p. 183, concl. MERLIN ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 160, pp. 144s. . V. *infra* n° 96.

276. Création de contenu contractuel. Alors qu'en Angleterre, certains juges ont pu faire remarquer que « [la] purposive interpretation *ne doit pas devenir une* creative interpretation »¹³⁷¹, le Professeur Nathalie MARTIAL-BRAZ met en lumière la finalité créatrice de l'interprétation... objective. La critique est inversée, y compris dans le raisonnement de la doctrine : une partie de la doctrine française voit la réfection du contrat par le juge dans l'interprétation objective, tandis que pour la doctrine anglaise cette réfection se situe dans l'interprétation subjective, ou plus précisément dans la *contextual approach*, qui conserve en son principe l'objectivité de la personne raisonnable et ajoute des éléments du contexte dans une approche subjectivée. La méfiance envers l'interprétation objective et l'utilisation du standard juridique est donc une inquiétude exclusivement française : « [...] *le juge décide du contenu contractuel en s'extrayant du contenu existant [...] parce qu'une personne raisonnable aurait admis un tel contenu contractuel. Par une telle qualification objective, le juge se voit donc octroyer un véritable pouvoir régulateur sur le contenu même du contrat, [...] il en devient [...] un interprète engagé qui est orienté par une directive extérieure à la volonté initiale des parties* »¹³⁷².

À l'inverse, en Angleterre, le standard de la personne raisonnable est loin d'être considéré comme un facteur d'élargissement du pouvoir du juge. Il constituerait plutôt un garde-fou à l'arbitraire du juge permettant d'harmoniser l'interprétation des contrats à travers les différents litiges.

b) Le standard de la personne raisonnable, facteur de limitation de l'office du juge : l'harmonisation de l'interprétation

277. La recherche divinatoire de la volonté réelle. Le juge français est, par principe, à la recherche de la volonté interne¹³⁷³. Autrement dit, il est « *avant tout chargé de découvrir*

¹³⁷¹ Lord LLOYD *in* Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, n° 904 : « *Purposive interpretation of a contract is a useful tool where the purpose can be identified with reasonable certainty. But creative interpretation is another thing altogether. The one must not be allowed to shade into the other* » ; « *La purposive interpretation d'un contrat est utile lorsque l'objectif peut être identifié avec une certitude raisonnable. Cependant, la creative interpretation est tout autre chose. La première ne doit pas être confondue avec la dernière* ».

¹³⁷² Nathalie MARTIAL-BRAZ, « L'objectivisation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et "l'interprétation in favorem" », *RDC*, n° 1, 2015, n° 13. Il faut noter que l'auteure réintroduit, après l'avoir remise en question, la qualification d'objective concernant l'interprétation du contrat mais en lui donnant un sens nouveau : l'interprétation objective est celle qui, prenant de la distance avec la volonté des parties, poursuit une finalité créatrice de contenu contractuel.

¹³⁷³ Art. 1188, al. 1^{er} du C. civil.

une psychologie »¹³⁷⁴. Le caractère divinatoire de la méthode subjective d'interprétation a été débattu et globalement reconnu¹³⁷⁵. La recherche de la volonté commune des parties peut être considérée comme « *artificiel[le] et vain[e]* »¹³⁷⁶, d'abord parce que la découverte du for intérieur des contractants paraît impossible, et ensuite parce que l'existence d'une intention *commune* est loin d'être certaine.

Si l'interprétation effectuée à travers le prisme d'une personne raisonnable présente le danger de permettre aux juges de retoucher à leur guise le contrat dans la poursuite d'une convention plus sensée, la méthode d'interprétation qui vise à rechercher la volonté interne des parties présente une autre limite : le juge se livre à un travail de devinettes¹³⁷⁷ pour découvrir, dans le for intérieur des parties, la volonté contractuelle. En effet, « [...] *lorsqu'il s'agit d'interpréter ce que les autres disent, nous n'avons pas d'accès direct à leurs états mentaux subjectifs, aucune fenêtre sur leur esprit* »¹³⁷⁸. Par conséquent, il n'est pas possible pour le juge de prétendre sonder l'esprit de chaque duo ou groupe de parties contractantes qui se présente devant lui avec un conflit sur l'interprétation de leur convention. L'inquiétude du droit anglais est la suivante : se livrer à un tel travail de divination conduirait les juges à accorder arbitrairement une signification importante, ou au contraire insignifiante, à tel ou tel élément de l'*instrumentum* ou du contexte de conclusion du contrat. Le juge ne peut alors qu'être autorisé à supposer, à participer à une forme d'illusion en se référant à des contractants fictifs, dénués de toute singularité et excentricité¹³⁷⁹ : des contractants raisonnables.

278. La recherche infructueuse de la volonté commune. La tâche de déterminer la volonté réelle des parties paraît d'autant plus impossible que dans le cas d'un contrat, il s'agit

¹³⁷⁴ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 618, p. 868.

¹³⁷⁵ Quoiqu'une partie de la doctrine française refuse d'accueillir cette analyse : v. par ex. Barthélémy MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, coll. Dossier pratique, 2016, n° 547, p. 163.

¹³⁷⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 607, p. 707 ; Philippe SIMLER, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 4 mai 2017, n° 28.

¹³⁷⁷ Lord Justice PATTEN in *Kookmin Bank v. Rainy Sky SA & Others*, *Court of Appeal*, 27 mai 2010, [2010] EWCA Civ 582, n° 42 : « *Unless the most natural meaning of the words produces a result which is so extreme as to suggest that it was unintended, the Court has no alternative but to give effect to its terms. To do otherwise would be to risk imposing obligations on one or other party which they were never willing to assume and in circumstances which amount to no more than guesswork on the part of the Court* ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

¹³⁷⁸ Lord HOFFMANN, « The Intolerable Wrestle with Words and Meanings », *SALJ*, vol. 114, 1997, p. 661, à propos de tant de l'interprétation judiciaire que l'interprétation courante des énoncés quotidiens : « [...] *for the purposes of interpreting what other people say, we have no direct access to their subjective mental states, no window into their minds* ».

¹³⁷⁹ Lord HOFFMANN, « The Intolerable Wrestle with Words and Meanings », *SALJ*, vol. 114, 1997, p. 662.

d'une volonté commune : la convention, telle qu'elle est rédigée, n'est pas l'expression de la volonté d'un seul être, mais celle des volontés plus ou moins concordantes d'au moins deux parties. Lorsque celles-ci exécutent le contrat sans heurt, et qu'il n'y a donc pas de litige, la question de l'existence et de la découverte de la communauté de volontés ne se pose pas. En revanche, deux hypothèses révèlent la difficulté que pose une interprétation fondée sur la recherche par le juge d'une communauté d'intentions. La première correspond à la présence d'une formule ambiguë. Dans un tel cas, « *il est vraisemblable que chacune des parties lui a donné le sens qui lui est le plus favorable. Les parties n'ont pas eu d'intention commune, mais des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts* »¹³⁸⁰. Cette analyse est aussi celle de Lord WILBERFORCE lorsqu'il explique que les mots revêtent souvent un sens différent pour chacune des parties et qu'il s'agit alors de deux intentions particulières et non d'une intention commune¹³⁸¹. La communauté d'intention apparaît alors comme « *le fragile et précaire point de jonction d'intentions particulières, le plus souvent antagonistes* »¹³⁸². La seconde difficulté survient lorsqu'il existe une lacune, autrement dit une situation que les parties n'ont pas envisagée et à propos de laquelle elles n'ont, par conséquent, pas extériorisé d'intention commune¹³⁸³. L'intention réelle et commune des parties, pilier de la méthode d'interprétation subjective, paraît donc, dans bien des cas, introuvable ou incertaine. Il en découle que, dans le travail d'interprétation, le juge, quels que soient les outils mis en place pour limiter son pouvoir, bénéficie d' « *une extraordinaire liberté* »¹³⁸⁴.

279. La volonté apparente : la volonté raisonnablement attribuée aux parties. Pour les deux raisons évoquées, la conception objective anglaise du contrat a eu pour conséquence l'édification d'un droit positif anglais tourné vers la recherche de la volonté apparente des parties. Les juges anglais considèrent donc qu'il n'est pas possible de déceler la volonté réelle commune des parties et qu'il est alors préférable de s'en tenir à la teneur littérale de l'*instrumentum*, sauf dans le cas d'un résultat suffisamment absurde pour en déduire qu'il ne

¹³⁸⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 607, p. 707.

¹³⁸¹ Lord WILBERFORCE in *Prenn v Simmonds*, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384. V. *supra* n° 217.

¹³⁸² Théodore IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, chron. 153, n° 27, p. 157.

¹³⁸³ Or si l'intention recherchée est l'intention réelle, il faut cependant nécessairement qu'elle ait été extériorisée, que ce soit à travers les termes de l'*instrumentum* ou de négociations précontractuelles, de comportement au stade de la formation ou de l'exécution, v. Philippe SIMLER, « Fasc. n° 31 : Contrat.- Interprétation des contrats.- La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *Juriscl. Notarial Répertoire*, LexisNexis, 4 mai 2017, n° 7.

¹³⁸⁴ Philippe SIMLER, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 4 mai 2017, n° 12.

pourrait avoir été voulu par des contractants raisonnables, au risque d'imposer à l'une ou l'autre des parties des obligations qu'il n'a en réalité jamais entendu contracter. Or la volonté apparente est découverte par la réunion de deux éléments : une lecture littérale de l'*instrumentum*¹³⁸⁵ effectuée par une personne raisonnable.

280. La protection de la croyance légitime du contractant. Les juges anglais préfèrent une méthode objective d'interprétation car « *les acteurs commerciaux devraient être libres d'agir en fonction des intentions exprimées par les autres contractants, sans avoir à se soucier des intentions subjectives ou secrètes qui ont été dissimulées* »¹³⁸⁶. La lecture littérale effectuée par le biais de personne raisonnable assurerait donc aux contractants une certaine sécurité juridique, à l'image de la théorie de l'apparence que connaît plus ponctuellement le droit français. Cette théorie qui vise à donner, pour « *des motifs de sécurité juridique [...] des conséquences juridiques [à] une situation apparente, afin de permettre aux tiers qui ont légitimement cru en cette situation, de s'en prévaloir* »¹³⁸⁷. Cette théorie s'applique notamment en matière de mandat depuis un arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹³⁸⁸ : l'acte accompli par le représentant est opposable au représenté « *lorsque le tiers a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant* »¹³⁸⁹. Quoique la théorie de l'apparence, au contraire de la méthode d'interprétation objective anglaise, ne protège pas le cocontractant mais les tiers, la similitude réside dans le fondement, à savoir la préservation et l'attachement d'effets juridiques au sens apparent et évident de la convention conclue entre les parties de façon à ne pas décevoir les attentes légitimes du cocontractant.

Parmi les outils objectifs à la disposition des juges français et des juges anglais en vue d'interpréter le contrat, figure, en plus de la personne raisonnable, l'usage qui permet de suppléer la carence éventuelle du contrat.

B) Le recours à l'usage supplétif

281. Un mécanisme objectif. Le recours à l'usage par les juges revient à supposer chez les parties l'existence d'une volonté contractuelle conçue par référence à une norme extérieure,

¹³⁸⁵ V. *supra* n^{os} 39s.

¹³⁸⁶ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, 2^{ème} éd., OUP, 2011, n^o 1.62, p. 36 : « [...] *commercial parties should be free to act upon the expressed intentions of other parties, without having to worry about any subjective or secret intentions which were held back* ».

¹³⁸⁷ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 74.

¹³⁸⁸ Ass. Plén., 13 déc. 1962, n^o 57-11569, *Bull. A. P.*, n^o 2, D., 1963, p. 277, J. CALAIS-AULOY.

¹³⁸⁹ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n^o 91, p. 95.

de façon similaire à la personne raisonnable¹³⁹⁰. Il s'inscrit par conséquent dans la tradition d'une méthode objective anglaise d'interprétation du contrat et est en contradiction avec la méthode traditionnelle subjective française.

282. Une égale considération des usages en matière d'interprétation. Les juges français et les juges anglais ont parfois recours, en cas d'ambiguïté des termes du contrat, aux usages afin de trancher le litige relatif à l'interprétation de la convention. Cet outil d'interprétation est explicitement accordé aux juges français par l'article 1194 du Code civil aux termes duquel : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent [...] l'usage [...]* »¹³⁹¹ (1). Aucun texte législatif n'accorde aux juges anglais un outil similaire. Néanmoins, ceux-ci ont développé le mécanisme tout à fait semblable d'*implied term by usage* qui leur permet de retenir l'existence d'une stipulation contractuelle imposée par l'usage (2).

1) Les suites données aux conventions par l'usage

283. Définition de l'usage. Les usages sont des « *règles habituellement suivies par des professionnels pour la conclusion ou l'exécution de tel ou tel contrat et constituent donc une présomption de volonté des parties* »¹³⁹². Autrement dit, l'usage conventionnel correspond à une pratique constante à laquelle les contractants « *sont censés s'être tacitement référés* »¹³⁹³. L'ancien article 1160 du Code civil disposait : « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* ». Bien qu'il ne trouve pas d'équivalent dans la nouvelle rédaction du Code civil, l'article 1194 permet au juge et l'oblige même à avoir recours à l'éclairage des usages d'une certaine profession ou d'un certain type de contrat pour dissiper une ambiguïté dans la rédaction de l'*instrumentum*. Ainsi, les usages « *peuvent très bien s'incorporer silencieusement à la convention* »¹³⁹⁴. Le juge français ne recherche donc pas ici la volonté réelle des parties. Au contraire, l'usage est « *une pratique sociale constituant donc un indice objectif d'une volonté raisonnable et normale* »¹³⁹⁵. Le

¹³⁹⁰ V. *supra* n^{os} 255s.

¹³⁹¹ Art. 1194 du C. civil.

¹³⁹² Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy droit civil, 2021, n^o 355-79.

¹³⁹³ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 1090.

¹³⁹⁴ Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy droit civil, 2021, n^o 355-79.

¹³⁹⁵ Jacques DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit "guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, coll. Les Mélanges, 1979, n^o 16, p. 195.

« *pouvoir créateur du juge est [ici] relativement effacé* »¹³⁹⁶ dans la mesure où, puisqu'on ne lui demande pas de rechercher une volonté contractuelle conçue subjectivement, il n'est pas susceptible de tordre les actions ou propos des parties pour s'efforcer de faire reposer l'obligations sur une prétendue volonté contractuelle.

284. La prépondérance des usages commerciaux. Parmi les usages régulièrement invoqués devant les tribunaux, les plus fréquents sont sans conteste les usages commerciaux. Par exemple, dans un arrêt de 2019, la cour d'appel de Reims¹³⁹⁷ eut à connaître des faits suivants : le déclenchement intempestif d'un système de détection incendie avait causé à une entreprise un préjudice important résidant dans la détérioration de marchandises par le déversement d'une mousse supposée éteindre l'incendie. Il s'avéra qu'un capteur était défaillant, de telle sorte que l'entreprise cliente agit en responsabilité contre le professionnel qui avait conçu et installé le système. Un expert avait relevé qu'il « *était d'usage, sur les installations sensibles ou mettant en jeu des intérêts économiques élevés, d'assurer une détection redondante au moyen de deux technologies différentes* », et constaté « *qu'aucune solution de ce type n'avait été proposée ni à l'origine de l'installation, ni après les premiers déclenchements d'origine inconnue* ». Les juges du fond en déduisirent que « *la mise en place d'une détection au moyen de deux technologies différentes aurait pu permettre d'éviter le déclenchement intempestif de l'installation* ». Ils conclurent donc au manquement du professionnel à ses obligations contractuelles déduites de cet usage.

En droit anglais, l'usage supplétif trouve un équivalent dans la notion d'*implied term by custom or usage*.

2) *L'implied term by custom or usage*

285. Définition. *L'implied term*, dont la traduction littérale est « terme implicite » ou « terme sous-entendu », est « *une clause à laquelle la loi confère une efficacité contractuelle, bien qu'il soit parfois évident qu'il s'agit d'une chose à laquelle les parties, en concluant leur contrat, n'ont pas du tout fait allusion* »¹³⁹⁸. Ce mécanisme est donc tout à fait similaire à l'article 1194 du Code civil : il est fort possible que les parties n'aient pas envisagé être liées

¹³⁹⁶ Jacques MESTRE et Anne LAUDE, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 18.

¹³⁹⁷ CA Reims, 9 juil. 2019, n° 17/02395.

¹³⁹⁸ Justice O'BRYAN in *Dikstein v. Kanevsky*, *Supreme Court of Victoria* (Australie), 1^{er} janv. 1947, (1947) V. L.R. 216, p. 200: « *a term to which law gives contractual efficacy, though it may be plain that it was something to which the parties, in making their contract, failed to advert at all* ».

par une pratique ou coutume quelconque. Par conséquent, le recours à l'usage n'est pas qu'un simple outil d'interprétation : il est un outil d'ajout de contenu contractuel. Il est possible d'effectuer un rapprochement entre la loi, l'usage et l'équité en droit français et les *implied terms* développés par le droit anglais. Les solutions apportées au litige seraient assez similaires car les *implied terms* permettent la moralisation des relations contractuelles¹³⁹⁹.

286. Les usages et coutumes commerciaux, une source de droit anglais. Les usages, coutumes et pratiques sont considérés comme une source importante du droit des contrats et de droit commercial en Angleterre¹⁴⁰⁰. Certaines règles sont en effet puisées dans la pratique ainsi qu'en témoignent de nombreux arrêts¹⁴⁰¹. À titre d'exemple, dans un arrêt rendu par la *High Court of Justice* en 1902¹⁴⁰², les juges eurent à connaître du transfert de « débetures »¹⁴⁰³ entre l'employé d'une société, qui les avaient volés à son employeur, et des courtiers en bourse. Les juges retinrent qu'en vertu de l'usage entre commerçants, et notamment dans le domaine de la Bourse, les débetures étaient considérées comme des instruments transférables de la main à la main sans que le transfert obéisse à une formalité *ad validitatem* particulière.

287. L'importance des usages et coutumes en matière d'interprétation du contrat. Les décisions anglaises admettent depuis longtemps et sans difficulté que l'usage intervienne de façon supplétive en cas de silence du contrat. Traditionnellement, l'usage était sous-entendu dans le contrat lorsqu'il était « *notorious, certain, reasonable and legal* »¹⁴⁰⁴. Dans un arrêt rendu par la *Court of Exchequer* en 1836¹⁴⁰⁵, les juges anglais appliquèrent une coutume selon laquelle le preneur d'une exploitation agricole peut réclamer au propriétaire, lorsqu'il quitte l'exploitation, un prix raisonnable pour les semences et la main-d'œuvre fournies sur les terres cultivables au cours de la dernière année de la location. La décision prend soin de préciser : « *cette coutume a été, par implication*¹⁴⁰⁶, *incorporée dans le bail. Il est depuis longtemps établi*

¹³⁹⁹ V. aussi les *implied term in fact* dont la découverte est en partie fondée sur des considérations de justice contractuelle et de *public policy*, *infra* n^{os} 569s.

¹⁴⁰⁰ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, 2^{ème} éd., OUP, 2011, n^o 12.01, p. 373. V. aussi Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^o 6-035, p. 241.

¹⁴⁰¹ Goodwin. v. Robarts, *Court of Exchequer Chamber*, 7 juill. 1875, L. R. 10 Ex 337 ; Bechuanaland Exploration Co v. London Trading Bank, *High Court of Justice (Commercial Court)*, 10 août 1898, [1898] 2 QBD 658.

¹⁴⁰² Edelstein v. Schuler & Co., *High Court of Justice (Commercial Court)*, 9 mai 1902, [1902] 2 KB 144.

¹⁴⁰³ Il s'agit, en Angleterre, d'« *un type de prêt, souvent utilisé par les entreprises pour lever des fonds, qui est remboursé sur une longue période et à un taux d'intérêt fixe* », [En ligne] <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/debenture> (page consultée le 17/04/2020)

¹⁴⁰⁴ Nelson v. Dahl, *Court of Chancery*, 8 août 1879, (1879) 12 Ch. D. 568, p. 575 : « *notoire, certain, licite* ».

¹⁴⁰⁵ Hutton v. Warren, Clerk, 1^{er} janv. 1836, *Court of Exchequer*, (1836) 1 M.& W. 466, 150 ER 517.

¹⁴⁰⁶ C'est-à-dire par le biais d'un *implied term*.

que, dans les transactions commerciales, les preuves extrinsèques des coutumes et des usages sont recevables pour annexer des éléments aux contrats écrits, dans les domaines où ils sont muets »¹⁴⁰⁷.

288. Les limites de l'usage : la coutume rendant le contrat incohérent. Le recours à l'usage en matière d'interprétation revient à attribuer aux parties une volonté normée selon une référence qui leur est extérieure. Un tel mécanisme trouve ses limites lorsque le contrat ne peut trouver application en présence de la coutume. Par exemple, dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1922¹⁴⁰⁸, les faits étaient les suivants : un navire avait été affrété pour transporter une cargaison en vertu d'une convention d'affrètement qui stipulait que les frais de déchargement seraient à la charge de l'affréteur. Or l'usage en la matière est que le propriétaire du navire supporte ces frais. Les juges retinrent que la coutume invoquée était « incompatible »¹⁴⁰⁹ avec les termes exprès du contrat ce qui devait aboutir à l'évincement de la coutume.

289. Le critère de compatibilité entre la coutume et le contrat. Il ressort des décisions anglaises que la compatibilité entre la coutume invoquée et le contrat s'apprécie au regard de la contradiction directe entre les effets de cette coutume et les termes exprès de la convention. Autrement dit, sans forcément viser explicitement l'exclusion de la coutume, il faut *a minima* que la convention pose une règle contractuelle qui aille à l'encontre de la règle coutumière. Par exemple, dans un arrêt de la *Court of Appeal* rendu en 1958¹⁴¹⁰, les juges eurent à connaître d'un litige portant sur la procédure d'arbitrage entre deux parties à un contrat de vente. Ce contrat disait adopter le formulaire n° 75 de l'*Incorporated Oil Seed Association*¹⁴¹¹ qui décrit un processus en deux temps : un premier arbitrage du litige par un arbitre unique dont il peut, le cas échéant, être fait appel devant un comité d'arbitres. Il était d'usage que l'arbitre initial soit présent lors des délibérations du comité d'appel. Or le contrat précisait également que, s'il était formé un recours contre la décision du premier arbitre, « aucun membre ayant un intérêt au litige ou ayant agi en qualité d'arbitre ou de juge-arbitre dans l'affaire, [...] ne peut voter

¹⁴⁰⁷ Hutton v. Warren, Clerk, 1^{er} janv. 1836, *Court of Exchequer*, (1836) 1 M.& W. 466, n° 475 : « *this custom was, by implication, imported into the lease. It has long been settled, that, in commercial transactions, extrinsic evidence of custom and usage is admissible to annex incidents to written contracts, in matters with respect to which they are silent* ».

¹⁴⁰⁸ Palgrave, Brown and Son, Ltd v. Owners of S.S. Turid, 27 fév. 1922, [1922] 1 A.C. 397.

¹⁴⁰⁹ « *Inconsistent* ».

¹⁴¹⁰ London Export Corp v. Jubilee Coffee Roasting Co., *England and Wales Court of Appeal*, 9 mai 1958, [1958] 1 WLR 661; [1958] 2 All ER 411 ; [1958] 1 Lloyd's Rep. 367.

¹⁴¹¹ Organisation professionnelle pour la production et la vente d'huiles et de graines.

pour la nomination des membres de la commission d'appel ou être nommé membre de la commission d'appel ». La *Court of Appeal* anglaise retint que l'objectif de la stipulation expresse était de garantir l'impartialité du comité d'arbitre au stade de l'appel et qu'une telle volonté serait annihilée par la reconnaissance de la coutume en place au sein de l'organisation professionnelle et consistant à permettre à l'arbitre initial d'assister aux délibérations, voire d'échanger avec le comité d'appel en l'absence des parties.

Dans l'appréciation du critère de compatibilité entre la coutume et les termes exprès, les juges anglais peuvent se montrer pointilleux sur le langage employé dans l'*instrumentum* ce qui n'est guère surprenant lorsque l'on sait le droit anglais dominé par une conception objective du contrat débouchant sur une méthode littérale de son interprétation. Ainsi, dans un arrêt de la *High Court* rendu en 1877¹⁴¹², les juges eurent à connaître d'un contrat d'affrètement pour lequel le bon de fret mentionnait que le prix serait « payable à Londres ». Les juges estimèrent que ce terme exprès impliquait que le paiement devait avoir lieu au moment de l'arrivée à Londres et excluait la coutume selon laquelle le prix était « payable en avance à Londres », c'est-à-dire qu'il devait être réglé que le bateau arrive ou non à destination.

Si la personne raisonnable et l'usage sont des outils objectifs d'interprétation du contrat, ils laissent une certaine marge de manœuvre au juge, en ce qu'il lui revient de définir les contours de la personne raisonnable et d'identifier l'existence d'un usage dans une recherche de volonté contractuelle normale. Parfois, la recherche de volonté contractuelle est parfaitement absente et l'interprétation du contrat se fait selon la qualité d'une des parties.

§ 2 - L'interprétation selon la qualité d'une des parties : l'abandon de la recherche de la volonté contractuelle

290. La tâche du juge facilitée. Le droit positif français s'est doté d'outils qui, s'ils ne sont pas issus à proprement parler du droit anglais, empruntent à la logique des juges anglais dans la mesure où ils autorisent, voire obligent, le juge du fond à cesser de rechercher la volonté réelle des parties. L'interprétation *in favorem*, au même titre que l'interprétation à travers le prisme d'une personne raisonnable, fait partie de ces outils. La recherche d'une volonté commune n'étant pas aisée¹⁴¹³, l'office des juges est ainsi considérablement facilité : leur interprétation du contrat ira dans le sens d'une faveur à l'une des parties contractantes, en

¹⁴¹² Krall v. Burnett, 1877, *The High Court of Justice*, (1877) 25 WR 305.

¹⁴¹³ V. *supra* n° 278.

fonction d'une des caractéristiques qu'elle présente. Les juges français et anglais disposent de ce qu'il convient de nommer une faculté d'abandon de la recherche de la volonté contractuelle qu'ils ne peuvent mettre en œuvre qu'après avoir établi que cette dernière était inatteignable (A). La situation est différente en droit spécial car le juge est contraint, dans certains litiges, d'abandonner la recherche de la volonté réelle des parties (B).

A) Une faculté d'abandon subsidiaire de la recherche de la volonté contractuelle réelle en droit commun

291. Une faculté octroyée par le législateur. Le législateur offre au juge du fond la faculté d'abandonner la recherche de la volonté réelle des parties, seulement lorsqu'il n'a pas pu la déceler, dans deux situations qui se distinguent par les types de contrat en présence, selon une distinction initialement doctrinale et reprise par l'ordonnance du 10 février 2016 ratifiée par une loi du 21 avril 2018. En vertu de l'article 1190 du Code civil, l'interprétation doit profiter au créancier de l'obligation dans le contrat de gré à gré (1) et desservir celui qui a proposé le contrat d'adhésion (2).

1) L'interprétation en faveur du débiteur dans le contrat de gré à gré

292. Le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. La notion de contrat de gré à gré a été conçue en opposition avec celle du contrat d'adhésion. Ces deux notions sont aujourd'hui consacrées par le Code civil. En effet, depuis la loi de ratification du 21 avril 2018¹⁴¹⁴ dont les modifications s'appliquent aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2018, « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* »¹⁴¹⁵, « *[l]e contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹⁴¹⁶. Par opposition à un contrat d'adhésion dans lequel l'une des parties n'est pas « *en situation [de] fixer* »¹⁴¹⁷ le contenu du contrat, le contrat de gré à gré correspond, dans la culture juridique française et le droit positif qu'elle nourrit, à « *l'expression même du contrat* »¹⁴¹⁸ qui est « *d'abord et avant tout le produit de la rencontre de la volonté*

¹⁴¹⁴ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1.

¹⁴¹⁵ Art. 1110 du C. civil, al. 1^{er}.

¹⁴¹⁶ Art. 1110 du C. civil, al. 2.

¹⁴¹⁷ Thierry REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, n° 2, 2019, n° 17.

¹⁴¹⁸ Thierry REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.*, 2016, n° 1.

des parties »¹⁴¹⁹. Ainsi, si la figure contractuelle aujourd'hui désignée par l'expression « contrat d'adhésion » a fait l'objet d'une réflexion doctrinale dense et prend une importance croissante en pratique, l'expression de contrat de gré à gré n'a été créée qu'en réaction, pour désigner ce que le Code de 1804¹⁴²⁰ concevait en réalité comme la situation normale, « *synonyme du contrat* »¹⁴²¹, d'une convention négociée entre les parties.

293. Le fondement de la règle d'interprétation *in favorem*. Or, ainsi que l'explique le Professeur Thierry REVET, le droit commun des contrats est façonné selon la figure du contrat de gré à gré dans lequel « *les parties sont irréfragablement présumées avoir contribué à l'élaboration du contenu du contrat* »¹⁴²². L'interprétation en faveur du débiteur est privilégiée dans le contrat de gré à gré parce que le débiteur d'une obligation est « *réputé en position de faiblesse* »¹⁴²³. L'article 1190 du Code civil se veut donc « *protectrice* » du débiteur¹⁴²⁴ et prévoit que « [d]ans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur [...] »¹⁴²⁵.

294. Une subsidiarité prévue par le législateur. Au même titre que le recours à la personne raisonnable permis par l'article 1188, alinéa 2 du Code civil¹⁴²⁶, l'interprétation en faveur du créancier dans les contrats de gré à gré est conçue comme subsidiaire par rapport à la recherche de la commune intention des parties. En effet, le texte précise « *Dans le doute* », ce qui renverrait à une incertitude sur la volonté réelle des parties. Par conséquent, le juge du fond devra d'abord, selon l'article 1188, alinéa premier du Code civil, rechercher la volonté réelle des parties selon la méthode subjective d'interprétation. C'est seulement si cette recherche échoue qu'il pourra, après avoir qualifié la convention en l'espèce de contrat de gré à gré, avoir recours à l'interprétation *in favorem*.

295. La subsidiarité de l'interprétation *in favorem* en droit commun. L'article 1190 permet donc au juge du fond d'interpréter le contrat qu'il aura identifié comme un contrat de

¹⁴¹⁹ Thierry REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, n° 2, 2019, n° 1.

¹⁴²⁰ Thierry REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.*, 2016, n° 1.

¹⁴²¹ *Ibid.*, n° 1.

¹⁴²² Thierry REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, n° 2, 2019, n° 1.

¹⁴²³ Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 2, 2016, n° 15.

¹⁴²⁴ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation du contrat : perspectives comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 2017, pp. 363s.

¹⁴²⁵ Art. 1190 du C. civil.

¹⁴²⁶ V. *supra* n°s 261s.

gré à gré en faveur du débiteur seulement à la condition que la commune intention des parties ne soit pas décelable. L'interprétation en faveur d'une des parties contractantes consiste alors à retenir la lecture de l'*instrumentum* qui avantage cette partie, au détriment de l'autre. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux rendu en 2017¹⁴²⁷, un contrat d'abonnement entre une société de conseil et un constructeur de maisons individuelles comportait la clause selon laquelle : « *La première période prendra effet au 1er janvier 2012 pour une période de douze mois. Le présent contrat se renouvellera par tacite reconduction pour une durée égale à la période initiale sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties par lettre recommandée au moins trois mois avant l'expiration du contrat [...]* ». La société de conseil prétendait qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée renouvelable d'année en année par tacite reconduction de telle sorte que, pour se dégager du contrat, le client ne pouvait que le dénoncer selon les conditions contractuelles prévues. Le constructeur prétendait au contraire que le renouvellement n'était convenu que pour une période de douze mois à l'issue de laquelle le contrat était devenu un contrat à durée indéterminée auquel il pouvait donc mettre fin à tout moment sous réserve de respecter un préavis raisonnable. La cour d'appel retient que « *[l]es deux interprétations sont possibles et rien ne permet de dire quelle a été la véritable intention des parties. Dans le doute, en application des dispositions de l'article 1190 du code civil, le contrat doit être interprété [sic] en faveur du client (contre le créancier et en faveur du débiteur)* »¹⁴²⁸. *A contrario*, les juges du fond refusent de mettre en œuvre l'interprétation *in favorem* lorsque la commune intention des parties ne fait pas de doute. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un créancier a explicitement rappelé vouloir maintenir la garantie hypothécaire dont il bénéficiait de telle sorte que le débiteur ne pouvait se prévaloir d'une ambiguïté sur une renonciation à cette garantie de nature à justifier une interprétation en sa faveur¹⁴²⁹.

296. « Trancher le nœud ». L'interprétation correspond en principe à un processus par lequel le juge démêle les stipulations contractuelles afin d'en faire ressortir la volonté réelle et commune des parties. Or « *[c]e que propose l'article 1162 ce n'est pas de dénouer le nœud, c'est de le trancher ! cela est incontestable [...]* C'est l'interprétation s'avouant impuissante devant l'impénétrable obscurité du contrat ! »¹⁴³⁰. Si l'interprétation « s'avoue impuissante »,

¹⁴²⁷ CA Bordeaux, 27 nov. 2018, n° 18/01637.

¹⁴²⁸ V. pour un autre ex. de mise en œuvre par « analogie » de l'interprétation *in favorem* sur des éléments de preuve en l'absence de moyens pour le juge de déterminer la véracité de chacun de ces éléments apportés par l'une et l'autre des parties : CA Amiens, 1^{ère} ch. civ., 25 juin 2019, n° 17/05089.

¹⁴²⁹ CA Toulouse, 2^{ème} ch., section 1, 13 janv. 2010, n° 08/03503.

¹⁴³⁰ Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris : Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1869, n° 23, p. 24.

cela signifie que la méthode mise en œuvre pour apporter une solution au litige n'est pas à proprement parler de l'interprétation. En effet, si interpréter le contrat signifie rechercher de la volonté des parties, quelle que soit d'ailleurs la conception qui en est retenue, objective ou subjective, ce n'est pas ce que propose l'article 1190 du Code civil qui permet au juge « de trancher le nœud » à l'aide d'un critère éminemment objectif, à savoir la qualité de débiteur de l'obligation stipulée par la clause litigieuse. La recherche de volonté contractuelle est ainsi sciemment abandonnée.

297. La création de contenu contractuel. L'interprétation *in favorem*, parce qu'elle présente un haut degré d'objectivité, poursuivrait plutôt « *une finalité constructive ou créative* »¹⁴³¹, par opposition à l'interprétation subjective dont la finalité est déclarative. Ainsi, lorsqu'il a recours aux méthodes objectives d'interprétation, c'est-à-dire qu'il abandonne la recherche de la volonté réelle des parties, ce qui est le cas dans l'interprétation *in favorem*, « *le juge se voit doter d'un important pouvoir d'immixtion dans le contrat* »¹⁴³². Il en va de même lorsque le juge met en œuvre l'interprétation *contra proferentem*.

2) L'interprétation *contra proferentem* d'une clause imposée par l'une des parties

298. Une interprétation protectrice. L'interprétation *contra proferentem* consiste en une interprétation à l'encontre de celui qui rédige la convention, celui qui a la main sur les termes contractuels. En effet, bien qu'en principe chaque partie soit en mesure de défendre ses intérêts et d'exercer sa liberté contractuelle, la réalité est parfois tout autre : il arrive fréquemment que l'une des parties n'ait pas la possibilité de négocier le contenu du contrat car il existe un déséquilibre de force entre les deux parties contractantes qui aboutit à un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, puisque la partie la plus faible peut être ainsi amenée à consentir à un ensemble de stipulations qui lui sont particulièrement défavorables. Dans une telle situation, le juge a la possibilité, pour remédier au déséquilibre en interprétant le contrat de façon défavorable à celui qui a imposé les stipulations contractuelles. L'interprétation *contra proferentem* se rencontre ainsi le plus souvent dans le cas d'une clause dont l'une des parties a obtenu l'insertion dans le contrat.

¹⁴³¹ Nathalie MARTIAL-BRAZ, « L'objectivisation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et "l'interprétation in favorem" », *RDC*, n° 1, 2015, n° 13. V. *supra* n° 276.

¹⁴³² *Ibid.*, n° 15.

299. Le contrat d'adhésion. L'hypothèse privilégiée de clauses contractuelles proposées, voire imposées, par l'une des parties prend, en France, la forme du contrat d'adhésion. « [L]e contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁴³³. Initialement dégagée par Raymond SALEILLES¹⁴³⁴, cette seconde catégorie de contrats reflète « une réalité sociale incontestable, liée à la société industrialisée et à la standardisation qu'imposent la production et la consommation de masse [...] Dans certaines relations contractuelles, il n'y a et ne peut y avoir aucune discussion entre les parties quant aux clauses du contrat, car il existe une disproportion de puissance entre les contractants, ou, plus souvent, parce que le contrat permet d'accomplir un acte de consommation banal, qui ne mérite pas une négociation (transport quotidien, abonnement au gaz ou à l'électricité...) »¹⁴³⁵. Ce contrat particulier doit donc faire l'objet de règles d'interprétation particulières.

300. Fondement de l'interprétation *contra proferentem*. L'article 1190 *in fine* précise à l'attention du juge que « le contrat d'adhésion [s'interprète] contre celui qui l'a proposé »¹⁴³⁶. Cette disposition « part du postulat que celui qui a rédigé l'instrumentum d'un contrat d'adhésion l'a fait en sa faveur bien plus qu'en faveur de celui qui n'a pas tenu la plume »¹⁴³⁷. Le contrat d'adhésion serait, par hypothèse, déséquilibré. Le caractère obscur de la clause litigieuse est alors l'occasion pour le juge de remédier à ce déséquilibre contractuel¹⁴³⁸. Le fondement est identique en droit anglais, bien que la figure du contrat d'adhésion n'existe pas : « le fondement du principe *contra proferentem* est qu'il est possible de présumer que la personne qui propose les termes d'un accord proposé a veillé à ses propres intérêts, de sorte que si les mots laissent planer un doute sur l'existence d'un avantage particulier en sa faveur, il y a des raisons de supposer que cet avantage n'est pas »¹⁴³⁹. En effet, il y a fort à parier que

¹⁴³³ Art. 1110, al. 2, du C. civil.

¹⁴³⁴ Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris : Pichon, 1901, p. 229.

¹⁴³⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 244, p. 228.

¹⁴³⁶ Art. 1190 *in fine* du C. civil.

¹⁴³⁷ Thierry REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, n° 2, 2019, p. 106, n° 16.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, n° 16.

¹⁴³⁹ Lord MUSTILL *in* Tam Wing Chuen v. Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd, *Privy Council*, 26 mars 1996, [1996] UKPC 69, p. 9 : « the basis of the *contra proferentem* principle is that the person who puts forward the wording of a proposed agreement may be assumed to have looked after his own interests, so that if words leave room for doubt about whether he is intended to have a particular benefit there is reason to suppose that he is not ».

le *proferens*, qui a la main sur la rédaction du contrat, aurait fait en sorte que la stipulation ne laisse pas de doute sur l'existence de cet avantage.

301. L'identification du *proferens*. *A priori*, la règle de l'interprétation *contra proferentem* se heurte en droit anglais à la *parol evidence rule*. En effet, il est en principe interdit au juge de consulter les négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation. Or les échanges précontractuels révèlent souvent lequel des contractants a proposé et obtenu de l'autre l'insertion de telle ou telle clause. Par conséquent, plutôt que d'avoir été « *maintes fois consacrée par les juges anglais* »¹⁴⁴⁰, l'interprétation *contra proferentem* a plusieurs fois été mises à l'écart et jouit d'une place largement subsidiaire parmi les méthodes d'interprétation du contrat par rapport au principe d'interprétation¹⁴⁴¹ posé par les arrêts *Prenn v. Simmonds* et *Investors Compensation Scheme*. Elle a pu être utilisée à quelques reprises par les juges anglais notamment dans un arrêt de la *Court of Appeal* anglaise rendu en 2006¹⁴⁴². Un emprunteur avait obtenu un prêt à court terme auprès d'une agence de gestion de patrimoine pour acheter une propriété résidentielle. Rencontrant des difficultés pour rembourser le prêt. L'emprunteur et le prêteur conclurent finalement une convention nommée « accord de vente exclusive » contenant une clause par laquelle le vendeur renonçait « à tous les droits » sur l'immeuble. L'agence de gestion fit valoir que le seul objectif de l'accord était de lui conférer le pouvoir de vendre le bien, la décharge de la responsabilité de l'emprunteur vis-à-vis du remboursement du prêt étant subordonnée à la réalisation de la vente. La cour d'appel, confirmant la décision de première instance, retient que si les termes de l'accord étaient impropres et ambigus, ils devaient être interprétés à l'encontre de l'agence, qui les avait proposés, conformément à la règle *contra proferentem* dont le juge précise qu'elle lui semble exceptionnellement être utile à la solution

¹⁴⁴⁰ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les arrêts “Paragon Finance” et “Rice v. Great Yarmouth Borough Council” » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels », *RDC*, n° 2, 2004, p. 483.

¹⁴⁴¹ V. notam. Lady Justice ARDEN in *Egan v. Static Control Components (Europe) Limited*, *Court of Appeal*, 1^{er} avril 2004, [2004] EWCA Civ 392, n° 37. V. également les mises en garde de Lord Justice AULD censurant la décision de la *Bristol County court*, in *Direct Travel Insurance v. McGewn*, *Court of Appeal*, 12 nov. 2003, [2003] EWCA Civ 1606 : « [the court] *should not, in any event, on such a finding, move straight to the contra proferentem rule without first looking at the context and, where appropriate, permissible aids to identifying the purpose of the commercial document of which the words form part. Too early recourse to the contra proferentem rule runs the danger of “creating” an ambiguity where there is none* » ; « [la cour] *ne devrait pas, en tout état de cause, sur la base d'une telle constatation, passer directement à la règle contra proferentem sans avoir préalablement examiné le contexte et, le cas échéant, les éléments autorisés pour identifier l'objet du document commercial composés des mots litigieux. Un recours trop précoce à la règle contra proferentem risque de “créer” une ambiguïté là où il n'y en a pas* ».

¹⁴⁴² *Lexi Holdings Plc v. Stainforth*, *Court of Appeal*, 17 juil. 2006, [2006] EWCA Civ 988.

du litige¹⁴⁴³. Ainsi, l'emprunteur était tenu de transférer tous ses droits sur le bien et, dans le même temps, n'était plus redevable du montant de l'emprunt.

302. L'absence de recherche de volonté contractuelle. Le contrat d'adhésion serait, par hypothèse, déséquilibré. Plus largement, celui qui stipule doit voir le contrat interprété en sa défaveur lorsque le sens est ambigu¹⁴⁴⁴. Par conséquent, dans un tel cas, la mise en œuvre de l'interprétation *contra proferentem* « ne constitue pas véritablement un exercice d'interprétation mais bien plutôt un exercice de correction du contrat »¹⁴⁴⁵. En effet, il ne s'agit pas pour le juge du fond de fournir, selon la définition de l'interprétation retenue¹⁴⁴⁶, une « explication de ce qu'il y a d'obscur ou d'ambigu en un texte »¹⁴⁴⁷ mais de sanctionner le rédacteur du contrat pour avoir inséré, sans doute à son profit, une clause peu claire. Des auteurs ont pu ainsi retenir qu'il est alors difficile de concevoir l'interprétation *contra proferentem* comme une recherche de la volonté des parties¹⁴⁴⁸. La remarque a été faite relativement à l'interprétation *contra proferentem* dans le contrat de consommation, mais elle reste pertinente pour le contrat d'adhésion en général car le contrat de consommation est, très souvent, un contrat d'adhésion¹⁴⁴⁹ en ce que le consommateur ne peut, le plus souvent, qu'adhérer aux stipulations contractuelles proposées par le professionnel ou refuser de contracter.

L'interprétation *in favorem* et l'interprétation *contra proferentem* sont parfois des outils offerts au juge pour interpréter le contrat. En revanche, il arrive que le recours à ces méthodes d'interprétation lui soit imposé.

B) Une obligation d'abandon de la recherche de la volonté contractuelle réelle en droit spécial

¹⁴⁴³ Lord Justice CARNWATH in *Lexi Holdings Plc v. Stainforth*, *Court of Appeal*, 17 juil. 2006, [2006] EWCA Civ 988, n° 20 : « *I think this is one of those rare cases where the contra proferentem rule may assist in the final solution* » ; « *Je pense qu'il s'agit d'un des rares cas où la règle contra proferentem peut apporter la solution finale* ».

¹⁴⁴⁴ Lord Justice STAUGHTON in *Youell v. Bland Welch & Co. Ltd*, *Court of Appeal*, 21 fév. 1992, [1992] 2 Lloyd's Rep. 127, n° 134.

¹⁴⁴⁵ Thierry REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, n° 2, 2019, p. 106, n° 16.

¹⁴⁴⁶ V. *supra* n° 189.

¹⁴⁴⁷ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 2 [En ligne] <https://www.littre.org/definition/interpretation> (page consultée le 07/02/2020)

¹⁴⁴⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD et Hélène AUBRY, « Recodification du droit de la consommation - À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 15, 2016, act. 319.

¹⁴⁴⁹ Anne-Cécile MARTIN, « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC*, n° 2, 2019, p. 128, n° 3.

303. Une méthode d'interprétation imposée selon le contentieux. Dans certains litiges, le juge du fond français et le juge anglais sont privés du choix de la méthode d'interprétation car celle-ci leur est imposée. Cependant, cette restriction du pouvoir du juge n'est pas le fruit de la volonté des parties qui reprend ses droits, mais de l'intervention du législateur, ou de la Cour de cassation dans le cas des contrats de consommation, qui imposent au juge du fond de trancher le litige selon un critère parfaitement objectif, à savoir la qualité d'une des parties, le privant de son pouvoir d'interprétation (rechercher la volonté contractuelle). Ainsi, le juge du fond peut se voir imposer la méthode d'interprétation *in favorem*, c'est-à-dire en faveur du débiteur (1) ou la méthode d'interprétation *contra proferentem*, à l'encontre de celui qui a stipulé (2).

1) L'interprétation *in favorem* imposée dans les contrats d'exploitation des droits d'auteur : une protection dérogatoire de l'auteur de l'œuvre

304. Les contrats d'exploitation des droits d'auteur. Les contrats d'exploitation de droits d'auteur sont des conventions ayant pour objet le droit d'exploitation d'une œuvre qui se compose, d'après l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle, du droit de représentation, qui « *consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* »¹⁴⁵⁰, et du droit de reproduction, qui « *consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* »¹⁴⁵¹.

305. L'interprétation *in favorem auctoris* implicitement imposée. Bien que non explicitement posée par le Code de la propriété intellectuelle, l'interprétation *in favorem auctoris* a été déduite par la jurisprudence d'un certain nombre de règles posées par le Code de la propriété intellectuelle. La première de ces règles réside dans le formalisme imposé par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle en matière de rédaction des contrats d'exploitation de droits d'auteur¹⁴⁵² : « *l'engagement de l'auteur se limite à ce qui a été expressément et clairement consenti* »¹⁴⁵³. La deuxième se trouve dans les dispositions de

¹⁴⁵⁰ Art. L. 122-2 du C. de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁵¹ Art. L. 122-3 du C. de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁵² Art. L. 122-1 du C. de la propriété intellectuelle : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

¹⁴⁵³ Anne ETIENNEY de SAINTE MARIE, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *RTD Com.*, 2013, p.669.

l'article L. 122-7, alinéas 2 et 3, en vertu desquels « [l]a cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction » et « [l]a cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation ». Enfin, l'interprétation *in favorem auctoris* a été déduite des dispositions de l'article L. 111-3 selon lequel « la vente d'une œuvre d'art (objet corporel) n'entraîne aucune transmission du droit d'auteur, droit incorporel ». En effet, les juges ont estimé que ces restrictions obligeaient le juge à interpréter strictement et en faveur de l'auteur¹⁴⁵⁴ toutes les clauses relatives à la cession des droits d'auteur, de telle sorte que, par exemple, le producteur phonographique d'un enregistrement ne saurait reprocher à l'auteur-compositeur une contrefaçon si ce dernier enregistre une nouvelle chanson sur la même musique, étant donné que le contrat conclu entre l'auteur et le producteur n'octroyait pas à ce dernier l'exclusivité des droits de reproduction et d'exploitation de la composition musicale de la chanson¹⁴⁵⁵.

306. La protection de l'auteur de l'œuvre. Cette méthode d'interprétation, conçue dans un objectif de protection de l'auteur, constitue une exception à l'article 1602, alinéa 2, du Code civil selon lequel « *Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* »¹⁴⁵⁶, mais également, et de façon plus significative encore, au principe de recherche de volonté commune posée par l'article 1188 du Code civil. En effet, outre la nature particulière de l'œuvre de l'esprit à laquelle l'auteur est intimement lié, l'interprétation *in favorem auctoris* est privilégiée car l'auteur de l'œuvre est réputé être « *la partie faible au contrat* » de cession de droits d'auteur¹⁴⁵⁷.

307. Une méthode dérogatoire et objective d'interprétation. Ainsi, lorsqu'il met en œuvre l'interprétation *in favorem auctoris*, le juge ne démêle pas les clauses contractuelles afin d'en dégager l'intention des parties. Il tranche le litige relatif au sens et à la portée des stipulations contractuelles en fonction d'un critère parfaitement objectif, à savoir la qualité d'auteur de l'œuvre.

¹⁴⁵⁴ Maïté GUILLEMAIN, « Fasc. n° 666 - Droit d'auteur. Contrat d'exploitation », *Juriscl. Commercial*, LexisNexis, 2 nov. 2016, n° 98.

¹⁴⁵⁵ CA Versailles, 13 févr. 1992 ; *D.* 1993, p. 402, note B. EDELMAN.

¹⁴⁵⁶ Carine BERNAULT, André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017, n° 664 ; Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^{ème} éd., 2017, n° 466.

¹⁴⁵⁷ Anne ETIENNEY de SAINTE MARIE, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *RTD Com.*, 2013, n° 4 ; Frédéric POLLAUD, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 », *RTD Com.*, 2016, p. 503.

La méthode d'interprétation *contra proferentem*, tout comme la méthode d'interprétation *in favorem*, peut être également imposée au juge.

2) L'interprétation *contra proferentem* imposée : un rééquilibrage du contrat sous couvert d'interprétation

308. La sanction du *proferens* par l'interprétation. Il arrive qu'une partie contractante ait la main sur les termes contractuels et puisse, en raison d'un déséquilibre de forces, imposer à l'autre une clause ou un ensemble de clauses qui lui sont particulièrement défavorables. Conscients de l'éventualité d'une telle pratique, les droits français et anglais imposent au juge, dans certains domaines, la méthode d'interprétation *contra proferentem*. Celle-ci intervient alors comme une sanction (b) du défaut de clarté de la convention reproché au *proferens* (a).

a) L'exigence spécifique de clarté du contrat

309. Une exigence de clarté inégalement présente en droit français et en droit anglais. Le *proferens* dispose d'un avantage sur son cocontractant car il a la main sur les termes du contrat. Par conséquent, il paraît équitable de lui imposer la charge de la rédaction d'un contrat clair de nature à éviter les clauses et termes ambigus, autrement dit permettant d'éviter d'avoir recours à l'interprétation judiciaire. Les contractants français et contractants anglais sont également soumis à une exigence de clarté lorsqu'ils sont professionnels, en vertu des directives européennes relatives aux contrats de consommation (ii). En revanche, seul le vendeur partie à un contrat de vente soumis au droit français devra répondre à cette exigence de clarté du contrat (i).

i) L'exigence spécifique de clarté à la charge du vendeur imposée par le droit français

310. L'exigence spécifique de clarté à la charge du vendeur. Alors qu'il n'existe pas dans le Code civil de disposition générale exigeant que les contrats soient rédigés de façon claire¹⁴⁵⁸, l'article 1602 du Code civil dispose que « [l]e vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige »¹⁴⁵⁹. Si initialement cet alinéa premier était perçu comme une « règle de simple bon sens »¹⁴⁶⁰ n'ayant d'autre but que de justifier la règle d'interprétation posée au

¹⁴⁵⁸ Gaël CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, n° 3, 2012, p. 989.

¹⁴⁵⁹ Art. 1602 du C. civil.

¹⁴⁶⁰ Marc MIGNOT, « Fasc. Unique : Vente.- Obligations du vendeur.- Interprétation du contrat », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 27 janv. 2020, n° 2.

second alinéa, la jurisprudence lui a ensuite donné une portée beaucoup plus large. En effet, les juges retiennent la nécessité pour le vendeur d'identifier clairement par les termes du contrat la chose vendue en raison du devoir de loyauté qui pèse sur les contractants au stade de la négociation du contrat¹⁴⁶¹. Par conséquent, le vendeur qui entretiendrait l'ambiguïté sur les caractéristiques ou la nature de la chose vendue manque à ce devoir de loyauté. En vue de remplir son devoir de loyauté, le vendeur est tenu à une obligation précontractuelle d'information.

311. L'obligation précontractuelle d'information à la charge du vendeur. L'article 1602, alinéa 1^{er} pose plus qu'une simple obligation de clarté dans la rédaction du contrat sur laquelle le vendeur aurait la main. Il sert également de fondement à une véritable obligation d'information pesant sur le vendeur, d'autant plus que, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1112-1 du Code civil dispose que : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* »¹⁴⁶². Dans l'hypothèse du contrat de vente, il est vraisemblable que le vendeur dispose de connaissances et d'informations sur la chose vendue susceptibles de décider l'acquéreur potentiel à contracter ou au contraire à l'en dissuader. Par exemple, un vendeur non professionnel sera tenu d'informer l'acquéreur d'un immeuble de l'existence d'une procédure contentieuse en cours relative au désenclavement d'une parcelle voisine¹⁴⁶³. Ces exemples d'une méthode d'interprétation *contra proferentem* imposée au juge sont issus du droit français. Il faut noter que le droit de l'Union procède de façon similaire.

ii) L'exigence spécifique de clarté à la charge du professionnel imposée par le droit de l'Union

312. Le développement des contrats type. « *Les termes contractuels sont souvent énoncés dans des formulaires standardisés qui sont utilisés pour tous les contrats de même nature, et ne sont modifiés que dans la mesure où les circonstances de chaque contrat*

¹⁴⁶¹ Olivier BARRET et Philippe BRUN, « Vente : effets », *Rép. Civ.*, Dalloz, janv. 2020, (actualisation juillet 2020), n° 705.

¹⁴⁶² Art. 1111-2 du C. civil.

¹⁴⁶³ CA Basse-Terre, 1^{ère} ch. civ., 6 mai 2019, n° 18/00025. V. également CA Bourges, ch. civ., 4 oct. 2018, n° 17/00760 dans lequel le vendeur, une commune, n'a pas informé l'acquéreur d'un projet d'implantation d'éoliennes affectant le terrain vendu ; CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 14 août 2018, n° 16/03949.

l'exigent »¹⁴⁶⁴. Ces *instrumenta* standardisés sont nommés par la doctrine française « contrats type » et ont fait l'objet de nombreuses observations¹⁴⁶⁵. L'utilisation d'un *instrumentum* standardisé est souvent l'occasion de la naissance d'un contrat d'adhésion¹⁴⁶⁶. En effet, le contractant qui se voit proposer le contrat standardisé n'a qu'une possibilité très restreinte de proposer des modifications contractuelles à cet *instrumentum* pré-rédigé. Il lui est simplement donnée l'occasion d'adhérer ou non au contrat qui lui est présenté.

313. Le fondement de l'exigence de clarté. Le choix d'instaurer une exigence de clarté, qui plus est conçue largement, est justifié par le fondement des normes européennes relatives aux clauses abusives. Celui-ci « repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci »¹⁴⁶⁷. Afin de pallier l'insuffisance de l'information dont dispose naturellement le consommateur face au professionnel, la CJUE a précisé qu'« [...] il est de jurisprudence constante que l'information, avant la conclusion d'un contrat, sur les clauses contractuelles et les conséquences de ladite conclusion, est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale. C'est, notamment, sur la base de cette information que ce dernier décide s'il souhaite se lier par les conditions rédigées préalablement par le professionnel »¹⁴⁶⁸. Il faut noter que la protection du consommateur à travers la communication d'information de nature à rétablir une forme d'égalité entre le professionnel et le consommateur est assurée par d'autres dispositions européennes. Par exemple, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis

¹⁴⁶⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème}éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 7-002, p. 278 : « Contractual terms are often set out in standard forms which are used for all contracts of the same kind, and are only varied so far as the circumstances of each contract require ». V. aussi la définition retenue par Thierry REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, n° 1, 2015, n° 1 : « Les contrats types sont des formules contractuelles rédigées par des organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu ».

¹⁴⁶⁵ Jacques GHESTIN et Hugo BARBIER, *Introduction générale, Tome I. Droit objectif et droits subjectifs, Sources du droit*, 5^{ème}éd., LGDJ, coll. Traité, 2020, n° 985, pp. 821s ; Pascale DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002 ; Claire SERLOOTEN, *La standardisation en droit des contrats*, Thèse, Université Toulouse 1, 2008, dactyl., n° 104, p. 82 ; Jacques LÉAUTÉ, « Les contrats types », *RTD civ.*, 1953, p. 429 ; Gaël CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, n° 3, 2009, p. 1233.

¹⁴⁶⁶ V. *supra* n° 292.

¹⁴⁶⁷ CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, n° 39, *CCC*, 2014, comm. 202, obs. G. RAYMOND ; *RTD eur.* 2014, p. 715, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; *Europe*, n° 6, 2014, 274, M. MEISTER ; *JCP E*, n° 39, 2014, 148 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP G*, n° 19, 2014, 564, D. BERLIN ; CJUE, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, n° 26.

¹⁴⁶⁸ CJCE, 21 mars 2003, RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, aff. C-92/11, n° 44 ; CJUE, 21 déc. 2016, arrêt Gutiérrez Naranjo et autres, aff. C-154/15, C-307/15 et C-308/15, n° 50.

des consommateurs dans le marché intérieur¹⁴⁶⁹ a pour « *objectif [...] de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs* »¹⁴⁷⁰. La directive prohibe les « pratiques commerciales trompeuses » définies de façon générales à l'article 5 et divisées en deux catégories : les pratiques commerciales déloyales¹⁴⁷¹ et les pratiques commerciales agressives¹⁴⁷². Les pratiques commerciales déloyales en particulier sont caractérisées par le « mensonge » ou « l'omission d'une information substantielle » ou plus généralement par leur « effet d'induire en erreur le consommateur » d'une manière quelconque. Les pratiques commerciales agressives consistent en un recours au « harcèlement, [à] la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou [à] une influence injustifiée ». Par conséquent, il apparaît nettement que le droit de l'Union traduit juridiquement un choix politique de protection très étendue du consommateur. Il n'est pas anodin de constater qu'il existe parmi les vingt-deux commissions et sous-commissions du Parlement européen une commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs¹⁴⁷³. La protection s'opère à tous les stades de la vie du contrat : au stade de la phase précontractuelle par le contrôle des informations qui sont transmises au consommateur¹⁴⁷⁴, au stade de la formation du contrat par le biais de la prohibition de certains comportements susceptibles d'extorquer le consentement du consommateur¹⁴⁷⁵ et enfin après la conclusion du contrat grâce aux mécanismes de clauses abusives. Cette protection étendue vise à favoriser la confiance du consommateur dans le marché intérieur de l'Union Européenne¹⁴⁷⁶ ce qui l'incite à contracter hors de son État-membre. Le Parlement européen précise que « *la consommation est l'un des moteurs essentiels de la croissance dans l'Union, et qu'à ce titre les consommateurs jouent un rôle essentiel dans*

¹⁴⁶⁹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil dite « directive sur les pratiques commerciales déloyales », *JOUE* du 11 juin 2005, L149/22.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, art. premier.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, art. 6 et 7.

¹⁴⁷² *Ibid.*, art. 8 et 9.

¹⁴⁷³ Cette commission est « *compétente pour l'examen et le contrôle législatifs de la réglementation de l'Union sur le marché unique, y compris le marché unique numérique, les douanes et la protection des consommateurs* », cf. [En ligne] <https://www.Europarl.Europa.Eu/committees/fr/imco/about> (page consultée le 08/09/2020)

¹⁴⁷⁴ Comme c'est le cas en matière de clauses abusives et de prohibition des pratiques commerciales trompeuses.

¹⁴⁷⁵ Comme c'est le cas en matière de prohibition des pratiques commerciales agressives.

¹⁴⁷⁶ Le marché intérieur est défini par l'art. 26 du TFUE comme un « *espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* ».

l'économie européenne »¹⁴⁷⁷. La protection du consommateur envisagée comme une valeur fondamentale de l'Union¹⁴⁷⁸ permet donc *in fine* de dynamiser les échanges économiques entre les pays de l'Union.

314. Une protection européenne. La directive du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives¹⁴⁷⁹ précise qu' « *en l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable* » et « *que, notamment, seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive; qu'il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive* »¹⁴⁸⁰. En France, la protection offerte au consommateur a été élargie. L'ancien article L. 132-1¹⁴⁸¹ comme l'article L. 212-1¹⁴⁸² du Code de la consommation prévoient que la protection du consommateur contre les clauses abusives s'applique « *quels que soient la forme ou le support du contrat* » et y compris aux « *bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* »¹⁴⁸³. De la même façon en Angleterre, le *Consumer Rights Act* de 2015¹⁴⁸⁴ a eu pour objectif de réunir et réorganiser les différentes règles issues de législations variées qui assuraient la protection du consommateur sur les recommandations des *English Law Commission* et *Scottish Law Commission*¹⁴⁸⁵. Or cette législation a également

¹⁴⁷⁷ Rapport du 20 déc. 2013 du Parlement européen sur l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, cons. A.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, cons. B.

¹⁴⁷⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, cons. n° 12.

¹⁴⁸¹ Issu de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* n° 28 du 2 fév. 1995.

¹⁴⁸² Issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, n° 26, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018.

¹⁴⁸³ Ancien art. L. 132-1, al. 4 du C. conso. et art. L. 212-1, al. 6 du C. conso.

¹⁴⁸⁴ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents> (page consultée le 09/09/2020) Il fusionne et simplifie les lois suivantes : le *Sale of Goods Act* de 1979 qui demeure cependant applicable en matière de contrat de vente entre professionnels, le *Supply of Goods and Services Act* de 1982, l'*Unfair Contract Terms Act* de 1977, l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999, 1999 n° 2083 qui remplaçait le précédent en implémentant la directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29. Le *Consumer Rights Act* est entré en vigueur le 26 mars 2015. Cependant, bon nombre de dispositions, notamment celles relatives aux clauses abusives, sont entrées en vigueur le 1^{er} oct. 2015.

¹⁴⁸⁵ *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in contracts », *Law Com. Reports* n° 292, *Scot. Law Com. Reports* n° 199, présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais

élargi la protection du consommateur : alors que les *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999 ne s'appliquaient qu'aux clauses qui n'ont pas fait l'objet de négociations entre le consommateur et le professionnel¹⁴⁸⁶, la section 61 du *Consumer Rights Act* vise toutes les clauses liant un consommateur et un professionnel¹⁴⁸⁷.

315. Deux critères de protection dans la sanction des clauses abusives. La directive du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives¹⁴⁸⁸ repose sur la création de deux mécanismes distincts d'évaluation du caractère abusif des clauses contractuelles. Le premier mécanisme est fondé sur le critère du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur et le second sur le critère de la clarté de la clause contractuelle. C'est ce second mécanisme qui est développé ici car il repose exclusivement sur un processus d'interprétation visant à déterminer le sens de l'*instrumentum*. À l'inverse, le premier constitue un mécanisme de rééquilibrage du contrat. Celui-ci n'est qu'en partie fondé sur un processus d'interprétation, car le juge doit chercher le sens de la clause soupçonnée d'opérer un déséquilibre contractuel, mais l'accent est mis sur la caractérisation par le juge du déséquilibre entre les droits et obligations des parties. La mise en balance des droits et obligations de chaque partie et la détermination d'un éventuel déséquilibre appelle des observations distinctes¹⁴⁸⁹.

316. L'exigence spécifique de clarté à la charge du professionnel. L'article L. 211-1 alinéa 1^{er} du Code de la consommation dispose : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* »¹⁴⁹⁰. De façon similaire, le *Consumer Rights Act* de 2015 comprend une section 68 intitulée « *Transparency* » qui exige du professionnel que les

par les ministres écossais, fév. 2005, Cm 6464. SE/2005/13. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/03/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf (page consultée le 09/09/2020)

Pour un commentaire de ce rapport, v. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « *Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport "Unfair Terms in Contracts" des Law Commissions anglaise et écossaise* », *RDC*, n° 3, 2005, p. 891. Ce rapport fut révisé en 2012 : *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « *Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills* », mars 2013. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_advice.pdf (page consultée le 09/09/2020)

¹⁴⁸⁶ *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*, 1999 n° 2083, s. 5(1). [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/regulation/5/made> (page consultée le 09/09/2020)

¹⁴⁸⁷ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 61 : « *This Part applies to a contract between a trader and a consumer* ».

¹⁴⁸⁸ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29.

¹⁴⁸⁹ Sur le déséquilibre significatif, v. *infra* n°s 620s.

¹⁴⁹⁰ Art. L. 211-1 aL. 1^{er} du C. conso. Il reprend les termes de l'ancien art. L. 133-1 du C. conso.

termes écrits du contrat conclu avec un consommateur soient « *transparent* »¹⁴⁹¹ : une clause contractuelle répondra à cette exigence si elle « *exprimée dans un langage clair et intelligible et si elle est lisible* »¹⁴⁹². Ces dispositions résultent de la transposition en droit interne de la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁴⁹³, et plus précisément de son article 5¹⁴⁹⁴. L'exigence de clarté comporte donc deux facettes : la première est relative à l'intelligibilité, à la conformité aux règles de grammaire et de syntaxe et la seconde à la visibilité matérielle de la clause.

317. Le sens du terme « clarté ». La Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur le sens des adjectifs « *claire et compréhensible* » employés par l'article 4, §2 de la directive européenne concernant les clauses abusives, ayant précisé que « *cette exigence telle que figurant à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 a la même portée que celle visée à l'article 5 de cette directive* »¹⁴⁹⁵. Dans un arrêt rendu le 30 avril 2014, une clause, contenue dans un contrat de crédit conclu en Hongrie, stipulait que « *le prêteur détermine le montant en forints hongrois de chaque mensualité à verser sur le fondement du cours appliqué par la banque à la vente de la devise [étrangère] le jour précédant la date d'exigibilité* »¹⁴⁹⁶. La Cour précise dans un premier temps que « [l]'exigence de transparence des clauses contractuelles posée par la directive 93/13 ne saurait donc être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci »¹⁴⁹⁷. La clarté d'une clause et son caractère compréhensible ne sont donc pas seulement appréciés à l'aune de sa conformité aux règles de grammaire et de syntaxe de la langue dans laquelle elle est rédigée. En effet, le critère de clarté est plus exigeant. Outre l'absence de restriction de la transparence à la clarté grammaticale des stipulations contractuelles, ces dernières doivent aussi « *expose[r] de manière transparente le*

¹⁴⁹¹ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 68(1) : « *A trader must ensure that a written term of a consumer contract, or a consumer notice in writing, is transparent* ». V. aussi *ibid.*, s. 64(3).

¹⁴⁹² *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 68(2) : « [...] *A consumer notice is transparent for the purposes of subsection (1) if it is expressed in plain and intelligible language and it is legible* ».

¹⁴⁹³ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29 transposée initialement au Royaume-Uni par l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999, 1999 n° 2083 modifié par le *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15.

¹⁴⁹⁴ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 50 : « *Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible* ».

¹⁴⁹⁵ CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, n° 69, *CCC*, 2014, comm. 202, obs. G. RAYMOND ; *RTD eur.*, 2014, p. 715, C. AUBERT DE VINCELLES ; *Europe*, n° 6, 2014, 274, M. MEISTER ; *JCP E*, n° 39, 2014, 148 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP G*, n° 19, 2014, 564, D. BERLIN.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, n° 24.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, n° 71

fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui»¹⁴⁹⁸.

318. L'exclusion de principe des clauses relatives à la définition de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix. L'alinéa 3 de l'article L. 211-1 du Code de la consommation ainsi que la section 64(1) du *Consumer Rights Act* de 2015 excluent les clauses relatives à la définition de l'objet principal du contrat ainsi que les clauses relatives au prix. Autrement dit, le juge ne peut apprécier le caractère abusif de la définition de l'objet du contrat ou de la fixation du prix. Néanmoins, cette restriction du champ d'application de la protection relative aux clauses abusives doit être nuancée. En effet, en vertu de l'article 4 de la directive du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives¹⁴⁹⁹, ces clauses ne sont à l'abri du contrôle judiciaire que « *pour autant qu'elles] soient rédigées de façon claire et compréhensible* »¹⁵⁰⁰. La section 64(2) du *Consumer Rights Act 2015* prévoit une règle semblable : le caractère abusif de la clause échappera à un contrôle « *seulement si elle est transparente et mise en évidence* »¹⁵⁰¹. La clarté mise à la charge du professionnel, puisque c'est lui qui a la main sur la rédaction de l'*instrumentum*, fait donc l'objet d'une appréciation par le juge national. Elle revêt une importance particulière puisque son absence peut conduire à l'interprétation *contra proferentem* de toutes les clauses¹⁵⁰², mais elle peut aussi permettre au juge d'évaluer le caractère abusif des clauses échappant initialement à son contrôle.

Avec en toile de fond la dynamisation des échanges au sein du marché intérieur de l'Union, la position désavantageuse dans laquelle se trouve le contractant, qu'il s'agisse de l'acquéreur ou du consommateur, permet de justifier une lecture des clauses ambiguës favorable au consommateur. En réalité, elle permet de sanctionner le défaut de clarté de la rédaction du contrat imputable au vendeur ou au professionnel.

b) L'interprétation *contra proferentem* comme sanction du défaut de

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, n° 73 ; CJUE, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, n° 50.

¹⁴⁹⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 4, al. 2. En français, la disposition correspondante fait référence à des « *clauses [...] rédigées de façon claire et compréhensible* » et en anglais à des « *terms in plain intelligible language* ».

¹⁵⁰⁰ Art. L. 212-1 aL. 3 *in fine* du C. conso.

¹⁵⁰¹ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 64(2) : « [...] *only if it is transparent and prominent* ».

¹⁵⁰² Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 5.

clarté

319. Une sanction du manquement à la loyauté dans les relations précontractuelles.

L'acquéreur et le consommateur se trouvant, par hypothèse, dans une situation de faiblesse par rapport au vendeur et au professionnel, le respect du devoir de loyauté de ces derniers consiste dans l'exigence d'une rédaction claire de l'*instrumentum* et un devoir d'information pesant sur le vendeur. Le manquement au devoir de loyauté, lorsqu'il est vérifié, est sanctionné par la mise en œuvre de l'interprétation *contra proferentem* à l'encontre du vendeur (i) et du professionnel (ii).

i) L'interprétation *contra proferentem* imposée au juge français dans le contrat de vente

320. Le fondement de l'interprétation *contra proferentem* dans le cadre du contrat de vente. L'exigence de rédaction claire de l'*instrumentum* et le devoir d'information pesant sur le vendeur sont inspirés par l'inquiétude que, le vendeur en sachant vraisemblablement plus sur la chose vendue, l'acquéreur se trouve dans une situation de faiblesse, consentant à des stipulations contractuelles défavorables¹⁵⁰³. Par conséquent, le second alinéa de l'article 1602 du Code civil prévoit que « [t]out pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » pour sanctionner le vendeur qui aurait manqué à son obligation de clarté dans la rédaction du contrat de vente. Plus précisément, les clauses relatives aux obligations contractuelles du vendeur, seront, en cas d'ambiguïté, interprétées à son encontre¹⁵⁰⁴.

321. Une méthode objective. L'interprétation *contra proferentem* s'éloigne du principe de recherche de la commune intention réelle des parties posé par l'article 1188 du Code civil. En effet, cette règle d'interprétation consiste également à, non pas dénouer le nœud de l'intention des parties, mais à trancher le nœud selon un critère objectif, à savoir la qualité de vendeur de l'une des parties. Par conséquent, il s'agit encore d'un autre mécanisme qui détourne les juges français de la méthode subjective traditionnelle et les rapproche, en ce sens, des juges anglais.

322. Une règle subsidiaire. Néanmoins, les traditions sont tenaces et l'attachement à la méthode subjective d'interprétation dont font preuve les juges français s'exprime à travers le

¹⁵⁰³ V. *supra* n^{os} 310s.

¹⁵⁰⁴ Marc MIGNOT, « Fasc. Unique : Vente.- Obligations du vendeur.- Interprétation du contrat », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 27 janv. 2020, n^o 5.

caractère subsidiaire de la règle d'interprétation *contra proferentem* en matière d'interprétation du contrat de vente. En effet, la Cour de cassation a déjà rappelé le caractère non impératif de l'article 1602¹⁵⁰⁵. Ainsi, la présence d'un contrat de vente n'impose pas nécessairement au juge du fond d'interpréter la clause litigieuse qui fixe une obligation à la charge du vendeur à son encontre. Cette sanction du vendeur à travers la méthode d'interprétation *contra proferentem* n'occupe donc en pratique qu'une place restreinte dans les outils mis en œuvre par le juge français pour procéder à l'interprétation du contrat. La place de l'interprétation *contra proferentem* est en revanche plus nette dans les contrats de consommation et elle est commune au droit français et au droit anglais car elle est issue du droit de l'Union.

ii) L'interprétation *contra proferentem* imposée aux juges français et anglais par le droit de l'Union dans les contrats de consommation

323. La sanction d'un défaut de clarté. L'alinéa 2 de l'article L. 212-1 du Code de la consommation précise que, sous réserve du contexte des actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs par les « associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs » sur le fondement de l'article L. 621-8, les clauses d'un contrat de consommation « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel »¹⁵⁰⁶. La section 69 du *Consumer Rights Act* de 2015 prévoit une méthode d'interprétation identique¹⁵⁰⁷. Ces deux dispositions mentionnent explicitement, tout comme l'article 1190 du Code civil, le doute comme exigence préalable à l'interprétation de la clause en faveur du consommateur. À ce titre, « l'interprétation *contra proferentem* [...] s'analyse plus en la sanction d'un défaut de clarté, qu'à une recherche de la volonté des parties »¹⁵⁰⁸. Par conséquent, il est possible de retenir que l'interprétation *contra proferentem* d'un contrat de consommation n'est pas, à proprement parler, de l'interprétation car il ne s'agit pas véritablement de donner un sens à l'*instrumentum*, encore moins par le biais de la recherche de l'intention des parties. Une telle recherche est abandonnée, au profit de la sanction automatique du « professionnel qui aurait dû mettre davantage de soin

¹⁵⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, n° 89-12186, inédit.

¹⁵⁰⁶ Art. L. 212-1 du C. conso. Il reprend les termes de l'ancien art. L. 133-2 du même Code.

¹⁵⁰⁷ « If a term in a consumer contract, or a consumer notice, could have different meanings, the meaning that is most favourable to the consumer is to prevail ».

¹⁵⁰⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD et Hélène AUBRY, « Recodification du droit de la consommation - À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP E*, n° 15, 2016, act. 319. V. aussi Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, n° 19, p. 14, *RTD civ.*, 2003, p. 292, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2003, p. 693, V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.*, 2003, p. 559, B. BOULOC ; *D.*, 2003, p. 2600, H. CLARET ; *Rev. UE*, 2015, p. 473, B. VINCEDEAU ; *Gaz. Pal.*, n° 179, 2003, p. 9 ; *JCP E*, n° 11, 2003, 374 ; *JCP G*, n° 11, 2003, 1420.

à la rédaction du contrat »¹⁵⁰⁹. Il s'agit en réalité d'un outil politique en faveur du consommateur ayant pour but de favoriser la confiance de ce dernier dans le marché intérieur de l'Union afin de l'inciter à contracter hors de son État membre¹⁵¹⁰.

324. Une disposition impérative. Le caractère impératif de l'interprétation à l'encontre du professionnel a été posé par la Cour de Justice des Communautés Européennes, devenue la CJUE, à travers une série d'arrêts. La Cour a d'abord énoncé que « *la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient [...] que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* »¹⁵¹¹. Elle a ensuite précisé plus clairement que « *le rôle qui est ainsi attribué par le droit communautaire au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* »¹⁵¹². À la suite de ces décisions, la Cour de cassation a également reconnu le caractère impératif de l'article L. 133-2¹⁵¹³, devenu aujourd'hui l'article L. 211-1¹⁵¹⁴. En Angleterre, le *Consumer Rights Act* de 2015 prévoit dans

¹⁵⁰⁹ Marie LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, n° 8, pp. 2848s.

¹⁵¹⁰ *V. supra* n° 313.

¹⁵¹¹ CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, n° 38, *D.*, 2006, p. 1744, H. AUBRY ; *D.*, 2006, p. 2910, V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2006, p. 3026, T. CLAY ; *D.*, 2007, p. 2562, L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD civ.*, 2007, p. 113, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2007, p. 633, P. THÉRY.

¹⁵¹² CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C-243/08, n° 32 ; *D.*, 2009, p. 2312, G. POISSONNIER ; *RTD civ.*, 2009, p. 684, P. RÉMY-CORLAY ; *RTD civ.*, 2010, p. 169, N. FRICERO ; *RTD civ.*, 2010, p. 790, H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD com.*, 2009, p. 794, D. LEGEAIS ; *Procédures*, n° 12, 2009, comm. 275, C. NOURISSAT ; *JCP G*, n° 42, 2009, act. 336, G. PAISANT ; *JCP G*, n° 51, 2009, 574, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, n° 5, 2010, doct. 135, M. ATTAL ; *JCP E*, n° 42, 2009, 1970, L. RASCHEL ; *Europe*, n° 8-9, 2009, n° 334, note V. MICHEL et M. MEISTER ; *JCP G*, 2009, n° 43, 369, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 25, 2009, act. 27, F. PICOT ; *RDC*, n° 1, 2010, p. 59, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 4, 2009, p. 1467, C. AUBERT DE VINCELLES ; *LEDC*, n° 8, 2009, p. 6, G. GUERLIN ; *RLDA*, n° 40, 2009, n° 2422, C. ANADON ; *RLDC*, n° 63, 2009, n° 3524, V. MAUGERI. La Cour confirme l'obligation du juge en matière de crédit à la consommation : v. CJUE, 21 avril 2016, Ernst Georg Radlinger et Helena Radlingerová c. Finway a. s., aff. C-377/14, *D.* 2016. 1744, note H. AUBRY ; *ibid.*, 2017. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

¹⁵¹³ Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, 2003, n° 19, p. 14, *RTD civ.* 2003, p. 292, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2003, p. 693, V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.*, 2003, p. 559, B. BOULOC ; *D.*, 2003, p. 2600, H. CLARET ; *Rev. UE*, 2015, p. 473, B. VINCENDEAU ; *Gaz. Pal.*, n° 179, 2003, p. 9 ; *JCP E*, n° 11, 2003, 374 ; *JCP G*, n° 11, 2003, 1420 ; Civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104, *Bull. civ. II*, 2006, n° 214, p. 223, *JCP G*, 2006, IV, p. 2742 ; *RTD com.*, 2007, p. 435, B. BOULOC ; *Gaz. Pal.*, n° 310, 2007, p. 29, X. LEDUCQ ; *CCC*, n° 10, 2006, comm. 209, G. RAYMOND ; *JCP G*, n° 36, 2006, IV 2742, M.-C. ROUAULT.

¹⁵¹⁴ *V. pour un rappel récent de l'obligation de relever d'office relativement à un contrat de cautionnement* : Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359 ; *D.*, 2019, p. 57, J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.*, 2019, p. 607, H. AUBRY ; *AJDI*, 2019, p. 454, J. MOREAU ; *RTD com.*, 2019, p. 194, D. LEGEAIS ; *D.*, 2018, p. 583, H. AUBRY ; *CCC*, n° 1, 2019, comm. 15, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RD banc. fin.*, n° 1, 2019, comm. 4, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 7, 2019, 1070, note G. POISSONNIER ; *JCP G*, n° 50, 2018, 1304, note P. MÉTAIS et É. VALETTE ; *AJ contrat*, n° 12, 2018, 542, note G. MÉGRET ; *RD banc. fin.*, n° 2, 2019, comm. 47, D. LEGEAIS.

une section 71 entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015 et portant sur le « *devoir du juge de considérer le caractère non abusif d'une clause* »¹⁵¹⁵: « *La juridiction doit examiner si le terme est non abusif même si aucune des parties à la procédure n'a soulevé cette question ou indiqué qu'elle avait l'intention de le faire* »¹⁵¹⁶. Par conséquent, les juges français et anglais sont contraints d'appliquer la méthode d'interprétation *contra proferentem* dans les contrats de consommation. Ils sont donc, en pratique, privés d'un choix parmi les différentes techniques d'interprétation du contrat, sous peine d'encourir la cassation ou l'annulation de leur décision.

325. Un moyen soulevé d'office. Le risque de cassation est d'autant plus menaçant pour les juges du fond français que la Haute juridiction a déjà relevé d'office l'ambiguïté de la clause contractuelle figurant dans le contrat de consommation. Cela lui permit de substituer à l'interprétation contractuelle effectuée par les juges du fond l'application de l'article L. 133-2¹⁵¹⁷. Par exemple, dans un arrêt de 2008¹⁵¹⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel ayant eu à interpréter une clause contenue dans un contrat d'assurance qui stipulait : « *aucune prise en charge de l'invalidité permanente et totale ne pourra intervenir dès la fin du mois où survient l'un des trois événements suivants : liquidation de toute pension de retraite, départ ou mise en préretraite, cessation d'activité professionnelle* ». La cour d'appel avait retenu que c'était à bon droit que la compagnie d'assurance avait refusé la prise en charge de l'assuré dans la mesure où ce dernier avait perçu une pension de retraite dans la période dans laquelle il sollicitait le jeu de la garantie. La Cour

¹⁵¹⁵ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 71 intitulée : « *Duty of court to consider fairness of term* ».

¹⁵¹⁶ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s. 71(2) : « *The court must consider whether the term is fair even if none of the parties to the proceedings has raised that issue or indicated that it intends to raise it* ».

¹⁵¹⁷ Christophe DESCAUDIN, *Étude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 63, 2019, n° 186, p. 145.

¹⁵¹⁸ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ.* I, 2008, n° 145, *Gaz. Pal.*, n° 13, 2009, p. 20, S. BEN HADJ YAHIA ; *Gaz. Pal.*, n° 220, 2008, p. 14 ; *D.*, 2008, p. 1954, D. R. MARTIN ; *RTD civ.*, 2008, p. 477, B. FAGES ; *D.*, 2009, p. 393, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *D.*, 2009, p. 253, H. GROUDEL ; *D.*, 2008, p. 2447, C. GOLDIE-GENICON ; *RTD civ.*, 2008, p. 478, B. FAGES ; *D. actu.*, 28 mai 2008, p. 1547, X. DELPECH ; *JCP G*, n°s 28-29, 2008, II. 10133, A. SÉRIAUX ; *JCP G*, n° 29-30, 2009, act. 128, D. NOGUÉRO ; *JCP G*, n° 49, 2008, I. 218, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, n°s 31-35, 2008, I. 179, P. GROSSER ; *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. 270, H. GROUDEL ; *RLDA*, n° 29, 8008, n° 1748, M. BRUSCHI ; *RLDC*, n° 58, 2009, n° 3360, J. MESTRE et B. CAVALIÉ ; *RLDC*, n° 51, 2008, n° 3046, V. MAUGERI ; *RDC*, n° 4, 2008, p. 1135, D. MAZEAUD ; *RDC*, n° 4, 2008, p. 1155, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 4, 2008, p. 1214, M. BRUSCHI ; *RGDA*, n° 3, 2008, p. 708, J. BIGOT ; *RDC*, n° 3, 2009, p. 1143, L. GRYNBAUM ; *LEDC*, n° 2, 2008, p. 4, G. PILLET. V. aussi : Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ.* II, 2011, n° 126 ; *D.*, 2012, p. 1980, H. GROUDEL ; *D.*, 2011, p. 1612, T. de RAVEL d'ESCLAPON ; *JCP E*, n° 29, 2011, 1539 ; *JCP S*, n° 27, 2011, 1331, T. TAURAN ; *RGDA*, n° 1, 2012, p. 33, A. PÉLISSIER ; *JCP E*, n° 2, 2012, 1027, R. LENOIR ; *Defrénois*, n°18, 2011, p. 1485, J.-B. SEUBE ; *Cah. soc.*, n° 232, 2011, p. 200, F.-J. PANSIER ; *LPA*, n° 206, 2011, p. 6, G. PAISANT, G. PIGNARRE, H. CLARET et J. LE BOURG ; *Gaz. Pal.*, n° 174, 2011, p. 26, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 7, 2011, p. 3, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *LEDA*, n° 7, 2011, p. 1, P. CASSON ; *RLDA*, n° 62, 2011, p. 61, C. MATHONNIÈRE ; *RLDC*, n° 85, 2011, n° 4335, A. PAULIN ; *Dr. et patr. hebdo*, n° 836, 2011, p. 3, P. P.

de cassation cassa l'arrêt pour violation de l'article L. 133-2 du Code de la consommation. Elle précisa qu'une autre interprétation de la clause, plus favorable à l'assuré, était possible dans la mesure où, en l'espèce, l'invalidité permanente et totale était la cause du placement de l'assuré en retraite anticipée. Dans un tel cas, la liquidation de la pension de retraite ne pouvait être regardée comme exclusive de la garantie de l'invalidité permanente et totale.

326. L'échec des clauses d'interprétation contractuelles, le retour au pouvoir du juge. Les dispositions de l'article L. 211-1 du Code de la consommation étant impératives, les clauses d'interprétation figurant dans les contrats de consommation et visant à limiter l'interprétation judiciaire n'ont aucun effet. Les parties sont donc, dans une telle situation, impuissantes à encadrer le pouvoir d'interprétation du juge et limiter son office. Ces dispositions pouvant, de surcroît, faire l'objet d'un relevé d'office, quand bien même le conseil du consommateur n'aurait pas invoqué l'application de l'article L. 211-1, le juge dispose lui-même de la possibilité de relever la présence d'une clause abusive de façon à retrouver un pouvoir d'interprétation non contraint par les parties.

327. La nécessaire caractérisation d'un doute. La présence d'un contrat de consommation ne dispense pas le juge de caractériser un doute sur le sens de la clause litigieuse avant de mettre en œuvre l'interprétation en faveur du consommateur. Par conséquent, le juge du fond est fondé à refuser l'application de l'interprétation *contra proferentem* si la clause semble claire. Ce fut le cas dans un arrêt de 2010 dans lequel la cour d'appel d'Angers¹⁵¹⁹ confirma le jugement de première instance qui avait considéré que le contrat d'assurance litigieux ne couvrait pas le dommage résultant de la perte du véhicule par escroquerie. Selon lui, les événements couverts par le contrat d'assurance étaient clairement et limitativement énumérés : « *le vol et la disparition et le détournement sous réserve qu'il ait lieu lors d'essais réalisés en présence de l'assuré, et les détériorations subies à la suite d'une tentative de vol du véhicule assuré* ». L'escroquerie n'étant pas mentionnée, son exclusion ne faisait aucun doute de telle sorte que l'interprétation *contra proferentem* ne pouvait être retenue.

328. Le cas particulier des clauses limitatives de responsabilité. L'inégalité entre le consommateur et le professionnel a été accrue en raison de l'utilisation par ce dernier de clauses limitatives ou exonératrices de responsabilité. Ce type de clause illustre bien l'écart de pouvoir

¹⁵¹⁹ CA Angers, 1^{ère} ch., section A, 7 déc. 2010, n° 10/03173.

de négociation qui peut exister en les deux. Ainsi que l'écrit Lord DENNING M.R. dans un arrêt rendu en 1982¹⁵²⁰ :

« *Aucun d'entre vous ici aujourd'hui n'a connu les difficultés que nous avons eues [...] avec les clauses d'exemption. Elles étaient contenues dans des catalogues ou des échéanciers. Elles étaient considérées comme contraignantes pour toute personne qui y adhérerait sans objection. Personne ne s'y est jamais opposé. Personne ne les a jamais lues ou n'a jamais su ce qu'elles contenaient. Même si elles n'étaient pas raisonnables, [le contractant] était lié. Tout cela au nom de la "liberté contractuelle". Mais cette liberté était du côté de la grande entreprise qui utilisait la presse à imprimer. Aucune liberté pour le petit homme qui acceptait le billet ou le bon de commande ou la facture. La grande entreprise disait : "à prendre ou à laisser". Le petit homme n'avait pas d'autre choix que de prendre. La grande entreprise pouvait s'exonérer de toute responsabilité dans son propre intérêt, sans tenir compte du petit homme. Elle s'en est tirée à maintes reprises. Lorsque les tribunaux ont dit au grand groupe : "Vous devez le dire clairement", le grand groupe n'a pas hésité à le faire. Elle savait bien que le petit homme ne lirait jamais les clauses d'exemption ou ne les comprendrait pas* »¹⁵²¹.

329. Le test de *reasonableness*. Le professionnel a, dans un premier temps, pu insérer sans contrainte les clauses limitatives et exonératrices de responsabilité dans les contrats aussi bien en France qu'en Angleterre¹⁵²². Le droit français consacra finalement l'interdiction de ces

¹⁵²⁰ George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 29 sept. 1982, [1982] EWCA Civ 5, [1983] QB 284.

¹⁵²¹ Lord DENNING M. R. in George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 29 sept. 1982, [1982] EWCA Civ 5, [1983] QB 284, p. 297 : « *None of you nowadays will remember the trouble we had [...] with exemption clauses. They were contained in catalogues or timetables. They were held to be binding on any person who took them without objection. No one ever did object. He never read them or knew what was in them. No matter how unreasonable they were, he was bound. All this was done in the name of "freedom of contract". But the freedom was all on the side of the big concern which had the use of the printing press. No freedom for the little man who took the ticket or order form or invoice. The big concern said, "Take it or leave it". The little man had no option but to take it. The big concern could and did exempt itself from liability in its own interest without regard to the little man. It got away with it time after time. When the courts said to the big concern, "You must put it in clear words", the big concern had no hesitation in doing so. It knew well that the little man would never read the exemption clauses or understand them* ».

¹⁵²² Thompson v. London, Midland and Scottish Railway Co., *High Court of Justice (King's Bench Division)*, 14 mai 1929, [1930] 1 K.B. 41 : la clause d'exonération de responsabilité figurait non pas sur le billet de train mais seulement en petits caractères au dos de la grille d'horaires et fut jugée efficace ; L'Estrange v. F Graucob Ltd, *High Court of Justice (King's Bench Division)*, 20 fév. 1934, [1934] 2 K.B. 394 : la cour eut à connaître d'une clause en petits caractères excluant « *toute condition, déclaration ou garantie, expresse ou implicite, légale ou autre* ». Dans ces deux affaires, les juges conclurent à l'efficacité de la clause d'exonération en dépit de leur caractère illisible.

clauses dans les contrats de consommation¹⁵²³, de la même façon que le *Consumer Rights Act 2015* au Royaume-Uni¹⁵²⁴. En outre, l'*Unfair Contract Terms Act* rend les *exemption clauses* inefficaces lorsqu'elles limitent la responsabilité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'une négligence¹⁵²⁵. Enfin, la législation soumet les autres *exemption clauses* à un vérification de son caractère raisonnable¹⁵²⁶. Les clauses ainsi identifiées seront réputées non écrites¹⁵²⁷.

330. Une méthode objective. La méthode qui consiste à interpréter systématiquement le contrat de consommation ambigu en faveur du consommateur est une méthode de nature objective fondée sur la qualité d'une des parties. Elle constitue à ce titre un abandon de la recherche de la volonté contractuelle, qu'elle soit assimilée à la volonté réelle, en droit français, ou à la volonté déclarée, en droit anglais. En effet, une telle méthode s'éloigne de façon évidente, dans des objectifs de politique législative et économique, de la recherche de volonté réelle, subjectivement conçue selon la tradition juridique française. Elle s'éloigne tout autant de la méthode dite objective d'interprétation, c'est-à-dire l'attribution aux cocontractants d'une volonté contractuelle normale, puisque la lecture littérale mise en œuvre par le juge incarnant la personne raisonnable n'est pas convoquée. Or « *le caractère objectif [de la méthode d'interprétation] se justifie par l'objet sur lequel elle porte : un contrat de consommation. Celui-ci est un contrat d'adhésion, dépourvu de commune volonté, pour lequel l'interprétation subjective serait inadaptée* »¹⁵²⁸. Autrement dit, les juges français et anglais mettent chacun en œuvre des correctifs adaptés aux conventions qu'ils doivent interpréter, les méthodes d'interprétation traditionnelles ne pouvant satisfaire dans toutes les hypothèses.

¹⁵²³ Art. R. 212-1, 6° du C. conso.

¹⁵²⁴ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s.65, la s. 66 excluant du champ d'application les contrats d'assurance et ceux relatifs au transfert de terres.

¹⁵²⁵ *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 c. 50, s.2(1).

¹⁵²⁶ *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 c. 50, s.2(2) et s.11. V. *supra* n^{os} 264s sur la personne raisonnable.

¹⁵²⁷ V. *infra* n^{os} 636s.

¹⁵²⁸ Françoise LABARTHE, « Droit des obligations », *JCP G*, n° 49, 2008, doct. 218, n° 17.

Conclusion du Chapitre 1

331. La réduction commune du pouvoir du juge par la recherche de la volonté des parties. Les systèmes juridiques français et anglais partagent la même inquiétude de l'interventionnisme judiciaire et, plus précisément en matière contractuelle, de la réécriture du contrat par le juge, notamment par le biais de son interprétation. Le juge doit respecter le contrat formé par les parties en évitant, dans le plus de cas possibles, l'altération du *negotium* par le biais d'une modification apportée à l'*instrumentum*. Les juges français, à travers la prohibition de la dénaturation de l'acte clair, et les juges anglais, à travers le principe de lecture littérale de l'*instrumentum*, prohibent tout ce qui s'apparenterait à un détournement du contrat. Ils s'en remettent, à ce qui serait le sens évident des termes de l'*instrumentum*. Les juges français et les juges anglais continuent, dans certains cas, lorsqu'ils estiment qu'une seule interprétation du texte ne peut que s'imposer, de faire confiance à leur intuition d'un sens unique évident. Or cet « acte clair » connu du droit français et, ce « sens clair et évident » connu du droit anglais sont difficiles à circonscrire précisément, ainsi qu'en témoignent les décisions des juges en la matière et les travaux doctrinaux sur le sujet. Pour un mécanisme destiné à limiter l'interventionnisme judiciaire dans le contenu contractuel, un tel appel au sentiment du juge revient pourtant à placer en lui une grande confiance. L'engouement pour la clause d'intégralité, qui interdit au juge de chercher le sens de l'écrit contractuel dans des éléments extrinsèques, laisse penser qu'il est finalement plus sécurisant pour les parties de circonscrire l'interprétation judiciaire au seul *instrumentum*.

332. Contrôler l'interprétation judiciaire par des clauses d'interprétation. Outre les hypothèses où l'interprétation judiciaire est évitée dans le but de limiter les occasions offertes au juge d'altérer le contrat, une variété de clauses permet aussi aux parties de contrôler l'interprétation judiciaire. Elles peuvent figurer dans le contrat *ab initio* ou intervenir *a posteriori* au sein d'un avenant interprétatif. Plus précisément, certaines de ces clauses ont le même effet que la lecture littérale, à savoir exclure l'interprétation judiciaire, cet effet étant partiel puisqu'il porte sur certaines du contrat (clause de définition) ou vise à désigner l'acte qui fera foi entre les parties (clause de traduction). D'autres clauses ont pour effet de cantonner l'interprétation judiciaire lorsqu'elle est mise en œuvre en excluant la conduite des parties comme le signe d'une renonciation à un droit (clause de non-renonciation) ou en interdisant plus généralement au juge de se livrer à une interprétation contextuelle (clause d'intégralité).

333. Une entrave partielle. Les clauses d'interprétation et les avenants interprétatifs sont le reflet de l'inquiétude que suscite l'interprétation judiciaire chez les parties contractantes. Ils sont une façon pour les parties de contrôler le processus d'interprétation, de garder la main lors de leur rencontre avec le juge au cours du procès. Cependant, l'entrave au processus d'interprétation est loin d'être absolument efficace. La clause d'intégralité, notamment, peut être mise en échec par divers mécanismes permettant au juge de retrouver un pouvoir entier d'interprétation du contrat. Un meilleur facteur de limitation du pouvoir d'interprétation judiciaire du contrat peut être trouvé dans la lecture littérale de l'*instrumentum*.

334. La présence inégale du littéralisme parmi les outils d'interprétation. Les juges français, pourtant influencés par une conception subjective du contrat, n'ont d'autre choix que de mettre en œuvre une certaine forme de lecture littérale de l'*instrumentum*. Il serait alors tentant de conclure au rapprochement de l'office des juges français et de l'office des juges anglais. Cependant, une telle conclusion doit être fortement nuancée. La dénaturation occupe une place très restreinte dans le contentieux contractuel français. Il est en pratique très rare que les décisions des juges du fond soient cassées pour dénaturation, preuve que le pouvoir souverain du juge du fond en France est particulièrement étendu. À l'inverse, en droit anglais, la lecture littérale, fondé sur un strict respect de la syntaxe, était initialement conçue comme le principe régissant l'interprétation judiciaire des contrats. Son application par les juges était systématique. Les hypothèses d'interprétation du contrat par le juge anglais étaient donc, par ce biais, réduites au strict minimum. En conclusion, alors que la lecture littérale rigide constitue, ou constituait¹⁵²⁹, un principe fondamental de la méthode anglaise d'interprétation des conventions, elle est loin d'occuper cette place parmi les outils d'interprétation mis en œuvre par le juge français. Elle constitue sans conteste un rempart contre les décisions les plus extravagantes, mais ainsi qu'en témoignent les nombreux rejets du grief de dénaturation opérés par la Cour de cassation, la place est indéniablement laissée au pouvoir souverain des juges du fond, qui prend avant tout la forme d'une recherche de volonté réelle des parties. La méthode d'interprétation retenue par les juges français demeure profondément subjective.

335. L'inégal recours à la personne raisonnable. Cette analyse est renforcée par la place subsidiaire de la lecture de l'*instrumentum* à travers le prisme d'une personne raisonnable en droit des contrats français. Alors que la personne raisonnable constitue l'un des piliers de la

¹⁵²⁹ V. *infra* n^{os} 352s.

méthode d'interprétation objective des juges anglais avec la *parol evidence rule*¹⁵³⁰, la recherche de volonté réelle des parties occupe une place prépondérante dans les décisions des juges français¹⁵³¹. Tandis que la personne raisonnable rassure les juges anglais qui disent réduire ainsi le risque de réécriture judiciaire du contrat, ce mécanisme inquiète le juge français, et une partie de la doctrine française, en tant que facteur d'un élargissement indésirable du pouvoir du juge. Si l'intégration du recours à la personne raisonnable en droit français des contrats a eu le mérite d'agrandir l'arsenal de moyens à la disposition du juge français, la conception du contrat sous-jacente, fondée sur une rencontre de volontés, empêche un plus grand développement de ce mécanisme.

336. Le dépassement de la simple interprétation. Le droit français et le droit anglais ont adopté des outils dits « d'interprétation du contrat » qui se démarquent par leur grande objectivité. Il s'agit du recours à l'usage et aux « interprétations » *contra proferentem* et *in favorem*. L'usage est un outil objectif de présomption d'une volonté contractuelle selon une norme extérieure aux parties. Il se révèle aussi un outil d'ajout de contenu contractuel. De surcroît, il peut s'avérer un instrument redoutable, notamment en droit anglais : il faut que les termes du contrat aillent à l'encontre de la règle coutumière pour que les juges estiment que la coutume rend le contrat incohérent et doit être écartée. Cet attachement à l'usage notamment commercial s'explique par le fait que la *lex mercatoria* fait partie intégrante de la *common law*¹⁵³². La conséquence est l'intégration des coutumes commerciales aux contrats commerciaux alors même que les parties ne s'y sont pas référé. Il y a en principe une différence entre l'usage « *comme norme complétive permettant de mettre au jour des obligations implicites* » et l'usage permettant « *de préciser la portée des obligations convenues* »¹⁵³³ en matière de contrôle des parties sur le contenu contractuel. La distinction est toutefois mal aisée entre les situations où l'usage et la coutume, outils d'interprétation du contrat, éclairent le silence du contrat, et les situations où l'usage et la coutume, outils de forçage, ajoutent au contrat.

De façon similaire, les « interprétations » *contra proferentem* et *in favorem* ne sont pas à proprement parler de l'interprétation si l'on considère que l'interprétation correspond à la

¹⁵³⁰ V. *ra* n^{os} 213s.

¹⁵³¹ V. *infra* n^{os} 342s.

¹⁵³² V. *supra* n^o 5.

¹⁵³³ Pierre ALFREDO, « Droit des affaires - Usages - Chronique par l'Institut des Usages », *JCP E*, n^o 43-44, 2019, chron. p. 1482.

recherche d'une véritable volonté contractuelle, quelle que soit la conception de cette dernière. En effet, le recours aux « interprétations » *contra proferentem* et *in favorem* correspond à un abandon pur et simple de la recherche de la volonté contractuelle, qu'elle soit conçue objectivement, comme c'est traditionnellement le cas en Angleterre, ou subjectivement, comme c'est traditionnellement le cas en France. Le terme « interprétation » est donc employé abusivement notamment par la législation française, pour désigner ce qui constitue en réalité un rééquilibrage du contrat « sous couvert d'interprétation ». Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'interprétation du contrat¹⁵³⁴.

Le critère mis en œuvre dans ces méthodes d'interprétation est cependant strictement objectif puisqu'il réside dans la qualité des parties, qu'il s'agisse du contractant qui a rédigé le contrat ou de celui qui est vulnérable. Le degré d'objectivité mis en œuvre dans les interprétations *in favorem* et *contra proferentem* est nettement supérieur à la méthode d'interprétation qui consiste à examiner le contrat à travers le prisme d'une personne raisonnable. Elles sont le reflet de la volonté d'adapter les méthodes d'interprétation aux conventions qui font l'objet du litige, la recherche de volontés n'étant pas toujours pertinente dans la mesure où certains contrats ne sont pas nés d'un accord de volontés égales. Ces méthodes, abandonnant la recherche de volonté, constituent donc la recherche d'un équilibre à travers la protection d'une partie qui n'était pas en position de faire valoir ses intérêts. Cette volonté de protection d'une partie contractante en position de faiblesse rapproche ici indéniablement l'office des juges français et des juges anglais. Se dessine une autre conception du contrat, éloignée de la conception traditionnelle dans laquelle chaque individu est libre et est en mesure de défendre ses intérêts, justifiant l'absence d'intervention judiciaire. Lorsque se dégage une forme de déséquilibre contractuel, l'intervention judiciaire devient acceptable, voire nécessaire.

337. L'effacement des frontières. La protection européenne des parties contractantes faibles est le facteur d'un net rapprochement entre l'office des juges français et l'office des juges anglais. Il n'est aujourd'hui plus possible de penser qu'il existe une frontière étanche entre une méthode subjective française d'interprétation des contrats et une méthode objective anglaise. De la même façon que le juge français use d'outils empruntés au juge anglais, l'étude de la jurisprudence anglaise en matière d'interprétation des contrats révèle une ouverture des juges anglais vers une conception plus subjective du contrat et, par conséquent, une

¹⁵³⁴ V. *supra* n° 177 sur la définition retenue.

interprétation plus subjective de l'*instrumentum*. En effet, nombreux sont les juges anglais qui ont souhaité que la méthode objective s'assouplisse au risque d'ignorer entièrement la volonté réelle des parties contractantes. Lord Donald NICHOLLS écrit que le fait que les négociations précontractuelles « *puissent offrir la preuve directe de l'intention réelle des parties [...] n'est pas une raison pour exclure leur utilisation. Cela serait pervers* »¹⁵³⁵. Dans un arrêt rendu en 2008, Justice THOMAS ajoute : « *L'idée qu'une intention puisse être imposée aux parties en contradiction avec leur intention réelle est contraire à toute notion d'équité, de bon sens et aux attentes raisonnables des honnêtes hommes et femmes. Elle devrait être contraire à la common law* »¹⁵³⁶. Cette transformation de la méthode d'interprétation du contrat retenue par les juges anglais a été entreprise par les juridictions anglaises. La recherche de la volonté réelle des contractants est une méthode reine d'interprétation du contrat en droit français des contrats qui s'est faite source d'inspiration du droit anglais des contrats.

¹⁵³⁵ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 583 : « *[pre-contract negotiations] may afford direct evidence of the parties' actual intentions [...] is not a reason for banning their use. That would be perverse* ».

¹⁵³⁶ THOMAS J. in *Gibbons Holdings Ltd v Wholesale Distributors Ltd*, *Supreme Court of New Zealand*, [2008] 1 NZLR 277, n° 122 : « *The notion that an intention can be imposed on the parties contrary to their actual intention is repugnant to any concept of fairness, common sense and the reasonable expectations of honest men and women. It should be repugnant to the common law* ». Il s'agit d'un arrêt rendu en Nouvelle-Zélande, pays de *common law* fortement inspiré du système anglais.

Chapitre 2 – La méthode d’interprétation subjective : la recherche de la volonté réelle, une méthode reine du droit français source d’inspiration du droit anglais

338. Le recul de la *parol evidence rule*. L’intégration d’éléments issus de la méthode subjective française dans la méthode anglaise d’interprétation du contrat s’est faite à travers le recul progressif de la *parol evidence rule*, pilier de l’interprétation objective du contrat retenue en principe par les juges anglais. Ce recul a deux facteurs principaux. Le premier facteur réside dans la redéfinition de la méthode d’interprétation objective. Le strict refus de l’examen d’éléments autres que l’*instrumentum* a cédé devant le développement de la *contextual approach*. Celle correspond à une méthode d’interprétation non purement objective qui laisse une place à la recherche de la volonté contractuelle réelle (**Section 1**). Le second facteur du recul de la *parol evidence rule* réside dans les tempéraments qu’elle connaît en raison de mécanismes qui se situent en périphérie de la question de l’interprétation du contrat, et qui permettent l’admission d’éléments extérieurs à lui pour en déterminer le sens. Ces assouplissements importants de la *parol evidence rule* sont le signe d’un désaveu de la conception purement objective du contrat traditionnellement adoptée par le droit anglais (**Section 2**).

Section 1 : La recherche de la volonté contractuelle réelle aux fins d’interprétation du contrat

339. L’acceptation commune de l’examen du contexte de conclusion du contrat. Le rapprochement entre les méthodes d’interprétation française et anglaise a eu lieu à travers l’apparition et l’utilisation croissante par les juges de la *contextual approach* qui marquent l’abandon progressif du littéralisme comme principe d’interprétation du contrat en droit positif anglais. En effet, dorénavant, non seulement l’examen des termes de l’*instrumentum* doit se faire à la lumière du contexte qui entoure la conclusion du contrat, mais en plus ce contexte est conçu assez largement par la jurisprudence, ce qui tend à rapprocher, en théorie, l’office du juge anglais de l’office du juge français qui a recours à une interprétation par principe subjective (§ 1).

340. Une conception plus large du contexte de conclusion du contrat chez le juge français. Cette ouverture théorique de la méthode anglaise d’interprétation du contrat vers la prise en compte du contexte de sa conclusion l’a considérablement rapprochée de la méthode

française. Elle a permis l'examen par les juges anglais d'éléments extérieurs au seul *instrumentum* lors des litiges, produisant ainsi une convergence pratique entre les deux systèmes. Cependant, l'étude des jurisprudences françaises et anglaises en la matière révèle qu'il subsiste, en pratique, des différences non négligeables dans les éléments pris en compte par les juges. En effet, alors que les juges français utilisent un panel très étendu de données, les juges anglais demeurent, sur le principe, fermés à l'examen de certaines circonstances entourant la conclusion du contrat (§ 2).

§ 1 - L'abandon progressif du littéralisme comme principe d'interprétation : un rapprochement théorique marqué

341. Le contexte de conclusion du contrat. Le droit français des contrats est principalement fondé sur le principe d'autonomie de la volonté¹⁵³⁷. Il en découle que lorsque le juge a à connaître d'un litige portant sur l'interprétation du contrat, il doit rechercher la volonté réelle des parties contractantes selon une méthode subjective lui permettant de se fonder sur des éléments extrinsèques autres que le seul *instrumentum*, des éléments qui participent du contexte de formation du contrat (A). Or, si cet attachement à la volonté réelle est, traditionnellement, très éloigné des considérations du juge anglais, celui-ci est loin de se désintéresser du contexte. Ainsi, s'il n'est pas possible de retenir que la méthode d'interprétation anglaise est devenue une méthode subjective, les juges anglais ont néanmoins rapidement assoupli la méthode de lecture littérale stricte à travers le prisme d'une personne raisonnable en s'imposant de considérer, non seulement l'*instrumentum*, c'est-à-dire la lettre du contrat, mais également le contexte de sa conclusion, donnant ainsi naissance à une « *contextual approach* » (B).

A) Le principe de l'interprétation subjective française

342. La recherche de la volonté réelle. Conformément à la conception subjective du contrat, chose des parties, le juge français doit, en vertu de l'article 1188 alinéa 1^{er} du Code civil, déterminer la « *commune intention des parties plutôt qu[e] s'arrêt[er] au sens littéral de ses termes* ». À l'inverse du principe appliqué en droit anglais, « [...] *ce qui a été dit importe peu ; compte seul ce qui a été voulu. Le juge est avant tout chargé de découvrir une psychologie [...]* »¹⁵³⁸. Ainsi que l'écrivait le Doyen CARBONNIER, en France, « *l'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté* »¹⁵³⁹.

Au sujet de la méthode subjective d'interprétation, un auteur précise : « [...] *tout dépend des circonstances que les juges du fond rechercheront espèce par espèce : ils pourront s'aider dans cette recherche de tous les éléments extérieurs au contrat lui-même, comme le contenu des pourparlers ou des documents publicitaires, la situation matérielle au moment du contrat, voire des actes étrangers aux parties s'ils peuvent éclairer leur contrat et à plus forte raison d'autres*

¹⁵³⁷ V. *supra* n° 4.

¹⁵³⁸ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 618, p. 868.

¹⁵³⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 2017, n° 1058, p. 2169.

contrats faisant partie du même ensemble »¹⁵⁴⁰, cette dernière possibilité étant explicitement prévue par l'article 1189 alinéa 2 du Code civil¹⁵⁴¹.

Par conséquent, la méthode d'interprétation subjective française repose sur deux piliers indissociables : le juge, afin déterminer la commune intention des parties, apporte une attention particulière aux termes employés dans l'*instrumentum* (1). Cependant, l'*instrumentum* est loin de constituer le seul élément significatif dans la recherche de la volonté contractuelle. Les juges français consacrent en effet une égale attention à un faisceau d'éléments extérieurs à l'*instrumentum* (2).

1) L'attention portée aux termes de l'*instrumentum*

343. Analyse de la volonté déclarée. Le principe de recherche de la commune intention des parties, posé par l'article 1188, alinéa 1^{er} du Code civil¹⁵⁴², découle de l'idée que le contrat est avant tout la chose des parties. Le juge ne peut rechercher la commune intention des parties que dans le contenu de l'*instrumentum*¹⁵⁴³, car seule l'extériorisation de leur volonté lui est accessible. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 1808¹⁵⁴⁴, approuva une interprétation du contrat réalisée par la cour d'appel de Douai sur le fondement des clauses du contrat et des lettres échangées pour son application. En l'espèce, il fut retenu que le particulier poursuivi en tant qu'associé de la société débitrice était en réalité un simple commanditaire et ne pouvait par conséquent être poursuivi comme débiteur solidairement tenu des dettes de la société.

344. L'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation, classant la question de l'interprétation du contrat comme relevant du fait, consacre le pouvoir souverain des juges du fond en la matière¹⁵⁴⁵, se réservant cependant la possibilité d'intervenir en cas de dénaturation du contrat¹⁵⁴⁶. Cette consécration fait sens dans la mesure où la volonté ne peut

¹⁵⁴⁰ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 289, p. 246.

¹⁵⁴¹ Art. 1189, al. 2 du C. civil : « Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ».

¹⁵⁴² Art. 1188, al. 1^{er} du C. civil : « Un contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes » reprenant l'ancien art. 1156 du C. civil : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹⁵⁴³ Philippe SIMLER, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », in *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 4 mai 2017, n° 42.

¹⁵⁴⁴ Cass. Sect. réunies., 2 fév. 1808, Lubert c. Wancareghem, *S. chron.* p. 183, concl. MERLIN ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, n° 160, pp. 144s.

¹⁵⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 20 janv. 1970, n° 68-11420, *Bull. civ.* I, 1970, n° 24, p. 20 : « [...] que, par cette interprétation, qui était dans ses attributions [...] ».

¹⁵⁴⁶ Civ., 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Colombe c. Pringault, *DP*, 1872.I.176. ; *S.* 72. 1. 232 ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2.*

être décelée qu'à l'examen de l'*instrumentum* et autres documents échangés entre les parties et présentés au juge. Or la Cour de cassation ne peut, en principe, pas procéder elle-même à leur appréciation¹⁵⁴⁷ car elle n'est pas juge du fait¹⁵⁴⁸. En outre, il est possible d'opérer un parallèle avec l'interprétation de la loi qui est contrôlée par la Cour de cassation et n'est pas livrée au pouvoir souverain des juges du fond. En effet, « *la norme contractuelle n'étant que la loi des parties, elle est dénuée de toute portée générale et qu'ainsi il n'entre pas dans les attributions d'une cour suprême de procéder à une unification d'interprétation* »¹⁵⁴⁹.

345. L'harmonisation des décisions par la Cour de cassation, juge du fait. Néanmoins, la possibilité pour la Cour de cassation de statuer sur l'interprétation de certaines expressions ou termes serait pertinente eu égard à son rôle d'harmonisation de la jurisprudence sur le territoire français. En effet, en matière d'interprétation des contrats, une telle harmonisation n'est possible que si les chambres qui composent la Haute juridiction donnent systématiquement le même sens à telle expression ou tel terme employé dans des contrats différents comportant des clauses rédigées de façon identique. À défaut, et c'est le cas aujourd'hui, des interprétations différentes de clauses identiques perdureraient ce qui est facteur d'insécurité juridique¹⁵⁵⁰. Par conséquent, « *l'infléchissement de [la] tradition de strict contrôle du droit* »¹⁵⁵¹ par la Cour de cassation ne peut être qu'encouragé afin de permettre le développement d'une jurisprudence cohérente et ainsi la garantie aux contractants une visibilité sur le sens des stipulations contractuelles auxquelles ils souscrivent.

346. L'harmonisation partielle du sens de certaines clauses dans les contrats d'adhésion. L'harmonisation en matière d'interprétation des clauses contractuelles est cependant amorcée avec le détournement de la dénaturation par la Cour de cassation pour

Obligations, contrats spéciaux, sûretés, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 161, pp. 147s ; v. *supra* n° 187

¹⁵⁴⁷ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, « Pourvoi en cassation » in *Rép. proc. civ.*, Serge GUINCHARD (dir.), déc. 2015 (act. juill. 2020), Dalloz, n° 276.

¹⁵⁴⁸ Quoique cette qualification puisse être remise en question dans le cadre du contentieux de la dénaturation, v. *supra* n° 200.

¹⁵⁴⁹ Daniel TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, n° 1, 2015, p. 149.

¹⁵⁵⁰ Daniel TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, n° 1, 2015, p. 149 : l'auteur donne l'exemple de l'expression « tête de boeuf électronique » qui a donné lieu à une variété d'interprétations différentes. V. aussi Raymond LINDON, « À chaque tribunal sa vérité », *JCP* 1967, I, 2081.

¹⁵⁵¹ Bertrand LOUVEL, « Discours de M. le premier président Louvel », *Audience solennelle d'installation de M. Bertrand Louvel en qualité de premier président de la Cour de cassation*, 16 juillet 2014. [En ligne] https://www.courdecassation.fr/IMG///Discours_PP_140716v2.pdf (page consultée le 15/03/2020)

imposer une interprétation des clauses dans les contrats d'adhésion¹⁵⁵². Cette pratique est particulièrement flagrante pour les contrats d'assurance¹⁵⁵³. Une recherche menée sur la période du 1^{er} janvier 2015 au 15 septembre 2020 avec les mots-clés « contrat », « assurance » et « dénaturé » dans les motifs des décisions de la Cour de cassation a permis de trouver quelques arrêts révélant cette tendance de la Haute juridiction à détourner la sanction de la dénaturation. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2018¹⁵⁵⁴, la Cour de cassation eut à connaître d'un contrat « garantie des accidents de la vie » excluant les « frais médicaux et hospitaliers ». La cour d'appel de Paris a estimé que le contrat excluait ainsi « *les frais relatifs au matériel dont la victime a besoin du fait de son handicap, en l'espèce prothèse et fauteuil roulant* ». La Haute juridiction cassa l'arrêt pour dénaturation. Elle précisa que les « *frais médicaux et hospitaliers [...] ne se confondent pas avec les frais de santé et n'incluent pas les frais d'appareillage et de fauteuil roulant* ». La Cour de cassation retint une définition stricte des frais médicaux en l'espèce exclus par la garantie et les distingue des « frais de santé », notion plus large qui comprend les appareillages spécifiques. Cette lecture est fondée sur la nomenclature des postes de préjudice¹⁵⁵⁵. Cette définition, si elle était suivie par la juridiction de renvoi, aurait pour conséquence de permettre l'indemnisation de la victime en l'espèce.

347. La mise en œuvre de l'interprétation subjective. L'interprétation du contrat étant abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond, il convient de préciser comment ces derniers mettent en œuvre la méthode subjective, autrement dit comment ils procèdent pour découvrir la volonté interne des parties.

348. La dénomination d'un écrit choisie par les parties. Quoique le juge ne soit pas tenu par la qualification du contrat effectuée par les parties, rien ne fait obstacle à ce qu'il prenne en compte, pour déterminer la nature d'un contrat ou opérer une distinction entre un accord contractuel et un simple élément des négociations, les intitulés utilisés par les parties au début de leurs documents. Dans un arrêt de 2017¹⁵⁵⁶, la cour d'appel de Nîmes était confrontée à une lettre qu'un jugement du Tribunal de commerce d'Avignon avait qualifiée de contrat-cadre. La

¹⁵⁵² Thierry REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, n° 1, 2015, n° 8.

¹⁵⁵³ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 62.151, p. 276.

¹⁵⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2018, n° 17-27254, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 3, 2019, p. 59, note Frédéric BIBAL.

¹⁵⁵⁵ Jean-Pierre DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juill. 2005, pp. 25 et 33. [En ligne] https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_groupe_de_travail_nomenclature_des_prejudices_corporels_de_Jean-Pierre_Dintilhac.pdf (page consultée le 15/09/2020)

¹⁵⁵⁶ CA Nîmes, 19 janv. 2017, n° 15/04891, *RJDA* 138.

cour d'appel commence par reproduire le contenu exact de lettre dans son arrêt : « *LETTRE D'INTENTION*

Monsieur L. Pierre-Jean (...) confirme par la présente à : Monsieur C. (...) son intérêt pour se porter acquéreur de 50 % du capital social de la SAS IECS comme suit [...] sous les réserves suivantes :

'obtention des financements bancaires nécessaires à la réalisation de l'opération,
'obtention de toutes les autorisations nécessaires pour l'acquisition desdites actions,
'absence d'inscription de privilège de nantissement sur les parts cédées.[...]

Clause de sincérité :Monsieur C. Paul s'engage à informer par écrit et sans délai Monsieur L. Pierre-Jean de tous pourparlers avec un tiers pouvant conduire à la réalisation de tout ou partie de l'opération ci-avant décrite[...] ».

En l'espèce, la cour d'appel a estimé que les termes de cet acte sous seing privé étaient « *clairs sur la commune intention des parties, à savoir la volonté des signataires d'encadrer contractuellement les négociations au moyen d'une lettre d'intention* », explicitement nommée ainsi. La lettre ne saurait constituer un contrat-cadre mais vise seulement à « *encadrer contractuellement les négociations* ». Les parties se situaient donc en l'espèce au stade des pourparlers, avant la conclusion de tout contrat revêtant force obligatoire. Selon la cour d'appel, cela ressortait d'une part de l'intitulé « *lettre d'intention mais aussi de la formule claire et dépourvue d'ambiguïté utilisée par Monsieur L. qui fait part de son INTERET à se porter acquéreur de 50 % du capital social de la SAS IECS* ». La cour note également que tous les points relatifs aux conditions de la transaction et de la coopération entre les parties pour diriger l'entreprise étaient « *évoqués sous la rubrique de la manifestation d'intérêts avec réserves de monsieur L* » donc insusceptibles de fonder un accord. La cour d'appel dégage donc la volonté, en l'espèce des rédacteurs de la lettre, des termes employés, en utilisant une méthode qui rappelle l'attachement des juges anglais à la teneur littérale de l'*instrumentum*.

L'attention portée par les juges français aux termes de l'*instrumentum* va de pair avec la prise en compte d'un faisceau d'éléments extrinsèques concordants.

2) L'attention portée à un faisceau d'éléments concordants extrinsèques

349. Le critère du « bon sens ». Il faut noter que les juges du fond attribuent également aux parties un certain bon sens qui leur permet de déduire l'intention réelle. Dans un arrêt de la

cour d'appel de Paris rendu en 2015¹⁵⁵⁷, était en cause un pacte d'associés signé en 2008 au sein d'une société par actions simplifiée prévoyant la mise en place d'un comité de pilotage composé de représentants des associés, appelé notamment à se prononcer sur les décisions importantes. L'article 1.1 du pacte précise que sont des décisions importantes « *les décisions suivantes au sein de la société et/ou d'une filiale* » et liste ensuite quinze décisions importantes nécessitant l'accord du comité, parmi lesquelles la conclusion d'accords de partenariat avec une entreprise du même secteur d'activité. Cependant, ce paragraphe énonce ensuite : « *étant précisé en tant que de besoin que ne sont visés ici ni l'accord relatif à la cession de l'activité par la société Business Objects [...] ni l'accord relatif à la distribution par l'actionnaire minoritaire des logiciels édités par la société* ». Plusieurs années après la conclusion du pacte, les fondateurs de la société résilièrent un contrat de distribution conclu avec un partenaire commercial sans obtenir l'accord du comité de pilotage. Le cocontractant tenta d'obtenir la mise en œuvre de la sanction conventionnellement prévue, à savoir la cession des parts sociales des fondateurs de la société aux autres associés. Il se fonda notamment sur le raisonnement suivant : la résiliation des conventions passées avec un associé exerçant son activité dans le même domaine que la société par actions simplifiée nécessitait l'accord du comité de pilotage.

Cependant, la cour d'appel refusa de considérer la résiliation du contrat de distribution comme faisant partie des décisions importantes visées par les parties. Elle retint dans un premier temps l'exclusion explicite de la conclusion de contrats de distribution de la liste des décisions importantes. Elle ajouta que « [...] *la résiliation des conventions passées avec les associés et/ou les entreprises œuvrant dans le même secteur d'activité ne figure pas dans la liste des décisions importantes, liste dont le caractère exhaustif est manifeste* ». La question se posa de savoir ce qui rendait le caractère exhaustif manifeste aux yeux de la cour. Il fut visiblement déduit de la mention d'un nombre important, quinze, de décisions listées comme importantes. La cour semble avoir considéré que, selon tout bon sens, si les parties avaient envisagé la résiliation du contrat de distribution comme une décision importante, elles l'auraient ajoutée à leur liste d'exceptions. Il leur suffisait de la mentionner comme la seizième décision importante. Par conséquent, elle ne pouvait qu'en déduire que l'intention des parties était, dans son entièreté, comprise dans l'*instrumentum* et qu'il n'y avait pas lieu d'y ajouter. Leur intention était d'exclure de la liste des décisions importantes la résiliation du contrat de distribution. En l'espèce, cela était corroboré par l'exclusion expresse mentionnée plus haut, preuve que le

¹⁵⁵⁷ CA Paris 16 juin 2015, n° 14/02590, ch. 5-8, H c/ SA Cegid.

processus d'interprétation du contrat nécessite en réalité la prise en compte d'éléments multiples et de nature variée, les méthodes d'interprétation étant difficilement dissociables les unes des autres. Cependant, la question se pose du critère de l'exhaustivité de la liste établie contractuellement, et donc de l'issue du litige si, en l'absence d'exclusion expresse, la liste avait été composée de quatre ou cinq décisions considérées comme importantes. Une liste composée de quatre éléments est-elle exhaustive de telle sorte que toute argumentation en faveur de l'inclusion d'un cinquième élément non explicitement mentionné serait vouée à l'échec ?¹⁵⁵⁸

La cour d'appel de Lyon a eu à se prononcer en 2009¹⁵⁵⁹ sur les faits suivants : la société Elcotin avait proposé la location et la maintenance d'un dispositif de publicité nommé visio présentoir, à un fabricant de médicaments, la société Mylan. Les pourparlers se sont engagés de juillet à novembre 2007. Après quelques échanges, l'acquéreur potentiel ne répondant pas à la dernière offre du vendeur, ce dernier lui adressait, à la suite d'un entretien téléphonique, un courriel se terminant de la manière suivante : « *Compte tenu des conséquences importantes qu'entraîne votre décision de rompre brutalement nos relations, je demande à mes conseils d'analyser la situation* ». Ces conséquences concernaient notamment les contrats conclus avec des fournisseurs. Par lettre recommandée du 13 décembre 2007, le fabricant de médicaments répondait que le changement dans la nature du contrat, de location à vente, et le désaccord sur le prix ne permettait pas de conclure un accord. Le 24 décembre 2007, la société Elcotin indiquait accepter un certain prix unitaire de vente. Par lettre recommandée avec accusé de réception, la société Mylan répondait que, compte tenu de la dégradation des échanges entre les deux sociétés, elle ne pouvait accepter une réouverture unilatérale de pourparlers par la société Elcotin. Elle demandait en outre le remboursement de l'acompte de 75 000 euros versé, en contestant avoir à aucun moment confirmé un engagement quelconque d'achat. Le 12 mars 2008, la société distribuant le dispositif de publicité assigna le fabricant de médicaments devant le tribunal de commerce de Lyon afin d'obtenir sa condamnation à lui payer diverses sommes soit à titre de dommages intérêts, soit au titre des sommes dues à ses fournisseurs.

La cour d'appel retint l'absence de conclusion d'un contrat de vente à crédit entre les

¹⁵⁵⁸ Un autre arrêt énonce, pour retenir le jeu de la garantie d'annulation souscrite par un assureur, que parmi les causes d'exclusion de cette garantie précisées dans une liste de onze cas d'exclusions intitulée : « *qu'est ce qui n'est pas couvert (sauf dérogation aux conditions particulières)* », ne figurent pas les dommages résultant d'annulations dues à des émeutes ou mouvement populaires. De la même façon que la cour d'appel de Nîmes, la cour d'appel de Saint-Denis en « *déduit, sans risque d'erreur, que par la volonté des parties l'insurrection, mouvement populaire n'exclut pas la garantie de l'assureur en cas d'annulation* ». Autrement dit, la cour retient le caractère exhaustif de la liste de onze causes d'exclusion, v. CA Saint-Denis (Réunion), 27 juil. 2015, n° 14/00196.

¹⁵⁵⁹ CA Lyon, 3 déc. 2009, n° 08/07491.

parties, principalement en raison de l'absence d'accord sur le prix unitaire de vente du dispositif. En effet, elle relève qu'il ne résulte pas des pièces produites, à savoir le contenu des appels, mails et courriers échangés entre les parties, « *l'existence d'un accord sur la chose et le prix puisque selon l'appelante le prix de 160 euros HT devait inclure la maintenance et que selon la société ELCOTIN il s'agissait d'un prix de "commercialisation" stricto sensu* ». En conséquence, l'offre et l'acceptation ne s'étant jamais rencontrées, il n'y avait pas de contrat.

En l'espèce, la cour d'appel analyse également la conduite des parties. En effet, la société Elcotin tenta de se fonder sur l'envoi, par la société Mylan aux officines de pharmacie, d'un avenant au contrat-cadre communication conclu avec elle et faisant état de la mise à disposition de visio présentoirs, pour en déduire son acceptation du contrat de vente à crédit. La cour rejette cet argument. Elle précise que « *selon les pièces produites cet envoi avait été décidé par la société MYLAN plusieurs semaines avant d'avoir été informée de l'échec du projet de location (le bon à tirer concernant cet envoi ayant été adressé à la société ESI dès le 15 novembre 2007) et qu'il lui était pratiquement impossible, compte tenu de la proximité des dates, de stopper l'envoi de cet avenant en grand nombre lorsqu'elle a appris l'échec des négociations relatives à la location et le début de celles concernant la vente des visioprésentoirs* ».

350. La combinaison de plusieurs outils d'interprétation. Il convient donc de noter que la lecture des termes de l'*instrumentum* comme méthode de détermination de la volonté réelle des parties est indissociable, pour les juges français, de la prise en compte d'éléments extrinsèques. Or c'est précisément vers cela qu'a évolué le droit positif anglais : la *contextual approach* a pour conséquence une régression du littéralisme dans la hiérarchie des principes d'interprétation du contrat, ouvrant ainsi la voie à l'examen d'éléments extrinsèques susceptibles d'éclairer la volonté réelle des parties contractantes.

B) La naissance de la *contextual approach* anglaise

351. Un assouplissement progressif. Les juges anglais n'étant pas parfaitement insensibles aux résultats parfois absurdes engendrés par la lecture littérale de l'*instrumentum*, la méthode purement objective d'interprétation du contrat a d'abord connu de légers assouplissements fondés sur la préoccupation de l'efficacité du contrat (1). Elle a ensuite été

systematisée dans deux arrêts clés, l'un rendu en 1997¹⁵⁶⁰ et l'autre en 2002¹⁵⁶¹, qui ont redéfini le caractère objectif de la nouvelle méthode d'interprétation du contrat (2).

¹⁵⁶⁰ *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896.

¹⁵⁶¹ *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38

1) Une méthode assouplie d'interprétation du contrat : la recherche de l'efficacité du contrat

352. Une méthode d'interprétation rigide. Dans un arrêt de la *High Court* rendu en 1942¹⁵⁶², la cour eut à connaître d'un bail conclu le 25 décembre 1934 pour vingt et un ans, prévoyant que l'une ou l'autre des parties pouvait mettre fin au contrat au bout de sept ans, moyennant le respect d'un préavis de six mois. Le 21 juin 1941, le bailleur signifia au preneur par courrier qu'en vertu du préavis contractuel de six mois, le contrat de bail prendrait fin le 21 décembre 1941, au lieu du 25 décembre 1941. Le preneur signifia son acceptation du contenu de la lettre. Or, si les juges reconnaissaient que la date erronée était le résultat d'une simple erreur d'inattention de telle sorte que l'intention véritable du bailleur était claire, les juges retinrent qu'il leur était impossible de substituer la date correcte à la date erronée. Dans la mesure où l'acte était parfaitement clair, il apparaissait alors, selon une lecture littérale de l'*instrumentum*, que le bailleur tentait de mettre fin au contrat de bail quatre jours plus tôt que ce qui lui était contractuellement autorisé. La signification de préavis ne pouvait alors prendre effet, quand bien même elle aurait été acceptée par son destinataire¹⁵⁶³. Il ressort de cette jurisprudence que la croyance fermement ancrée chez les juges anglais que l'intention réelle des parties est inatteignable a eu pour conséquence la création et le développement d'une méthode d'interprétation littérale inflexible qui, même en présence d'éléments évidents tendant à éclairer la véritable intention des parties, s'obstine à ignorer cette intention. Cela contraste fortement avec la souplesse dont fait preuve la Cour de cassation qui a réduit le champ d'application de la lecture littérale imposée par la prohibition de la dénaturation¹⁵⁶⁴.

353. Une méthode peu instinctive. En matière d'interprétation du contrat, la tendance instinctive est de rechercher le sens que l'interlocuteur avait à l'esprit lorsqu'il a exprimé sa pensée¹⁵⁶⁵, autrement dit son intention réelle, et non pas son intention apparente. La méthode

¹⁵⁶² Hankey v. Clavering, *High Court of Justice (King's Bench Division)*, 24 juillet 1942, [1942] 2 K.B. 326.

¹⁵⁶³ Lord GREENE M. R. in Hankey v. Clavering, *High Court of Justice (King's Bench Division)*, 24 juill. 1942, [1942] 2 K.B. 326, n° 330 : « [...] I dissent entirely from the proposition that, where a document is clear and specific, but inaccurate on some matter, such as that of date, it is possible to ignore the inaccuracy and substitute the correct date or other particular because it appears that the error was inserted by a slip. By the clear wording of this notice the plaintiff purported to bring the lease to an end on December 21, 1941. In so doing he was attempting to do something which he had no power to do, and, however much the recipient might guess, or however certain he might be, that it was a mere slip ».

¹⁵⁶⁴ V. *supra* n° 208.

¹⁵⁶⁵ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 579 : « In everyday life we seek to identify what a speaker or writer actually intended by the words he has used » ; Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997,

française, centrée sur la recherche de volonté interne, suit cette inclinaison. L'approche anglaise de l'interprétation du contrat semble par contraste peu naturelle. Rechercher comment une personne raisonnable aurait compris les seuls termes employés par les parties et en excluant, par le jeu de la *parol evidence rule*, tout élément éclairant la volonté réelle, exige du juge de considérer cette volonté à travers un prisme, alors même qu'il disposerait parfois d'un éclairage direct sur la volonté réelle. Or, parce que l'exclusion de la volonté réelle n'est pas naturelle, les éléments permettant de l'établir ne peuvent qu'attirer l'attention des juges anglais. Il devient alors très difficile, d'une part, de considérer qu'ils n'auraient pas été influencés¹⁵⁶⁶ par ces éléments lorsque ceux-ci leur ont été présentés, et, d'autre part, de discerner, dans les raisonnements des juges, la mesure dans laquelle ils ont été influencés par ces preuves de l'intention réelle des parties. Cette difficulté constitue la première faille de l'interprétation purement objective.

354. Les limites du « sens clair et évident » : le sens évident introuvable. La référence à un sens « évident »¹⁵⁶⁷, de la même façon qu'en matière de dénaturation dans le contentieux contractuel français, trouve facilement ses limites. « *Souvent, il n'y a pas de sens évident ou ordinaire des termes considérés. Il y a des interprétations concurrentes à prendre en compte. En choisissant entre les différentes possibilités, le tribunal doit avant tout être guidé par la scène contextuelle dans laquelle la stipulation en question apparaît. Et, de manière générale, les juges ayant un esprit commercial considéreront que l'objectif commercial du contrat est plus important que les subtilités de la langue* »¹⁵⁶⁸. Ainsi, les juges anglais se sont rapidement tournés vers un assouplissement de la lecture littérale stricte par une considération du contexte de conclusion du contrat et la préoccupation de son efficacité.

[1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 913 : « *legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life* ».

¹⁵⁶⁶ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 585 : « *I suspect that in practice, despite the exclusionary rule, in one form or another evidence of the actual intentions of the parties often does come to the attention of the judge on disputes about interpretation. I suspect also that in practice judges are influenced by this evidence when it assists in determining the objective meaning of the words* ».

¹⁵⁶⁷ C'est-à-dire le sens des termes de l'*instrumentum* tel qu'il serait compris par une personne raisonnable, v. *supra* n°s 221s.

¹⁵⁶⁸ Lord STEYN, « Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men », *LQR*, vol. 113, 1997, p. 441 : « *Often there is no obvious or ordinary meaning of the language under consideration. There are competing interpretations to be considered. In choosing between alternatives a court should primarily be guided by the contextual scene in which the stipulation in question appears. And speaking generally commercially minded judges would regard the commercial purpose of the contract as more important than niceties of language* ».

355. Premières inflexions au littéralisme pur. En principe, pour le juge anglais, « [...] *il ne va pas de soi que des erreurs de langage soient commises, en particulier dans les documents formels. Cependant, si la conclusion s'impose, à partir du contexte du contrat, que le langage en l'espèce dysfonctionne, le droit ne demande pas au juge d'attribuer aux parties une intention qui n'aurait visiblement pas pu être la leur* »¹⁵⁶⁹. Autrement dit, dans le souci permanent d'éviter de se substituer à la volonté des parties, le juge anglais doit chercher la véritable intention des parties, que le langage utilisé dans l'*instrumentum* aurait exceptionnellement trahie, en cherchant à déterminer quelle interprétation sert mieux l'objectif « commercial » poursuivi par les parties¹⁵⁷⁰ à la lumière du contexte entourant la conclusion du contrat. Cette technique d'interprétation a reçu plusieurs appellations : « *purposive approach* »¹⁵⁷¹, « *commercial approach* », « *common sense approach* » ou encore, peut-être la plus explicite : « *contextual approach* »¹⁵⁷².

Cette nuance à l'interprétation objective anglaise incarnée par la *contextual approach* figure en germe dans des *precedents* anciens¹⁵⁷³ qui, tout en manifestant leur adhésion au principe de la *parol evidence rule*, laissèrent une porte ouverte à plus de flexibilité, ce qui permit par la suite à d'autres juges de s'éloigner de l'interprétation littérale et de mettre en place la *contextual approach*. Parmi ces arrêts, il faut citer un arrêt de 1877 dans lequel Lord BLACKBURN invite déjà les juges à s'éloigner du littéralisme pur : « *J'énoncerai donc, de façon aussi précise que possible, en vertu des jurisprudences antérieures, ce que me semblent être les principes sur lesquels les tribunaux judiciaires se fondent pour interpréter les actes écrits [...] Dans tous les cas, il s'agit de voir quelle est l'intention exprimée par les mots utilisés. Mais, en raison de l'imperfection de la langue, il est impossible de savoir ce qu'est cette intention sans s'enquérir plus loin, et voir quelles étaient les circonstances dans lesquelles les mots ont été utilisés, et quel était l'objet, ressortant de ces circonstances, que la personne utilisant ces mots avait en vue. En effet, la signification des mots varie selon les circonstances dans lesquelles ils*

¹⁵⁶⁹ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* Same v. Hopkin & Sons and Others, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, n° 913 : « [...] *we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had* », [1998] 1 WLR 896, p. 912.

¹⁵⁷⁰ Le terme *purpose* signifie « objectif » en anglais.

¹⁵⁷¹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème}éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-044, p. 247.

¹⁵⁷² Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, 2^{ème} éd., OUP, 2011, n° 1.39, p. 26.

¹⁵⁷³ V. *infra* n° 226. Alexander Macdonald and Alexander Macdonald the Younger v. David Longbottom, *Court of the Queen's Bench*, 27 mai 1859, (1859) 1 Ellis and Ellis 977, n^{os} 983 et 984 ; 120 ER 1177.

furent utilisés »¹⁵⁷⁴.

Il faut aussi mentionner un arrêt plus récent de 1976, dans lequel Lord WILBERFORCE écrit, après avoir analysé d'anciennes jurisprudences¹⁵⁷⁵ : « *Je pense que tous their Lordships écrivent, en des termes différents, la même chose : ce que le juge doit faire est se placer, en pensée, dans la même matrice factuelle que celle dans laquelle se trouvaient les parties. Toutes ces opinions me semblent reconnaître implicitement que, dans la recherche du contexte pertinent, il peut y avoir des faits qui font partie des circonstances dans lesquelles les parties contractent, auxquelles l'une d'elles, ou les deux, ne s'intéressent pas particulièrement car leur esprit est occupé à ou concentré sur d'autres faits de sorte que, si on leur demandait, elles affirmeraient ne pas avoir ces faits en tête. Mais cela n'empêche pas ces faits de faire partie du cadre objectif dans lequel le contrat doit s'interpréter* »¹⁵⁷⁶. Autrement dit, les termes employés dans l'*instrumentum* doivent être lus à la lumière d'éléments extérieurs. Le rapprochement avec la méthode d'interprétation française était donc d'ores et déjà amorcé.

À la suite de ces premières inflexions de la règle de l'interprétation littérale de l'*instrumentum*, des arrêts plus récents ont marqué la « prépondérance de l'approche contextuelle »¹⁵⁷⁷ parmi lesquels trois *precedents* se distinguent particulièrement car ils

¹⁵⁷⁴ Lord BLACKBURN in *River Wear Commissioners v. Adamson*, 27 juill. 1877, (1877) 2 App. Cas. 743, p. 763 : « *I shall therefore state, as precisely as I can, what I understand from the decided cases to be the principles on which the Courts of Law act in construing instruments in writing [...] In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used. But, from the imperfection of language, it is impossible to know what that intention is without inquiring farther, and seeing what the circumstances were with reference to which the words were used, and what was the object, appearing from those circumstances, which the person using them had in view; for the meaning of words varies according to the circumstances with respect to which they were used* ».

¹⁵⁷⁵ *Utica City National Bank v. Gunn*, 8 janv. 1918, *New York Court of Appeals*, 118 N.E., 607 ; 222 N.Y. 204, arrêt dans lequel Cardozo J. écrit, page 608, que la « *naissance et l'objectif d'un contrat peuvent sainement guider* » le travail d'interprétation du juge, « *genesis and aim of the transaction may rightly guide our choice* » ; *Prenn v. Simmons*, *House of Lords*, [1971] 1 WLR 1381, dont l'interprétation de l'expression « *profits available for dividend* » est fondée, selon Lord WILBERFORCE sur le « *commercial background of the objective aim of the transaction* » ; *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tools Ltd*, *House of Lords*, 4 avril 1973, [1973] UKHL 2, [1974] A.V. 235 dans lequel les juges de la *House of Lords* interprétèrent le terme « *condition* » de façon inhabituelle selon une *special business situation* ; *Charrington & Co. Ltd v. Wooder* [1914] A.C. 71, spéc. n^{os} 77 et 80 où deux juges insistent sur la nécessité de relier le langage utilisés aux faits, de telle sorte que la preuve de ces faits doit être admise.

¹⁵⁷⁶ Lord WILBERFORCE in *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 octobre 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570 : « *I think that all of their Lordships are saying, in different words, the same thing — what the court must do must be to place itself in thought in the same factual matrix as that in which the parties were. All of these opinions seem to me implicitly to recognise that, in the search for the relevant background, there may be facts which form part of the circumstances in which the parties contract in which one, or both, may take no particular interest, their minds being addressed to or concentrated on other facts so that if asked they would assert that they did not have these facts in the forefront of their mind, but that will not prevent those facts from forming part of an objective setting in which the contract is to be construed* ».

¹⁵⁷⁷ Vincent NELSON *Q.C.*, « *The Interpretation Of Contracts: The Rules Re-Written For Modern Times* », 2004, 39 Essex Street, p. 4 : « *the predominance of the purposive approach* ». [En ligne] <https://www.39essex.com> (page consultée le 11/03/2019)

constituent le noyau de l'abandon progressif du littéralisme comme principe d'interprétation du contrat.

356. Premiers développements de l'approche contextuelle. La première formulation explicite de l'approche contextuelle figure dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1997¹⁵⁷⁸. Par deux baux en date du 11 mars 1992, des locaux de bureaux et un parking avaient été loués par le propriétaire au preneur pour une durée de 10 ans à compter du 13 janvier 1992. Une clause dans chaque bail prévoyait que le preneur pouvait mettre fin au contrat en signifiant un préavis écrit d'au moins six mois au bailleur et que le contrat prendrait alors fin « *au troisième anniversaire de la date de début du bail* »¹⁵⁷⁹. Par lettres du 24 juin 1994, le preneur signifia le préavis en précisant que les deux contrats de bail se termineraient ainsi le 12 janvier 1995. Les juges de la *Court of Appeal* estimèrent que les règles d'interprétation des contrats commandaient de retenir que les préavis signifiés prévoyant de prendre effet le 12 janvier ne pouvaient pas jouer pour mettre fin aux contrats le 13 janvier 1992. Les juges de la *House of Lords* retinrent certes une interprétation objective des lettres de préavis et du contrat : la question était de savoir comment un destinataire raisonnable les aurait compris. Cependant, le littéralisme fut remis en question car les juges mirent l'accent sur l'examen du contexte dans lequel intervinrent les préavis : « *[I]a question n'est pas de savoir comment le propriétaire a compris les lettres de préavis. L'interprétation de ces courriers doit être abordée objectivement. La question est de savoir comment un destinataire raisonnable aurait compris ces préavis et, dans l'examen de cette question, les préavis doivent être interprétés en tenant compte de la scène contextuelle objective pertinente. Dans l'affaire Reardon Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen [...] qui porte sur l'interprétation des contrats commerciaux, l'approche apporte, par analogie, une aide pour des préavis unilatéraux tels que ceux qui sont en cause dans la présente affaire* »¹⁵⁸⁰. Autrement dit, compte tenu de leur contexte, à savoir la conclusion de deux baux prévoyant la possibilité pour le preneur de mettre fin à ces contrats à la date du troisième anniversaire de leur conclusion. La résolution devait se réaliser par l'envoi

¹⁵⁷⁸ Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749.

¹⁵⁷⁹ Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749, n° 749.

¹⁵⁸⁰ Lord STEYN in Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749, n° 767 : « *The question is not how the landlord understood the notices. The construction of the notices must be approached objectively. The issue is how a reasonable recipient would have understood the notices. and in considering this question the notices must be construed taking into account the relevant objective contextual scene. The approach in Reardon Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen [...] which deals with the construction of commercial contracts, is by analogy of assistance in respect of unilateral notices such as those under consideration in the present case* ».

d'un préavis au moins 6 mois auparavant, ce qui fut fait en l'espèce, l'objectif¹⁵⁸¹ des courriers étant d'informer le bailleur de la décision prise par le preneur de mettre fin aux baux conformément aux clauses de résiliation. Un destinataire raisonnable de ces lettres, connaissant le contexte, c'est-à-dire les termes des baux et la date du troisième anniversaire, aurait été convaincu que le preneur souhaitait mettre fin aux contrats le 13 janvier 1995. Cette jurisprudence introduit la possibilité pour le juge d'ignorer des erreurs dans le choix des mots ou dans la syntaxe et figurant dans l'*instrumentum*¹⁵⁸², et de laisser ainsi de côté l'interprétation littérale afin de prendre en compte le « contexte », que Lord STEYN ne manque cependant pas de qualifier d'« objectif ».

357. *Business common sense.* Cette nouvelle approche de l'interprétation du contrat est fondée sur l'idée que les parties, au-delà des mots qu'elles ont employés, ont pour objectif¹⁵⁸³ commun de voir leur contrat produire des effets. Par conséquent, l'examen du contexte est guidé par la recherche d'une interprétation qui donne effet à l'accord contractuel. C'est ce que précise en l'espèce Lord STEYN lorsqu'il écrit : « *Pour déterminer le sens de la langue d'un contrat commercial et des notes contractuelles unilatérales [telles qu'en l'espèce], le droit favorise donc généralement une interprétation raisonnable d'un point de vue commercial. Cette approche s'explique par le fait qu'une interprétation commerciale est plus susceptible de donner effet à l'intention des parties. Les mots sont donc interprétés de la façon dont une personne raisonnable influencée par le caractère commercial du contrat, les interpréterait, et ce standard du professionnel raisonnable s'oppose aux interprétations techniques qui mettent de façon injustifiée l'accent sur les subtilités de la langue* »¹⁵⁸⁴. À partir de l'arrêt *Mannai Investment*, le critère du *business common sense*, porteur d'une approche plus moderne de l'interprétation, s'est considérablement développé, donnant lieu à d'autres arrêts

¹⁵⁸¹ Traduction du terme « *purpose* » ayant donné son nom à la *purposive approach*.

¹⁵⁸² Alors même que les juges anglais « *n'accepte[nt] pas facilement que soient commises des erreurs de langage, en particulier dans les documents officiels* », ce qui justifie de donner, par principe, aux mots leur « *sens naturel et ordinaire* », Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, n° 913.

¹⁵⁸³ « *Purpose* », en anglais, d'où l'expression parfois employée pour qualifier la méthode moderne d'interprétation : « *purposive approach* ».

¹⁵⁸⁴ Lord STEYN in *Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd.*, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749, n° 771 : « *In determining the meaning of the language of a commercial contract, and unilateral contractual notices, the law therefore generally favours a commercially sensible construction. The reason for this approach is that a commercial construction is more likely to give effect to the intention of the parties. Words are therefore interpreted in the way in which a reasonable commercial person would construe them. and the standard of the reasonable commercial person is hostile to technical interpretations and undue emphasis on niceties of language* ».

appliquant un critère similaire¹⁵⁸⁵. Cette méthode plus moderne d'interprétation du contrat s'opère par une redéfinition du souci d'objectivité issue de la méthode traditionnelle.

2) La redéfinition du caractère objectif de la méthode d'interprétation : la personne raisonnable placée dans le contexte de conclusion du contrat

358. Systématisation de la méthode moderne d'interprétation du contrat. La méthode d'interprétation contextuelle fut systématisée dans un second arrêt rendu en 1997¹⁵⁸⁶. La majorité des juges de la *House of Lords* se dirent en accord avec Lord HOFFMANN qui affirma : « *La quasi-totalité de l'ancien bagage intellectuel de l'interprétation juridique a été écarté* »¹⁵⁸⁷. Celui-ci proposa alors un récapitulatif des règles anglaises d'interprétation du contrat à cette date. La première consiste en une définition de l'interprétation : « *L'interprétation est la détermination du sens que le document aurait aux yeux d'une personne raisonnable ayant toutes les connaissances du contexte dont les parties auraient pu raisonnablement disposer dans la situation dans laquelle elles se trouvaient au moment du contrat* »¹⁵⁸⁸. La mention du caractère raisonnable exprime l'attachement tenace des juges anglais pour ce qu'ils considèrent comme le meilleur moyen de priver le juge des outils et de la tentation de réécrire le contrat, c'est-à-dire l'objectivité. La méthode est ainsi toujours qualifiée d'« objective » mais cette objectivité est redéfinie : il ne s'agit plus de faire primer la syntaxe et le sens évident des termes dans le respect du littéralisme pur initialement préconisé, mais de lire ces termes à la lumière du contexte de conclusion du contrat pour éclairer le juge sur « ce que les parties peuvent raisonnablement avoir voulu au moment de la conclusion du contrat », étant entendu que les parties ont raisonnablement voulu conclure un contrat juridiquement efficace. Le contexte de conclusion du contrat ainsi que la considération de son efficacité viennent donc guider le juge anglais dans le processus d'interprétation.

359. L'abandon ambigu des règles classiques d'interprétation. Malgré l'insistance des magistrats anglais à caractériser la méthode ainsi redéfinie d'objective, l'objectivité constituant un bouclier contre l'arbitraire des juges, il est indéniable que la seconde partie de la

¹⁵⁸⁵ V. par ex. *Sirius International Insurance Corp Ltd v. FAI General Insurance Co. Ltd*, *House of Lords*, 2 déc. 2004, [2004] UKHL 54 ; [2004] 1 WLR 3251 ; [2005] 1 All ER 191.

¹⁵⁸⁶ *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 912 : « *Almost all the old intellectual baggage of "legal" interpretation has been discarded* ».

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 912 : « *Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract* ».

règle, en définissant le « *background* », le contexte, élargit, de façon notable, le pouvoir d'interprétation du juge. En effet, Lord HOFFMAN encourage les juges, sur le fondement de *precedents* bien établis, à rechercher le sens de l'*instrumentum* dans toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat : « *Lord Wilberforce fit une célèbre référence au contexte comme la “matrice des faits”¹⁵⁸⁹, mais cette expression, si elle signifie quelque chose, est plutôt une description réductrice de ce que le contexte peut comprendre. Sous réserve de l'exigence qu'elle aurait dû être raisonnablement accessible aux parties, et de l'exception qui sera mentionnée ci-après, elle inclut absolument tout ce qui aurait pu affecter la façon dont la langue du document aurait été comprise par un homme raisonnable* »¹⁵⁹⁰.

Constituant une référence en matière d'interprétation, les propos de Lord HOFFMANN ne sont pas dépourvus d'ambiguïté. Celui-ci encourage les juges à tenir compte du « contexte » de la conclusion du contrat mais les règles ainsi énoncées opèrent un va et vient entre l'ouverture, le correctif nécessaire à la rigidité de l'interprétation littérale objective et la restriction de ce nouvel outil par peur de s'engager dans un engrenage qui laisserait aux juges une marge de manœuvre incontrôlable¹⁵⁹¹. En effet, après avoir rappelé le principe de l'objectivité de la méthode interprétative puis ouvert la voie à la prise en compte d'éléments autres que le seul *instrumentum*, Lord HOFFMANN précise, dans une troisième règle, que certains éléments sont exclus du « contexte » susceptible d'être pris en compte. Il s'agit premièrement de la « *déclaration d'intention subjective* »¹⁵⁹² des parties. Dans *Investors Compensation Scheme*,

¹⁵⁸⁹ En effet, Lord WILBERFORCE notait déjà en 1971 : « *L'époque est révolue depuis longtemps où les accords, même under seal [contrat ne nécessitant pas de *consideration* et tirant sa validité de la seule forme écrite] étaient isolés de la matrice des faits dans laquelle ils étaient établis et interprétés en fonction de considérations purement linguistiques internes* » ; « *The time has long passed when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations* » dans l'arrêt *Prenn v. Simmonds, House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, pp. 1383 et 1384. Il précisera ensuite que les négociations contractuelles demeurent inutiles et sont donc exclues du contexte pertinent de conclusion du contrat, v. *supra* n° 216.

¹⁵⁹⁰ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society, House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 912. V. l'explication de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, n° 1, 2007, p. 481 : « *Lord Hoffmann incite les juges anglais, au cours de leur travail d'interprétation objective, à fonder leur interprétation non pas sur le seul document contractuel, mais sur tout le contexte qui entoure le contrat, ce qu'exprime l'expression “the matrix of facts”. D'après Lord Hoffmann, cette expression, si elle signifie quelque chose, doit être entendue comme incluant absolument tout ce qui peut affecter la manière dont l'homme raisonnable aurait compris les termes mêmes du document* ».

¹⁵⁹¹ L'étendue du contexte recevable est en effet le point qui donne lieu au débat le plus animé parmi les règles posées par Lord HOFFMANN, v. Vincent NELSON *Q.C.*, « *The Interpretation Of Contracts: The Rules Re-Written For Modern Times* », 2004, 39 *Essex Street*, p. 13. [En ligne] <https://www.39essex.com> (page consultée le 17/03/2019). Ce point fit l'objet d'une clarification par Lord HOFFMANN lui-même dans une jurisprudence ultérieure, v. *infran*° 362.

¹⁵⁹² Lord WILBERFORCE in *Prenn v. Simmonds, House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384 utilise l'expression « *declaration of subjective intent* ».

Lord HOFFMANN admet volontiers que l'interprétation judiciaire s'écarte ainsi de la façon dont sont interprétés les propos de la vie quotidienne et que les contours de cette exception sont peu clairs, mais n'apporte pas de précision¹⁵⁹³. En revanche, la seconde des exclusions pose plus de difficultés. L'exclusion de la preuve des négociations précontractuelles est avant tout fondée sur des considérations de *practical policy*¹⁵⁹⁴, c'est-à-dire des considérations pragmatiques¹⁵⁹⁵. Or la question se pose de la frontière entre ce qui constitue des négociations précontractuelles et la « *matrice de faits* » pertinente.

360. Le contexte de la conclusion du contrat. Malgré la tendance tenace à qualifier d'objective la méthode d'interprétation des contrats, la jurisprudence *Investors Compensation Scheme* demeure « *un exemple frappant de l'application du principe selon lequel les tribunaux tiendront compte de ce que les parties ont convenu, par opposition à ce que dit le document* »¹⁵⁹⁶. Dans cet arrêt, le litige portait sur le sens d'une clause d'un formulaire de demande¹⁵⁹⁷. Des propriétaires avaient conclu avec la *West Bromwich Building Society* un contrat de *mortgage*¹⁵⁹⁸ qui leur causa de lourdes pertes financières. Ils demandèrent le remboursement de leurs pertes à l'*Investors Compensation Scheme*¹⁵⁹⁹ via un *claim form* par lequel les plaignants transféraient à l'ICS tous les *third party claims*¹⁶⁰⁰, c'est-à-dire toutes les actions contre toutes les autres sociétés, notamment de conseil, ayant pris part à

¹⁵⁹³ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 913 : « *The law makes this distinction for reasons of practical policy and, in this respect only, legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life. The boundaries of this exception are in some respects unclear. But this is not the occasion on which to explore them* ».

¹⁵⁹⁴ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 913 ; Lord NICHOLLS in *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others*, *House of Lords*, 1^{er} mars 2001, [2001] UKHL 8; [2001] 1 All ER 961; [2001] 2 WLR 735,

¹⁵⁹⁵ V. *infra* n° 378.

¹⁵⁹⁶ Vincent NELSON *Q.C.*, « *The Interpretation Of Contracts: The Rules Re-Written For Modern Times* », 2004, 39 Essex Street, p. 6. [En ligne] <https://www.39essex.com> (page consultée le 17/03/2019) : « *Investors Compensation Scheme is a striking example of the application of the principle that the courts will have regard to what the parties agreed, as opposed to what the words of the document state* ».

¹⁵⁹⁷ « *claim form* » : formulaire par lequel un justiciable forme une requête.

¹⁵⁹⁸ Le *mortgage* correspond de façon assez proche dans son mécanisme à une hypothèque.

¹⁵⁹⁹ Service permettant l'indemnisation des investisseurs mal conseillés.

¹⁶⁰⁰ Section 4, 12° du formulaire, v. *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, pp. 900 et 901 : « *In this document, 'third party claim' means any right, claim or cause of action which the claimant has or may have against any person other than the participant firm or against any fund or property in the hands of any person other than the participant firm and arising out of the circumstances giving rise to the claim or otherwise relating to the claim whether such claims shall arise in debt, breach of contract, tort, breach of trust or in any other manner whatsoever [...]* ».

l'investissement¹⁶⁰¹. Or le formulaire de demande contenait une stipulation selon laquelle certaines actions ne seraient pas considérées comme des « *demandes de tiers* »¹⁶⁰², de telle sorte que le propriétaire conservait le droit d'agir en rescision du contrat de *mortgage*. C'était notamment le cas pour « [...] *toute demande (en rescision du contrat pour undue influence ou autres) à l'encontre de West Bromwich Building Society par laquelle il est demandé une réduction*¹⁶⁰³ *des sommes qui seraient autrement dues à WBBS en raison des emprunts effectués en lien avec les transactions opérations donnant lieu à la revendication (y compris les intérêts)* »¹⁶⁰⁴. Le formulaire de demande contenait également une note explicative précisant : « *Vous convenez également que l'I.C.S. devrait être en mesure de faire usage de tous les droits que vous détenez aujourd'hui contre toute autre personne relativement à la réclamation. Il peut s'agir, par exemple, d'administrateurs de l'entreprise ou d'autres personnes également responsables d'avoir causé la perte pour laquelle vous êtes indemnisé. Vous renoncez à tous ces droits et les transférez à l'I.C.S.* »¹⁶⁰⁵. L'ICS assigna alors en réparation la société WBBS. La question était de déterminer l'étendue de la notion de « *demande de tiers* » telle qu'employée dans le contrat de façon à vérifier que les investisseurs avaient bien transmis le droit d'agir en réparation contre WBBS à l'ICS. La société WBBS, retenant une interprétation plus large de l'expression litigieuse, fit valoir que le terme « *otherwise* » se rapportant à « *any claim* », signifiait qu'aucune des demandes susceptibles de réduire la dette de l'investisseur, autrement dit les demandes en résolution du contrat ou en réparation par le versement de dommages et intérêts, n'avaient été cédées. Selon l'ICS, ce même terme ne se rapportait qu'à l'expression *undue influence*. En conséquence, la clause litigieuse signifiait que n'étaient pas cédées à l'ICS

¹⁶⁰¹ Section 4, 6° du *claim form*, cf. *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 900.

¹⁶⁰² « *third party claims* ».

¹⁶⁰³ Lord LLOYD OF BERWICK in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 903 : « [...] *abatement has a technical meaning in the law of nuisance, and in connection with contracts for the sale of goods and the provision of services. But otherwise it simply means reduction. It has no technical meaning in relation to rescission* ».

¹⁶⁰⁴ « *I.C.S. agrees that the following claims shall not be treated as a "Third Party Claim" [as defined in section 4 of this form] for the purposes of this agreement [...]: "Any claim (whether sounding in rescission for undue influence or otherwise) that you have or may have against the West Bromwich Building Society in which you claim an abatement of sums which you would otherwise have to repay to that Society in respect of sums borrowed by you from that Society in connection with the transaction and dealings giving rise to the claim (including interest on any such sums)"* ».

¹⁶⁰⁵ Paragraphe 4 de la note explicative : « *You also agree that I.C.S. should be able to use any rights which you now have against anyone else in relation to the claim. Examples might be directors of the firm or other persons also responsible for causing the loss for which you are being compensated. You give up all those rights and transfer them to I.C.S. [...]* ».

les demandes en rescision ayant pour fondement l'*undue influence* ou d'autres fondements. Les demandes en réparation n'étaient donc pas visées par la clause.

361. La prévalence du bon sens sur la syntaxe et le sens littéral. En l'espèce, un seul juge de la *House of Lords*, validant la solution de la *Court of Appeal*, demeura fidèle à l'interprétation littérale de l'*instrumentum* en prêtant une attention particulière à la présence de parenthèses. Selon Lord LLOYD, les termes entre parenthèses avaient pour effet d'élargir le champ de la restriction des actions transmises à l'ICS et un juge ne saurait les en sortir car ils auraient alors l'effet inverse : « *Je ne connais aucun principe d'interprétation du contrat (qu'il s'agisse des écrits de Lord Wilberforce dans *Prenn v. Simmons* [...] ou tout autre référence) qui autoriserait la cour à prendre des mots entre parenthèses, où ils sont clairement été placés pour souligner la largeur de l'expression "toute demande", et à les placer hors des parenthèses où ils ont l'effet tout à fait inverse [...] C'est, après tout, à partir des mots employés que le juge doit déterminer ce que les parties voulaient dire. La purposive interpretation d'un contrat est utile lorsque l'objectif peut être identifié avec une raisonnable certitude. Cependant, la creative interpretation est tout autre chose. La première ne doit pas être confondue avec la dernière* »¹⁶⁰⁶. Il ajoute : « *Il est dit [par les autres juges] que le sens littéral rendrait les mots entre parenthèses superflus. C'est effectivement le cas. Mais les mots entre parenthèses sont souvent superflus, en particulier les parenthèses dans le format "(que ce soit... ou autre)". Ils montrent que les termes généraux qui précèdent la parenthèse ne se limitent pas à un type particulier d'action en justice, mais couvrent toutes les actions pour autant qu'il s'agisse de demandes de réduction de sommes dues* »¹⁶⁰⁷. Par conséquent, selon Lord LLOYD et la *Court of Appeal*, les règles ordinaires de la syntaxe commandaient de retenir que le terme « *otherwise* » ne limitait pas l'étendue de l'expression « *any claim* » de telle sorte que n'était transférée aucune demande

¹⁶⁰⁶ Lord LLOYD OF BERWICK in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896, p. 904 : « *I know of no principle of construction (whether by reference to what Lord Wilberforce said in *Prenn v. Simmons* [...] or otherwise) which would enable the court to take words from within the brackets, where they are clearly intended to underline the width of "any claim, « and place them outside the brackets where they have the exact opposite effect [...] it is, after all, from the words used that one must ascertain what the parties meant. Purposive interpretation of a contract is a useful tool where the purpose can be identified with reasonable certainty. But creative interpretation is another thing altogether. The one must not be allowed to shade into the other* ».

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 904 : « *It is said that the plain meaning would make the words in brackets otiose. So indeed it would. But words in brackets are often otiose, especially brackets in the format "(whether ... or otherwise)." They show that the general words which precede the parenthesis are not limited to any particular kind of claim, but cover all claims so long as they are claims for reduction of sums due* ».

ayant pour effet de réduire la dette de l'investisseur¹⁶⁰⁸. Dès lors, le sens voulu par les parties était le suivant : le propriétaire conservait le droit d'agir pour une réduction de sa dette envers la société *WBBS*, que cette réduction soit fondée sur une rescision, une *undue influence* ou tout autre motif juridique, à savoir une demande de dommage et intérêts (qui, si elle aboutissait, aurait pour effet de réduire la dette du propriétaire en ce sens que la société *WBBS* aurait à son tour une dette envers l'investisseur).

Cependant, la majorité des juges, mettant de côté la syntaxe, donc l'approche littérale, retint que la phrase « [...] *toute demande (en rescision du contrat pour undue influence ou autres) à l'encontre de West Bromwich Building Society par laquelle il est demandé une réduction*¹⁶⁰⁹ *des sommes qui seraient autrement dues à WBBS [...]* » devait être lue de la façon suivante : « [...] *toute demande en rescision (pour undue influence ou autre)* ». En d'autres termes, la clause empêchait le transfert par l'investisseur au profit de l'*ICS* des actions en réduction de sa dette résultant d'une action en nullité, que ce soit en raison d'une influence indue ou d'autres arguments, mais permettait le transfert des actions en réparation. Ce raisonnement est notamment fondé sur la prise en compte, au-delà du seul *instrumentum* constituant le contrat à proprement parler, de la note explicative fournie aux investisseurs par l'*ICS*. En effet, Lord HOFFMANN explique que si les termes du formulaire de demande, qui régissent les relations entre les parties, sont clairement destinés à des avocats, la note explicative s'adresse aux profanes. Or, dans le travail d'interprétation de ce formulaire, « *il faut partir de l'hypothèse qu'un profane, qui a lu la note explicative et qui ne s'est pas aventuré dans le formulaire de demande lui-même, a reçu un compte rendu exact de l'effet de l'opération. Il est donc significatif que le paragraphe 4 de la note indique catégoriquement et sans réserve que l'investisseur renonce à tous ses droits à l'encontre de quiconque et les transfère à l'I.C.S. Si l'effet du formulaire de réclamation était que l'investisseur conserve sa créance envers la société de construction, le paragraphe 4 de la note était très trompeur* »¹⁶¹⁰. Un autre argument

¹⁶⁰⁸ Expression de Lord HOFFMANN exposant le raisonnement du juge de la *Court of Appeal*: Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society Same v. Hopkin & Sons and Others*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1998] 1 WLR 896, p. 911.

¹⁶⁰⁹ Lord LLOYD OF BERWICK in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896, n° 903 : « [...] *abatement has a technical meaning in the law of nuisance, and in connection with contracts for the sale of goods and the provision of services. But otherwise it simply means reduction. It has no technical meaning in relation to rescission* ».

¹⁶¹⁰ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society Same v. Hopkin & Sons and Others*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1998] 1 WLR 896, pp. 913 et 914 : « *But in construing the form, I think that one should start with the assumption that a layman who read the explanatory note and did not venture into the claim form itself was being given an accurate account of the effect of the transaction. It is therefore significant that paragraph 4 of the note says categorically and without qualification that the investor gives up all*

est avancé et repose sur le bon sens que Lord HOFFMANN prête aux juristes ayant rédigé le formulaire de demande. En effet, il précise que n'importe quel juriste « trouverait extrêmement étrange que l'I.C.S. cède la demande de dommages et intérêts de l'investisseur aux sociétés de conseil financier et laisse à l'investisseur la possibilité de réclamer les mêmes dommages et intérêts à W.B.B.S. Il se demanderait probablement si cela était conceptuellement possible [...] L'investisseur et I.C.S. ne pourraient à eux deux récupérer plus que la perte effectivement subie. En vertu du bon sens, on pourrait donc s'attendre à ce que l'I.C.S. ait eu la possibilité de réclamer les dommages et intérêts ou qu'elle ne l'ait pas eue. Il semblerait excentrique de laisser cette question à l'appréciation [...] d'une course au jugement »¹⁶¹¹. Autrement dit, les rédacteurs du formulaire ne peuvent avoir souhaité laisser planer un doute sur le transfert, ou son absence, de l'action en réparation. La réponse se trouve donc forcément dans la rédaction du document contractuel. Le dernier argument repose également sur le bon sens. En effet, selon Lord HOFFMANN, « aucun avocat sain d'esprit qui avait simplement l'intention de dire que toutes les réclamations contre la société W.B.B.S. étaient réservées à l'investisseur n'aurait utilisé la parenthèse. De même, à moins qu'il n'ait eu l'intention de limiter la réserve au montant, s'il y en a un, qui était impayé sur l'hypothèque, ne les aurait pas décrites comme des créances "dans lesquelles vous demandez un abatement des sommes que vous auriez autrement à rembourser". Et il est difficile de trouver une raison à une telle limitation arbitraire »¹⁶¹².

362. Une définition large de « admissible background ». En 2001, Lord HOFFMANN apporte une clarification primordiale sur ce qu'il entend par « admissible background », les éléments de contexte de conclusion du contrat recevables susceptibles d'éclairer le sens des termes contenus dans l'*instrumentum*. Il explique ainsi : « lorsque, dans l'affaire *Investors Compensation Scheme* [...] j'ai dit que le contexte recevable comprenait "absolument tout ce

his rights against anyone else and transfers them to I.C.S. If the effect of the claim form was that the investor retained his claim against the building society, paragraph 4 of the note was very misleading ».

¹⁶¹¹ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* Same v. Hopkin & Sons and Others, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1998] 1 WLR 896, p. 914 : « Thirdly, any lawyer would think it extremely odd for I.C.S. to take an assignment of the investor's claim for damages against the solicitors and leave the investor with a claim for the same damages against W.B.B.S. He would be likely to wonder whether this was conceptually possible and, as I shall explain, I think that his doubts would be well founded. The investor and I.C.S. could not between them recover more than the loss which the investor had actually suffered. As a matter of common sense, one would therefore expect that I.C.S. either had a right to the damages or it did not. It would seem eccentric to leave this question to be decided [...] by a race to judgment ».

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 914 : « Fourthly, no lawyer in his right mind who intended simply to say that all claims against the W.B.B.S. were reserved to the investor would have used the parenthesis. Nor, unless he intended to limit the reservation to the amount, if any, which happened to be outstanding on the mortgage, would he have described them as claims "in which you claim an abatement of the sums which you would otherwise have to repay." And it is difficult to think of any reason for such an arbitrary limitation ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

qui aurait pu affecter la manière dont la langue du document aurait été comprise par un homme raisonnable”, je n’ai pas jugé nécessaire de souligner que je voulais dire par là quelque chose qu’un homme raisonnable aurait jugé pertinent. Je disais simplement qu’il n’y a pas de limite conceptuelle à ce qui peut être considéré comme relevant du contexte. Celui-ci ne se limite pas, par exemple, au contexte factuel, mais peut inclure le contenu des lois (comme dans les cas où l’on tient compte du fait qu’il est peu probable que les parties aient eu l’intention de s’entendre sur quelque chose d’illégal ou juridiquement inefficace) ou des croyances dont il a été prouvé qu’elles étaient communes aux parties et qui s’avèrent en fait complètement erronées »¹⁶¹³. La notion d’*admissible background* est donc, en théorie, très large.

363. Un rapprochement théorique. C’est en raison de cette nouvelle définition élargie du contexte recevable qu’intervient un rapprochement théorique entre la méthode d’interprétation française et la méthode d’interprétation anglaise. En effet, s’il n’y a pas de limite conceptuelle à ce qui peut être compris dans les circonstances recevables pour interpréter le contrat, cela signifie que rien, pas même les négociations contractuelles qui ont donné lieu à des débats animés au sein de la doctrine anglaise¹⁶¹⁴, n’est, *a priori*, exclu des éléments à examiner par le juge¹⁶¹⁵. L’admission de l’utilité de l’examen du *background* comme outil d’interprétation du contrat, complétée d’une définition la plus étendue possible du *background*, constituent les étapes décisives de l’abandon du littéralisme comme principe d’interprétation

¹⁶¹³ Lord HOFFMANN in *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others*, *House of Lords*, 1^{er} mars 2001, [2001] UKHL 8, n° 39 ; [2001] 1 All ER 961; [2001] 2 WLR 735 ; [2002] 1 AC 251, n° 269 : « *when, in Investors Compensation Scheme Ltd [...] I said that the admissible background included “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man”, I did not think it necessary to emphasise that I meant anything which a reasonable man would have regarded as relevant. I was merely saying that there is no conceptual limit to what can be regarded as background. It is not, for example, confined to the factual background but can include the state of the law (as in cases in which one takes into account that the parties are unlikely to have intended to agree to something unlawful or legally ineffective) or proved common assumptions which were in fact quite mistaken* ». L’emphase ne figure pas dans le texte original. En l’espèce, Lord HOFFMANN cite ses écrits dans l’arrêt *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 913: « *The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the “matrix of fact,” but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man* ».

¹⁶¹⁴ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 583 ; David MCLAUCHLAN, « Contract Interpretation: What Is It About? », *Sydney L. Rev.*, vol. 31, 2009, p. 5 ; Goh YIHAN, « A wrong turn in history: re-understanding the exclusionary rule against prior negotiations in contractual interpretation », *JBL*, n° 5, 2014, p. 360.

¹⁶¹⁵ Lord HOFFMANN contredit donc en théorie Lord WILBERFORCE qui, dans *Prenn v. Simmonds*, plaçait déjà l’interprétation du contrat dans le contexte de sa conclusion mais refusait catégoriquement l’admission des négociations précontractuelles, v. *supra* n° 216.

et, par conséquent, de l'ouverture des juges anglais vers la prise en compte des mêmes éléments extérieurs que les juges français dans le processus d'interprétation.

364. Une clarification partielle. En réalité, Lord HOFFMANN ne clarifie pas de façon tangible la définition de l'*admissible background*. Il faut distinguer deux temps dans son raisonnement. Le premier réside dans l'absence de limite conceptuelle à ce qui est entendu par « *admissible background* ». Cependant, et c'est le second temps de la remarque de Lord HOFFMANN, il existe une limite factuelle à ce qui peut relever du contexte recevable. Le champ de l'*admissible background* est, en fait, délimité par tout ce qui est « *pertinent* ». Il faut comprendre par là tout ce qui permet au juge de mieux comprendre les termes employés par les parties dans l'*instrumentum*. Néanmoins, cela reste flou. Pour illustrer son propos, Lord HOFFMANN choisit deux exemples. La première illustration fait référence, lorsque deux interprétations sont possibles, l'une rendant le contrat illégal et l'autre non, à la préférence du juge pour celle qui donne un contrat conforme à la loi ou, lorsqu'une interprétation aurait pour effet de priver le contrat d'effet juridique en raison de l'application d'une disposition légale, à la préférence pour l'interprétation qui lui en confère un. Cette dernière hypothèse n'est pas sans rappeler le nouvel article 1190 du Code civil¹⁶¹⁶. Ces règles font sens : il est préférable de donner vie au contrat plutôt que de lui donner un sens qui le rende nul. Le second exemple concerne le cas où les parties partageaient une croyance erronée, dont elles ont apporté la preuve dans le cadre du procès, qui les a conduites à stipuler telle ou telle clause contractuelle¹⁶¹⁷.

365. Une approche toujours objective. Lord HOFFMANN prend soin de faire référence au littéralisme comme principe de l'interprétation des contrats : « *Mais la principale source de compréhension de ce que les parties entendaient est leur langage interprété conformément à l'usage conventionnel : “nous n'acceptons pas facilement que des personnes aient commis des erreurs de langage, en particulier dans les documents officiels”. Je n'encourageais certainement pas, à travers le terme “background”, un chalutage¹⁶¹⁸ qui n'aurait pas pu suggérer à une personne raisonnable que les parties s'étaient écartées de l'usage*

¹⁶¹⁶ Art. 1190 du C. civil : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun* ».

¹⁶¹⁷ Il s'agit d'une *mutual mistake* qui peut donner lieu à une *rectification*. V. *infra* n^{os} 441s.

¹⁶¹⁸ Pêche effectuée avec un chalut, c'est-à-dire un très large filet visant à optimiser les chances de prise. La métaphore signifie que prendre en compte le contexte de conclusion du contrat dans le processus d'interprétation ne signifie pas pour autant s'attacher à la moindre circonstance factuelle pour s'éloigner du sens raisonnable de l'*instrumentum*.

conventionnel »¹⁶¹⁹. Parmi les plus fervents défenseurs de la *contextual approach*, tels que Lord HOFFMANN, subsiste donc un attachement irréductible au littéralisme. La lecture littérale de l'*instrumentum*, y compris dans les décisions de justice impulsant une libéralisation de l'interprétation objective anglaise, est systématiquement mentionné comme principe d'interprétation.

Il est possible de déceler une subsistance de l'objectivité dans cette nouvelle méthode d'interprétation en considérant que la prise en compte du contexte de la conclusion du contrat est un outil au service de l'interprétation effectuée par une personne raisonnable. Il n'est alors pas question de renier entièrement la méthode objective classique d'interprétation dans le sens où chacun des éléments extérieurs à l'*instrumentum* sera, dans une recherche du sens apparent, lui-même envisagé par le prisme d'une personne raisonnable. C'est en réalité ce qu'écrivait déjà Lord WILBERFORCE en 1976 en précisant que, si la volonté des parties est déterminée de façon objective, c'est-à-dire par référence à ce qu'une personne raisonnable aurait compris, « *de façon similaire, lorsqu'on parle de finalité, d'objet ou de but commercial, on parle objectivement de ce que des personnes raisonnables auraient à l'esprit dans la situation des parties* »¹⁶²⁰. Par conséquent, la méthode traditionnelle et la méthode moderne ont en commun leur caractère « objectif » en raison de la survie du second pilier de la méthode objective, à savoir la lecture à travers le prisme d'une personne raisonnable¹⁶²¹.

366. L'abandon inavoué du littéralisme. Il n'en demeure pas moins que cette nouvelle approche s'écarte considérablement de la méthode traditionnelle d'interprétation du contrat en ce qu'elle nie au littéralisme sa place de principe d'interprétation. En effet, malgré l'obstination des juges anglais à utiliser le terme « objectif » pour décrire la méthode d'interprétation du

¹⁶¹⁹ Lord HOFFMANN in *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others*, *House of Lords*, 1^{er} mars 2001, [2001] UKHL 8, n° 39 ; [2001] 1 All ER 961; [2001] 2 WLR 735 ; [2002] 1 AC 251, n° 269 : « *But the primary source for understanding what the parties meant is their language interpreted in accordance with conventional usage: "we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents". I was certainly not encouraging a trawl through "background" which could not have made a reasonable person think that the parties must have departed from conventional usage* ». La citation comprise dans cette phrase correspond à un développement précédemment envisagé par Lord HOFFMANN dans *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 912, v. *supra* n° 221.

¹⁶²⁰ Lord WILBERFORCE in *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 octobre 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570, n° 996 : « *Similarly, when one is speaking of aim, or object, or commercial purpose, one is speaking objectively of what reasonable persons would have in mind in the situation of the parties* ». La finalité, l'objet ou le but commerciaux sont des références à la *purposive approach* qui, dans l'esprit de Lord WILBERFORCE, n'est pas contraire à l'interprétation objective du contrat.

¹⁶²¹ Stephen A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford : OUP, coll. Clarendon law series, 6^{ème} éd., 2006, p. 149.

contrat, voire le contexte de conclusion du contrat qu'ils examinent, la considération de ce contexte place le juge, réfléchissant comme une personne raisonnable, autrement dit de façon déconnectée de la volonté réelle, précisément dans une matrice de faits¹⁶²² qui ne peut que le rapprocher de la volonté subjectivement entendue¹⁶²³. Ce rapprochement se fait à travers l'examen par le juge d'éléments autres que le seul *instrumentum*. Cet examen a pour inévitable conséquence l'abandon du littéralisme, ainsi que le notent la doctrine¹⁶²⁴ et de nombreux magistrats¹⁶²⁵.

367. Le littéralisme déclassé. Plus qu'une mise à l'écart, le littéralisme connaît un véritable déclassement qui n'est jamais présenté comme tel par les juges anglais. Le droit positif anglais a largement recours au *precedent* établi par Lord HOFFMANN dans la jurisprudence *Investors Compensation Scheme*. Or, il n'est possible de retenir son énoncé selon lequel : « *L'interprétation est la détermination du sens que le document aurait aux yeux d'une personne raisonnable ayant toutes les connaissances du contexte dont les parties auraient pu raisonnablement disposer dans la situation dans laquelle elles se trouvaient au moment du contrat* »¹⁶²⁶, que si la recherche du « *sens clair et évident* » des mots contenus dans

¹⁶²² Lord WILBERFORCE in *Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen*, *House of Lords*, 7 octobre 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570.

¹⁶²³ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 7 [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018) : « *This [method] may be contrasted with the more traditional English approach. This, despite its insistence on being "objective", takes the intention of the parties at least as a rhetorical point of departure by asserting that the "object sought to be achieved in construing any ... contract is to ascertain what were the mutual intentions of the parties"* » ; « [Cette méthode] peut être différenciée de l'approche anglaise plus traditionnelle. Malgré son insistance à être "objectif", elle prend l'intention des parties au moins comme point de départ rhétorique en affirmant que "l'objet recherché dans l'interprétation d'un contrat est de vérifier quelles étaient les intentions mutuelles des parties" ».

¹⁶²⁴ Michael FURMSTON, *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract*, OUP, 17^{ème} éd., 2017, p. 171 : « *It is clear that contextualism is now king and is to be preferred to literalism* » ; « *Il est clair que l'approche contextuelle est désormais roi et qu'il doit prévaloir sur le littéralisme* ».

¹⁶²⁵ Lord STEYN in *Mannai Investment Co. Ltd v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd*, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749, n° 771 : « *The tendency should therefore generally speaking be against literalism. What is literalism? It will depend on the context. But an example is given in The Works of William Paley [...] The moral philosophy of Paley influenced thinking on contract in the 19th century. The example is as follows: the tyrant Temures promised the garrison of Sebastia that no blood would be shed if they surrendered to him. They surrendered. He shed no blood. He buried them all alive. This is literalism. If possible it should be resisted in the interpretative process* » ; « *La tendance devrait donc, d'une manière générale, être contre le littéralisme. Qu'est-ce que le littéralisme ? Cela dépendra du contexte. Mais un exemple est donné dans The Works of William Paley [...] La philosophie morale de Paley a influencé la pensée en matière contractuelle au 19^{ème} siècle. L'exemple est le suivant : le tyran Temures a promis à la garnison de Sebastia qu'aucun sang ne serait versé s'ils se rendaient à lui. Ils se sont rendus. Il n'a pas versé de sang. Il les a tous enterrés vivants. C'est du littéralisme. Dans la mesure du possible, il faut s'y opposer dans le processus d'interprétation* ».

¹⁶²⁶ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, p. 912 : « *Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge*

l'instrumentum est déchu de son statut de principe et reléguée au rang de simple lecture possible du contrat¹⁶²⁷. Il s'agira certes de la lecture la plus plausible, mais pas nécessairement de celle qui doit être retenue par le juge. Il ressort en réalité de ce *precedent*, ainsi que l'ont noté certains magistrats¹⁶²⁸, que le juge doit systématiquement examiner la matrice de faits qui entoure la conclusion du contrat pour déterminer le sens des mots utilisés dans *l'instrumentum*, même en l'absence de doute sur leur « *sens clair et évident* ». Autrement dit, non seulement l'interprétation de *l'instrumentum* replacée dans le contexte de la conclusion du contrat n'est pas une règle subsidiaire qui serait mise en œuvre seulement en cas de défaillance du strict littéralisme, mais de plus, les éléments constituant la matrice de faits sont, par principe, susceptibles d'être invoqués devant les juges. Or ce dernier point constitue une remise en question notable de la *parol evidence rule*. Enfin, les juges ne sont pas seulement autorisés à les prendre en compte, ils sont tenus de les examiner.

368. L'utilisation conjointe du littéralisme et de l'examen d'éléments extérieurs. Par conséquent, il résulte de la redéfinition de la méthode dite « objective » que, comme les juges français, les juges anglais utilisent aujourd'hui conjointement la lecture littérale de *l'instrumentum* et l'examen d'éléments extérieurs à celui-ci pour interpréter le contrat. C'est en cela que réside le rapprochement entre les deux méthodes. Il faut néanmoins retenir que la méthode anglaise reste « objective » car les éléments du contexte sont vus à travers le prisme d'une personne raisonnable : contrairement à la recherche effectuée par les juges français qui a pour objet la volonté réelle des parties contractantes, il n'est toujours pas question pour les juges anglais, dans la *contextual approach*, de saisir une quelconque volonté interne. En ce sens, il convient donc de se garder d'énoncer, ce qui serait tentant au regard du recul indéniable du littéralisme, que la méthode anglaise d'interprétation du contrat a connu un mouvement de

which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract ».

¹⁶²⁷ David McLAUCHLAN, « Contract Interpretation: What Is It About? », *Sydney L. Rev.*, vol. 31, 2009, p. 7.

¹⁶²⁸ Lord STEYN in *Westminster City Council v. National Asylum Support Service*, *House of Lords*, 17 octobre 2002, [2002] UKHL 38 ; [2002] 1 WLR 2956, n° 5 : « *The starting point is that language in all legal texts conveys meaning according to the circumstances in which it was used. It follows that the context must always be identified and considered before the process of construction or during it. It is therefore wrong to say that the court may only resort to evidence of the contextual scene when an ambiguity has arisen. In regard to contractual interpretation this was made clear by Lord Wilberforce in *Prenn v Simmonds* [...] and in *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* [...] Moreover, in his important judgment in *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [...] Lord Hoffmann made crystal clear that an ambiguity need not be established before the surrounding circumstances may be taken into account* ».

« subjectivisation »¹⁶²⁹. « *L'interprétation est la détermination du sens que le document aurait aux yeux d'une personne raisonnable ayant toutes les connaissances du contexte dont les parties auraient pu raisonnablement disposer dans la situation dans laquelle elles se trouvaient au moment du contrat* »¹⁶³⁰. Alors que la *parol evidence rule* impose un raisonnement froid et déconnecté de la réalité, la *contextual approach* permet d'humaniser la personne raisonnable¹⁶³¹ qu'incarne le juge anglais en lui offrant la possibilité, – en lui imposant, plus précisément, car l'examen du *background* est obligatoire – de se replacer dans le contexte de conclusion du contrat afin de saisir l'état d'esprit des parties. Une certaine dose de subjectivité a donc fait irruption dans la méthode objective, donnant naissance à ce qu'il est plus juste de qualifier de méthode d'interprétation hybride. Le prisme d'une personne raisonnable, autre pilier de la méthode objective avec la *parol evidence rule*, demeure, mais s'est humanisé. La majorité des juges anglais, bien qu'ayant imprimé à leur méthode objective un mouvement de contextualisation grâce à une série de décisions, ont par conséquent à cœur de restreindre autant que possible leur utilisation et d'éviter que leur détournement ne conduise à une recherche de volonté réelle.

369. Le danger de la *contextual approach*. Lord HOFFMANN, dans la jurisprudence *Chartbrook*, écrit : « *Ce qui découle clairement de ces décisions est qu'il n'y a pas, pour ainsi dire, de limite à l'encre rouge que les tribunaux peuvent utiliser ou aux réagencements littéraires ou corrections que les tribunaux peuvent effectuer* »¹⁶³². Autrement dit, le juge anglais, en utilisant le prisme d'une personne raisonnable examinant l'*instrumentum* mais, dans

¹⁶²⁹ Laurence USUNIER, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *RDC*, n° 4, 2012, p. 1372 : « *une ouverture à la méthode subjective d'interprétation des contrats n'a jamais été sérieusement discutée* ».

¹⁶³⁰ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1997] UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896, pp. 912 et 913 : « *Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract* ».

¹⁶³¹ À l'inverse d'un être initialement conçu comme « *une fiction de la loi* », éloignée d'une « *personne singulière, vivante et faite de chair et de sang* », cf. Lord HOFFMANN, « *The Intolerable Wrestle with Words and Meanings* », *SALJ*, vol. 114, 1997, p. 661 : « [...] *the author of the utterance which has to be interpreted was not a particular live person of flesh and blood but to a greater or lesser extent a fiction of the law* ». V. *supra* n° 213.

¹⁶³² Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 25 : « *What is clear from these cases is that there is not, so to speak, a limit to the amount of red ink or verbal rearrangement or correction which the court is allowed* ». Lord HOFFMANN écrit cela après avoir analysé certaines des jurisprudences ayant posé les règles en matière d'interprétation du contrat, à savoir : *Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd.*, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749 ; *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, [1998] 1 WLR 896 ; *East v. Pantiles (Plant Hire) Ltd*, *Court of Appeal (Civil Division)*, 1^{er} janvier 1982, [1982] 2 EGLR 111, (1981) 263 EG 61 ; *KPMG LLP v. Network Rail Infrastructure Ltd*, *Court of Appeal (Civil Division)*, 27 avril 2007, [2007] EWCA Civ 363, [2007] Bus LR 1336.

une interprétation objective contextualisée, modernisée, à la lumière du contexte de la formation du contrat, pourrait retoucher à sa guise la convention.

La réalité est évidemment plus complexe et la position de Lord HOFFMANN est largement critiquée par une partie des magistrats anglais. La majorité des juges demeurent réticents à mettre en œuvre la jurisprudence *Chartbrook* qui consacrerait une interprétation « subjectivée », effectuée à la lumière du contexte de conclusion du contrat et de l'objectif poursuivi par les parties. Cette méthode plus moderne permet de rapprocher les juges de la volonté réelle des parties, mais ne doit pas devenir un prétexte à la réécriture du contrat. Certains juges voient dans la *contextual approach* un terrain glissant : « *il existe un danger [...], à savoir que les juges cherchent à refaire le contrat à la place des parties, sur le fondement de ce qu'ils considèrent comme un contrat plus raisonnable ou sensé. Les juges ne doivent pas voir la jurisprudence Chartbrook comme un "sésame, ouvre-toi" leur permettant de réécrire le contrat des parties, mais plutôt comme une opportunité de remédier, par l'interprétation, à une erreur flagrante de langage qui ne peut avoir été intentionnelle* »¹⁶³³. À la lecture de cette intervention, il semblerait que le caractère non intentionnel se déduise facilement du caractère flagrant de l'erreur de langage. Le critère proposé vise à mettre en garde les juges anglais et à cantonner l'utilisation de la *contextual approach* à des hypothèses où les contractants peu diligents ou peu savants auraient employé des termes, dont l'interprétation littérale priverait d'effet le contrat ou aboutirait à un résultat absurde. L'approche contextuelle serait alors une règle subsidiaire par rapport au littéralisme qui demeurerait principe d'interprétation.

370. L'approche contextuelle aujourd'hui ancré dans la pratique judiciaire. Une décision de 2015¹⁶³⁴ a brièvement semé le doute sur l'évolution du droit positif anglais vers l'approche contextualiste. En effet, dans cet arrêt un contrat de bail avait été conclu en 1980 stipulant que le preneur devait payer, pour les charges locatives, la somme de 90 livres sterling la première année, avec une augmentation annuelle de 10 % pour prendre en compte l'inflation. La Cour suprême du Royaume-Uni estima que la signification « claire et évidente » de cette stipulation n'était pas à débattre : pour un bail accordé en 1980, le coût des charges serait

¹⁶³³ Lord Justice Stanley BURNTON in *ING Bank NV v. Ros Roca SA* (Rev 1), 31 mars 2011, [2011] EWCA Civ 353, n° 110 : « [...] *there is a danger, [...] of the courts seeking to remake contracts for the parties on the basis of what the courts consider would have been reasonable, or more sensible, for the contract to have said. Judges should not see in Chartbrook an open sesame for reconstructing the parties' contract, but an opportunity to remedy by construction a clear error of language which could not have been intended* ».

¹⁶³⁴ *Arnold v. Britton*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 10 juin 2015, [2015] UKSC 36 ; [2015] A.C. 1619.

supérieur à 550 000 £ par an en 2072. Quand bien même la participation du preneur aux charges excéderait largement le coût réel des charges pour le bailleur, la cour refusa de s'écarter du sens naturel de la stipulation contractuelle. Il serait possible de considérer qu'une interprétation aussi stricte constitue un retour au littéralisme par l'abandon de la jurisprudence *Investors Compensation Scheme*. Cependant, un arrêt plus récent de 2017¹⁶³⁵ souligne la convergence des décisions relatives à l'interprétation du contrat sur les dernières décennies vers l'approche contextuelle, depuis l'arrêt *Reardon Smith*¹⁶³⁶ en 1976 jusqu'à l'arrêt *Investors Compensation Scheme* en 1998 et la décision de Lord HOFFMANN. Ces *precedents* réalisent en réalité une évolution lente mais constante vers l'abandon du littéralisme comme principe d'interprétation du contrat et l'introduction d'une méthode plus nuancée de considération du contexte de conclusion du contrat¹⁶³⁷, sans rupture nette avec les principes initiaux¹⁶³⁸. En tout état de cause, si certains juges adhèrent encore à la primauté du littéralisme et à la subsidiarité de la *contextual approach*, la majorité des magistrats considèrent, en accord avec les propos de Lord HOFFMANN dans l'arrêt *Investors Compensation Scheme*, que les tribunaux doivent systématiquement considérer le contexte de conclusion du contrat, sans nécessairement caractériser au préalable une ambiguïté dans les termes employés dans l'*instrumentum*. Par conséquent, là où la prohibition de la dénaturation, certes rarement retenue, impose au juge du fond français de caractériser au préalable l'ambiguïté des termes de l'*instrumentum* avant de rechercher ce qui serait la commune intention des parties, le juge anglais doit examiner texte et contexte du contrat dans le même temps, aboutissant à un rapprochement du raisonnement des juges français et des juges anglais en matière d'interprétation du contrat.

Si le droit positif anglais s'est détaché du littéralisme strict pour contextualiser l'interprétation du contrat en permettant au juge de prendre en compte des éléments

¹⁶³⁵ Wood v. Capita Insurance Services Ltd, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 29 mars 2017, [2017] UKSC 24 ; [2017] 2 WLR 1095.

¹⁶³⁶ Reardon Smith Live v. Hansen-Tangen, *House of Lords*, 7 octobre 1976, [1976] 1 WLR 989 ; [1976] 2 Lloyd's Rep 621 ; [1976] 3 All ER 570 dans lequel Lord WILBERFORCE mentionnait déjà l'importance du « *relevant background* » dans le travail d'interprétation du contrat.

¹⁶³⁷ Lord HODGE in Wood v. Capita Insurance Services Ltd, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 29 mars 2017, [2017] UKSC 24 ; [2017] 2 WLR 1095, n° 10 : « [...] *the court must consider the contract as a whole and, depending on the nature, formality and quality of drafting of the contract, give more or less weight to elements of the wider context in reaching its view as to [the] objective meaning* » ; « [...] *la cour doit envisager le contrat dans son ensemble et, selon la nature, la formalité et la qualité de la rédaction du contrat, accorder plus ou moins de poids aux éléments du contexte plus large pour parvenir à un avis sur [la] signification objective* ».

¹⁶³⁸ Cela est plus contestable dans la mesure où la redéfinition de la méthode objective comme incluant la prise en compte du contexte de conclusion du contrat constitue une déchéance du littéralisme comme principe exclusif d'interprétation nécessairement en rupture avec l'inflexibilité initiale du littéralisme pur, offrant ainsi plus de marge de manœuvre au juge anglais, bien qu'il s'en défende, v. *supra* nos 365 et 367.

extrinsèques, ces éléments sont plus limités en Angleterre qu'en France ce qui doit amener à nuancer le constat de la convergence entre les deux systèmes.

§ 2 - L'examen d'éléments extrinsèques : une convergence pratique nuancée

371. Une réticence résiduelle à examiner le contexte de conclusion du contrat. Les méthodes française et anglaise d'interprétation du contrat ont connu des rapprochements théorique et pratique considérables avec le développement de l'approche contextuelle qui marque la déchéance du littéralisme comme principe d'interprétation et a permis la prise en compte du contexte de conclusion du contrat par les juges anglais. Cependant, en pratique, la convergence est seulement partielle. En effet, si certaines circonstances du contexte de la conclusion du contrat sont prises en compte tant par les juges français que par les juges anglais (A), d'autres éléments ne font l'objet d'un examen que par les juges français, en raison de la subsistance de la réticence des juges anglais à s'éloigner des termes de l'*instrumentum* (B).

A) Des éléments extrinsèques examinés par les juges français et anglais : des convergences vers une méthode d'interprétation subjective

372. Des éléments extérieurs. La *contextual approach* autorise la recevabilité et la prise en compte des « éléments extérieurs » au contrat interdite en principe par la *parol evidence rule*. Si l'influence des modèles européens et internationaux a pu jouer un rôle dans cette évolution, le premier facteur est sans aucun doute la conscience qu'une adhésion trop stricte au littéralisme pourrait, dans certains cas, conduire à un écart trop important entre la volonté réelle des parties et la volonté objectivement déduite de la lecture de l'*instrumentum*. En raison de l'évolution réalisée à la faveur des décisions anglaises préalablement citées¹⁶³⁹, les juges français et anglais abordent aujourd'hui la recherche de la volonté des parties de façon similaire car tous deux prennent en compte des indices de la volonté réelle des parties qu'ils vont chercher hors de l'*instrumentum*. Parmi ces éléments extérieurs, certains sont prépondérants dans la recherche effectuée par les juges français et les juges anglais pour donner du sens au contrat, notamment les négociations précontractuelles.

373. Les circonstances de conclusion du contrat. De nombreux textes internationaux reconnaissent l'utilité de l'examen des négociations précontractuelles pour éclairer le juge sur l'intention des parties telle qu'elle a finalement été figée dans l'*instrumentum* final. Qu'il

¹⁶³⁹ V. *supra* n° 356.

s'agisse des Principes d'Unidroit¹⁶⁴⁰, des Principes du droit européen des contrats¹⁶⁴¹ ou encore de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁶⁴², les négociations précontractuelles figurent en première ligne des éléments que le juge peut prendre en compte. Les négociations ayant mené à la conclusion du contrat constituent le prisme à travers lequel le juge doit lire, non seulement l'*instrumentum*, mais également toute parole ou attitude des contractants. Or ces dispositions sont influencées par la conception française du contrat, et font l'objet de réticence chez les juges anglais. La Convention des Nations Unies n'a d'ailleurs jamais été ratifiée par le Royaume-Uni¹⁶⁴³. Ainsi, alors que les juges français considèrent sans difficulté les négociations contractuelles comme susceptibles d'éclairer utilement le sens de l'*instrumentum*, les juges anglais refusent par principe d'examiner les négociations précontractuelles, ce qui confère une place inégale aux négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation (1). Néanmoins, la jurisprudence anglaise a reconnu quelques exceptions à l'exclusion des négociations de telle sorte que le principe de leur exclusion systématique s'est quelque peu fissuré. Cela tend à rapprocher, certes timidement, l'office des juges français et des juges anglais (2).

1) La place inégale des négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation

374. Une place déterminée par la divergence de conception du contrat. Le juge français, à la recherche de la volonté réelle, consulte systématiquement tout indice lui permettant de déceler cette volonté. Les négociations précontractuelles sont un élément particulièrement éclairant de la volonté contractuelle dans la mesure où, dans les échanges précédant la conclusion du contrat, les parties formulent diverses propositions portant sur les

¹⁶⁴⁰ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome : Unidroit, 2016, article 4.3. [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (page consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁴¹ Principes du droit européen des contrats, art. 5.102.

¹⁶⁴² Art. 8, 3) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne », Nations Unies, fév. 2011. [En ligne] <https://www.uncitral.org/page> consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁴³ Les Principes d'Unidroit s'appliquent lorsque les parties le choisissent dans la convention, « *ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national. Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux* », cf. Preamble des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Institut international pour l'unification du droit privé, Rome : Unidroit, 2016. [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>(page consultée le 11/03/2019)

conditions contractuelles, la définition d'un terme, ce qui permet au juge d'accéder plus facilement à la « *psychologie* »¹⁶⁴⁴ qu'on lui demande de découvrir (a). En revanche, le juge anglais ne se préoccupe pas, en principe, de découvrir la volonté réelle mais plutôt de déterminer le sens littéral de l'*instrumentum* tel que le comprendrait une personne raisonnable. Par conséquent, il paraît cohérent, la *parol evidence rule* aidant, qu'il ne consulte pas les négociations précontractuelles aux fins d'interprétation du contrat (b).

a) L'examen systématique des négociations précontractuelles par le juge français

375. L'éclairage des négociations sur la volonté réelle recherchée. Les juges français ont pour principe d'interprétation la recherche de la volonté commune. Or « [I]a recherche d'un accord de volontés étant l'objectif des négociations, il faut remarquer que l'efficacité du consentement et son interprétation peuvent être influencées par le déroulement des négociations »¹⁶⁴⁵. Autrement dit, il est facilement admis que les négociations peuvent éclairer la volonté contractuelle des parties lorsque l'objectif du juge est de saisir la volonté réelle des parties. À l'inverse, il est beaucoup plus difficile d'admettre un tel raisonnement lorsque l'objectif est de déterminer la volonté apparente des parties à travers la lecture littérale du seul *instrumentum*¹⁶⁴⁶.

376. Une reconnaissance dans les textes internationaux. De nombreux instruments internationaux admettent la prise en compte des négociations précontractuelles par le juge en matière d'interprétation du contrat. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international prévoient que l'interprétation des contrats nécessite pour le juge de « *prendre en considération toutes les circonstances, notamment : les négociations préliminaires entre les parties* »¹⁶⁴⁷. De la même façon, les Principes du droit européen des contrats précisent : « *Pour interpréter le contrat on a égard en particulier aux circonstances de sa conclusion, y compris les négociations préliminaires* »¹⁶⁴⁸. Il n'est pas anodin de constater que dans ces énumérations

¹⁶⁴⁴ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, n° 395, p. 618. V. *supra* n° 277.

¹⁶⁴⁵ Nicolas MATHEY, « Fasc. 20 : Période Précontractuelle.- Les négociations », *Juriscl. Contrats - Distribution*, LexisNexis, 27 juin 2019, n° 23.

¹⁶⁴⁶ V. *supra* n° 184.

¹⁶⁴⁷ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, art. 4.3. [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (page consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁴⁸ PDEC, art. 5.102

des circonstances à prendre en compte pour interpréter le contrat, les négociations contractuelles occupent systématiquement la première place, ce qui laisse entendre qu'une majorité de pays et juristes attachent aux circonstances entourant la conclusion du contrat, et notamment les négociations, une importance particulière. Enfin, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dans un article 8, troisièmement prévoit : « *Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties* »¹⁶⁴⁹. Dans ce texte, les négociations contractuelles ne sont certes pas mentionnées en première place, car l'article 8 prévoit d'abord que « *les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention* »¹⁶⁵⁰, et qu'à défaut de connaissance de l'intention d'une partie par son cocontractant, l'interprétation des indications et comportements de cette partie doivent être interprétées « *selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné* »¹⁶⁵¹. Néanmoins, la Convention exige des juges nationaux qu'ils envisagent l'intention d'une partie, visée au premierment de l'article 8, et ce qu'aurait compris une personne raisonnable, visé au deuxièmement, à la lumière des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, et le texte international prend soin de citer parmi ces circonstances, dans une liste non exhaustive, les négociations précontractuelles¹⁶⁵², ce qui démontre bien leur importance.

À l'inverse, en Angleterre, les juges refusent en principe de prendre en compte les négociations précontractuelles pour interpréter le contrat.

b) Le refus de principe de l'examen des négociations précontractuelles

¹⁶⁴⁹ Art. 8, 3) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne », Nations Unies, fév. 2011. [En ligne] <https://www.uncitral.org> (page consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁵⁰ Art. 8, 1) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne », Nations Unies, fév. 2011. [En ligne] <https://www.uncitral.org> (page consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁵¹ Art. 8, 2) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne », Nations Unies, fév. 2011. [En ligne] <https://www.uncitral.org> (page consultée le 11/03/2019)

¹⁶⁵² La combinaison des deuxièmement et troisièmement de l'art. 8 de la Convention des Nations Unies relatives aux contrats de vente internationale marchandises revient à demander au juge de se positionner comme « personne raisonnable » examinant le contrat à la lumière notamment des négociations, ce qui laisse supposer que les deux ne sont pas incompatibles. Cette combinaison rappelle donc la nuance, opérée par le droit anglais, dans le rejet de la prise en compte des négociations précontractuelles, v. *infra* n° 383.

par le juge anglais

377. Incompatibilité entre méthode objective et examen des négociations précontractuelles. Après le rejet, formulé par Lord WILBERFORCE, des négociations précontractuelles comme élément pertinent du contexte permettant d'interpréter le contrat¹⁶⁵³, Lord HOFFMANN, dans la jurisprudence *Chartbrook* de 2009, intervient sur la possibilité d'accepter les négociations précontractuelles comme grille de lecture pour déterminer l'intention des parties¹⁶⁵⁴. Selon lui, la méthode objective d'interprétation du contrat s'accorde en principe mal avec la prise en compte des négociations précontractuelles. En effet, le droit français considère que l'intention des parties doit être déterminée subjectivement. Il est alors logique que tout ce qui permette de prouver leur volonté interne soit pris en compte par le juge, qu'il s'agisse des négociations précontractuelles ou encore du comportement des parties lors de l'exécution du contrat. À l'inverse, dans un système de *common law* qui adopte une méthode d'interprétation littérale de l'*instrumentum*, ce qui importe est ce que les parties semblent avoir voulu dire aux yeux d'une « personne raisonnable », de telle sorte que les éléments qui permettent d'établir leur volonté réelle sont indifférents. La prise en compte de faits tels que les négociations précontractuelles constituerait un éloignement trop marqué de la tradition objective du droit du contrat anglais. Lord HOFFMANN émet donc, dans un premier temps, des réserves quant à la compatibilité entre l'interprétation objective du contrat et la prise en compte des négociations précontractuelles : « *Les partisans de la recevabilité des négociations précontractuelles attirent l'attention sur le fait que les systèmes juridiques continentaux semblent avoir peu de difficultés à les prendre en compte. [...] Mais [...] le droit français considère les intentions des parties comme une pure question de fait subjectif, leur volonté psychologique, non influencée par des règles de droit. Il s'ensuit que toute preuve de ce qu'ils ont dit ou fait, que ce soit entre eux ou à des tiers, peut être pertinente pour établir quelles étaient leurs intentions réelles. Il existe en droit français une nette distinction entre la constatation de leurs intentions et l'application de règles de droit [...] Le droit anglais, en revanche, confond la constatation de l'intention avec les règles de droit en dépersonnalisant les parties contractantes et en leur demandant, non pas quelles étaient leurs intentions réelles, mais ce qu'un observateur extérieur raisonnable aurait compris qu'elles étaient. On ne peut, à*

¹⁶⁵³ Prens v. Simmonds, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384. V. *supra* n° 216.

¹⁶⁵⁴ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 33 se réfère notamment à son intervention dans l'arrêt *Bank of Credit and Commerce International SA v. Ali* rendu en 2002 dans lequel il pose une conception très large du contexte de conclusion du contrat qui doit être examiné par les juges, v. *supra* n° 362.

*mon avis, se contenter de transposer des règles fondées sur une philosophie d'interprétation contractuelle à une autre, ni supposer que l'effet pratique de l'admission d'une telle preuve dans le système anglais de procédure civile sera le même que dans un système continental »*¹⁶⁵⁵.

Cette inquiétude est fondée. En droit français, la conception subjective du contrat a pour conséquence de pousser le juge à rechercher la volonté interne, réelle, des contractants. Le contenu de l'intention des parties est alors une question purement factuelle. La prise en compte de tout élément visant à l'établir est donc une évidence. Le droit intervient seulement dans un second temps, pour donner une force juridique à l'accord des parties¹⁶⁵⁶. En revanche, en droit anglais, la conception objective du contrat a pour conséquence de brouiller la frontière entre le fait et le droit, entre l'établissement du contenu de la volonté des parties et l'acquisition par cette volonté d'une force contraignante. En effet, le juge anglais examine les faits, cantonnés en principe aux seuls termes du contrat, à travers le prisme du sens qui peut en être raisonnablement dégagé. Il identifie, à la lecture de l'*instrumentum*, la volonté qu'il est raisonnable de penser que les parties ont partagée. Les faits eux-mêmes sont examinés à l'aide d'un outil juridique. La volonté contractuelle partagée, appartenant en principe plus naturellement au domaine du fait, est alors la volonté qu'il est raisonnable pour le droit d'attribuer aux parties et donc celle qui doit devenir juridiquement contraignante¹⁶⁵⁷, ce qui est bien différent d'une recherche purement factuelle de la volonté réelle. Admettre la preuve d'éléments autres que l'*instrumentum* en droit anglais revient à faire tendre l'office du juge anglais vers une recherche de la volonté réelle des parties, par opposition à la volonté apparente, ce qui constitue une contradiction avec la méthode classique d'interprétation.

¹⁶⁵⁵ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 39 : « *Supporters of the admissibility of pre-contractual negotiations draw attention to the fact that Continental legal systems seem to have little difficulty in taking them into account. [...] But [...] French law regards the intentions of the parties as a pure question of subjective fact, their volonté psychologique, uninfluenced by any rules of law. It follows that any evidence of what they said or did, whether to each other or to third parties, may be relevant to establishing what their intentions actually were. There is in French law a sharp distinction between the ascertainment of their intentions and the application of legal rules [...] English law, on the other hand, mixes up the ascertainment of intention with the rules of law by depersonalising the contracting parties and asking, not what their intentions actually were, but what a reasonable outside observer would have taken them to be. One cannot in my opinion simply transpose rules based on one philosophy of contractual interpretation to another, or assume that the practical effect of admitting such evidence under the English system of civil procedure will be the same as that under a Continental system* ».

¹⁶⁵⁶ Catherine VALCKE, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *J. Comp. L.*, n° 4, 2009, p. 73.

¹⁶⁵⁷ Catherine VALCKE, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *J. Comp. L.*, n° 4, 2009, p. 79.

378. Un refus motivé par des raisons pratiques. Quoique Lord WILBERFORCE ait initialement contesté que l'irrecevabilité de la preuve des négociations précontractuelles trouvât son fondement dans des considérations pratiques¹⁶⁵⁸, la justification contemporaine de cette irrecevabilité réside principalement dans des arguments « *pragmatiques* »¹⁶⁵⁹. Le premier d'entre eux est la menace faite à la sécurité juridique des contrats¹⁶⁶⁰. Le coût de la procédure pour les parties est également un facteur, puisque leurs conseils passeraient un temps considérable à examiner l'ensemble des échanges précontractuels, qu'ils soient écrits ou qu'ils puissent faire l'objet d'un témoignage. Enfin, la recevabilité des preuves des négociations aurait pour effet de ralentir les juridictions puisque les juges devraient également se livrer à la lecture et l'analyse des négociations précontractuelles. Rejeter la recevabilité de la preuve des échanges précontractuels permet ainsi une économie intellectuelle, financière et également une économie de temps.

379. Conciliation avec la méthode objective : la recevabilité exceptionnelle des négociations précontractuelles. L'argument principal avancé par les défenseurs de l'assouplissement du principe du littéralisme pour concilier la méthode objective d'interprétation et l'idée que les négociations précontractuelles puissent constituer un élément pertinent du contexte de conclusion du contrat se divise en deux temps. Le premier correspond à l'idée que la recevabilité et la prise en compte des négociations précontractuelles doivent demeurer une exception. En effet, les échanges précédant la conclusion du contrat reflètent avant tout les changements successifs de position contractuelle de chacune des parties or ce n'est pas là l'objet de l'interprétation du contrat¹⁶⁶¹. Ce n'est que dans des cas ponctuels que les négociations permettront d'éclairer le sens de l'*instrumentum*, par exemple si elles établissent la définition de certains termes qu'il contient¹⁶⁶². Le principe du littéralisme serait donc sauf.

380. Le critère de la pertinence. Des décisions précédemment envisagées, il ressort que, pour délimiter le contexte dans lequel envisager le sens des termes contractuels, les juges anglais font référence à un critère de « pertinence »¹⁶⁶³. La difficulté d'un tel critère est que son appréciation peut varier d'un juge à l'autre. Cette difficulté s'est présentée en pratique. Par

¹⁶⁵⁸ Lord WILBERFORCE *in* Prens v. Simmonds, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384.

¹⁶⁵⁹ Lord HOFFMANN *in* Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 35.

¹⁶⁶⁰ V. *supra* n° 219.

¹⁶⁶¹ Il s'agit de déterminer la volonté commune des parties, v. *supra* n° 216 les développements relatifs au propos de Lord WILBERFORCE dans l'arrêt Prens v. Simmonds de la *House of Lords*.

¹⁶⁶² Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 583.

¹⁶⁶³ En anglais, « *relevance* ».

exemple, dans un arrêt rendu de la *Court of Appeal* rendu en 2001¹⁶⁶⁴, les juges admettent comme des éléments faisant partie du contexte deux rédactions intermédiaires du contrat litigieux, s'écartant ainsi de la règle établie par Lord WILBERFORCE dans *Prenn v. Simmonds* : « [...] *il semble judicieux de prendre en considération les ébauches précontractuelles susmentionnées. Ce n'est qu'en tenant compte de cette preuve que l'on peut éviter un scénario dans lequel les tribunaux risquent d'adopter un sens qui n'est pas celui que les parties entendaient réellement* »¹⁶⁶⁵. Le vendeur pouvait, selon la clause litigieuse, exiger de l'acquéreur le paiement en avance d'une partie du prix à hauteur d'un million de dollars si la société dont il vendait des parts « *obtenait toutes les autorisations ou consentements nécessaires* » à la création d'un terrain de golf et de résidences touristiques sur le terrain dont elle était propriétaire dans les douze mois de la signature du contrat. Il s'agissait notamment de l'autorisation de relier deux routes, permettant ainsi l'accès au terrain. Les juges de la *Court of Appeal* estimèrent qu'à la lecture des différentes versions du contrat, il apparaissait que le terme « nécessaires » devait être compris comme faisant référence aux demandes d'autorisations concrètement effectuées par la société dont les parts étaient vendues au moment où le paiement d'un million de dollars était réclamé. En effet, il ressortait des négociations que les autorisations essentielles à l'aménagement du terrain avaient été identifiées et dès lors qu'elles seraient transmises aux autorités compétentes, l'aménagement du terrain serait considéré comme étant en progrès puisque les demandes administratives effectuées avaient de grandes chances d'aboutir¹⁶⁶⁶. Le vendeur pouvait donc exiger les sommes dues dès la transmission des demandes sans attendre leur validation par les autorités administratives. Cependant, le *Privy Council* retint, à l'unanimité, mais sans donner plus d'explications, que le cas d'espèce ne permettait pas de s'éloigner de la règle de principe car la preuve du contenu et de l'évolution des négociations précontractuelles demeurerait, dans ce cas précis, inutile¹⁶⁶⁷. Lord HOFFMANN, ici en faveur du rejet de la prise en compte des négociations précontractuelles, se borne à expliquer qu'en interprétant ainsi le terme « nécessaires », la *Court of Appeal* aurait donné aux termes « obtenait les autorisations » le sens de « était en bonne voie pour obtenir les

¹⁶⁶⁴ *Yoshimoto v. Canterbury Golf International Ltd, Court of Appeal of New Zealand*, 27 nov. 2000, [2000] NZCA 350; [2001] 1 NZLR 523.

¹⁶⁶⁵ Justice THOMAS *in Yoshimoto v. Canterbury Golf International Ltd, Court of Appeal of New Zealand*, 27 nov. 2000, [2000] NZCA 350; [2001] 1 NZLR 523, n° 68 : « [...] *it would seem sensible to have regard to the precontractual drafts referred to above. It is only by having regard to that evidence that the situation can be avoided whereby the Courts' risk adopting a meaning which is not what the parties actually intended* ».

¹⁶⁶⁶ Justice THOMAS *in Yoshimoto v. Canterbury Golf International Ltd, Court of Appeal of New Zealand*, 27 nov. 2000, [2000] NZCA 350; [2001] 1 NZLR 523, n°s 57 et 58.

¹⁶⁶⁷ Lord HOFFMANN *in Canterbury Golf International Limited v. Yoshimoto, Supreme Court of New Zealand*, 15 juillet 2002, [2002] NZPC 8; [2002] UKPC 40; [2004] 1 NZLR 1, n° 25.

autorisations », ce qui n'est pas conforme aux termes contractuels. En effet, le fait que les autorisations aient de grandes chances d'être accordées n'a pas de lien avec leur caractère nécessaire¹⁶⁶⁸.

381. Une ébauche perfectible de défense de la prise en compte des négociations précontractuelles. La tentative de conciliation de la méthode d'interprétation anglaise avec la prise en compte des négociations précontractuelles demeure timide en ce qu'elle entend préserver farouchement le qualificatif d'« objectif » de la méthode d'interprétation. En réalité, il est possible d'envisager un rapprochement entre les éléments mis à disposition du juge anglais et les éléments mis à disposition du juge français en abandonnant plus franchement la qualification « objective » ce qui permettrait de faire une vraie place à l'examen des négociations précontractuelles.

¹⁶⁶⁸ Lord HOFFMANN *in* Canterbury Golf International Limited v. Yoshimoto, *Supreme Court of New Zealand*, 15 juillet 2002, [2002] NZPC 8; [2002] UKPC 40; [2004] 1 NZLR 1, n° 20.

2) Une possible harmonisation de la place des négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation

382. Une prise en compte possible et souhaitable. L'examen des négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation judiciaire du contrat, conçue comme une contradiction farouche avec la tradition juridique anglaise, est en réalité tout à fait envisageable. Premièrement, la recevabilité de la preuve des négociations existe déjà partiellement au travers des nombreuses exceptions qui minent le principe d'exclusion des négociations précontractuelles (a). Deuxièmement, la prise en compte des négociations semble pertinente eu égard à l'office du juge en matière d'interprétation contractuelle (b)

a) Les exceptions à l'exclusion de l'examen des négociations précontractuelles

383. L'absence de limite conceptuelle à la notion de *background*. Dans l'arrêt *Chartbrook*, Lord HOFFMANN, avant d'exposer les difficultés d'admettre la preuve fondée sur les négociations précontractuelles¹⁶⁶⁹, explique que l'examen par le juge des échanges entre les parties avant la conclusion du contrat peut être utile au juge dans la mesure où ces échanges constituent des éléments du « *background* » du contrat permettant d'éclairer le sens des termes utilisés dans l'*instrumentum*. De la même façon que dans l'arrêt *Investors Compensation Scheme* de 1997, ses propos ne sont donc pas dépourvus d'ambiguïté. Il rappelle en effet avoir écrit « *qu'il n'y a pas de limites conceptuelles à ce qui peut être considéré comme le contexte* »¹⁶⁷⁰. Par conséquent, « *à première vue, les négociations constituent un contexte potentiellement pertinent. Elles peuvent être irrecevables pour la simple raison qu'elles ne sont pas pertinentes pour répondre à la question que le tribunal doit trancher, à savoir "qu'est-il raisonnablement possible d'imputer aux parties en vertu du langage qu'elles ont finalement adopté pour exprimer leur accord. Pour les raisons invoquées par Lord Wilberforce, ce sera généralement le cas". Mais pas toujours. Dans des cas exceptionnels, comme Lord Nicholls l'a soutenu avec force, une règle selon laquelle les négociations préalables sont toujours irrecevables empêchera le tribunal de donner effet à ce qu'un homme raisonnable, placé dans*

¹⁶⁶⁹ V. *supra* n° 377.

¹⁶⁷⁰ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 33 : « *there are no conceptual limits to what can properly be regarded as background* », citant Lord HOFFMANN in *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others, House of Lords*, 1^{er} mars 2001, [2001] UKHL 8, n° 39 ; [2001] 1 All ER 961 ; [2001] 2 WLR 735 ; [2002] 1 AC 251, n° 269.

la position des parties, aurait considéré qu'elles aient voulu dire [...] En principe [...] j'accepterais que des négociations antérieures puissent être pertinentes »¹⁶⁷¹. Ces écrits, outre une énième mise en lumière de la nature ambiguë de la *parol evidence rule*, à mi-chemin entre une règle procédurale et une règle de fond, offrent un premier aperçu des conséquences du développement de la *contextual approach* vers une définition large du contexte de conclusion du contrat. S'il n'y a pas, en droit, de limite à ce que peut comprendre ce contexte, alors il n'est pas possible d'en exclure par principe les négociations précontractuelles. Le refus catégorique initial d'examen des échanges précédant la conclusion du contrat se fissure, en ce qu'il n'est plus fondé sur le caractère non pertinent par essence des négociations précontractuelles pour rechercher la volonté des parties, conçue objectivement¹⁶⁷², mais repose sur des inquiétudes d'ordre « pragmatique »¹⁶⁷³, à savoir l'incertitude persistant sur l'interprétation en raison de la divergence d'opinion des juges sur la pertinence de la prise en compte des négociations précontractuelles¹⁶⁷⁴, l'augmentation du coût de rédaction des contrats et des litiges puisque les parties soumettraient au juge plus de documents¹⁶⁷⁵.

384. Les négociations précontractuelles, un élément du contexte de conclusion du contrat. La réticence des juges anglais à examiner le contenu des négociations contractuelles a connu un recul conséquent en 2006, lorsque la *Court of Appeal*, à l'inverse de la décision du juge de première instance, a reconnu la pertinence des négociations précontractuelles pour interpréter le contrat en l'espèce¹⁶⁷⁶. Cet arrêt s'inscrit dans ce mouvement d'ouverture vers l'examen des négociations précontractuelles. Les parties avaient conclu un accord écrit de services de nettoyage qui prévoyait qu'une société aurait le statut de « fournisseur privilégié »

¹⁶⁷¹ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 33 : « *Prima facie, therefore, the negotiations are potentially relevant background. They may be inadmissible simply because they are irrelevant to the question which the court has to decide, namely, what the parties would reasonably be taken to have meant by the language which they finally adopted to express their agreement. For the reasons given by Lord Wilberforce, that will usually be the case. But not always. In exceptional cases, as Lord Nicholls has forcibly argued, a rule that prior negotiations are always inadmissible will prevent the court from giving effect to what a reasonable man in the position of the parties would have taken them to have meant [...]. In principle [...] I would accept that previous negotiations may be relevant* ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

¹⁶⁷² Lord WILBERFORCE in *Prenn v. Simmonds*, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384, à propos des négociations précontractuelles : « *La preuve [des négociations préalables entre les parties] n'aide en rien* ». V. *supra* n° 216.

¹⁶⁷³ Gerard MCMEELE, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 1.152, p. 78.

¹⁶⁷⁴ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 33.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, n° 35.

¹⁶⁷⁶ *Proforce Recruit Ltd v. The Rugby Group Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 17 fév. 2006, [2006] EWCA Civ 69.

auprès d'un client. Un litige survint : la société de nettoyage prétendait que le client ne lui avait pas donné la possibilité de faire une offre de fourniture de personnel avant d'engager des contractants par l'intermédiaire d'autres agences de telle sorte que le client avait donc violé la clause « fournisseur privilégié » du contrat. Selon l'entreprise de nettoyage, le sens des mots « statut de fournisseur privilégié » était celui que les parties leur avaient donné lors des négociations précédant la signature du contrat. Cette lecture était contestée par le client. L'accord contenait également une clause d'intégralité¹⁶⁷⁷. Le juge de première instance, respectant la *parol evidence rule* et le principe d'irrecevabilité des négociations précontractuelles qui en découle, rejeta la demande de la société de nettoyage au motif que ce qui avait été dit dans les discussions ayant mené à l'accord était irrecevable pour l'interprétation de ce dernier et était exclu par la clause d'intégralité. Le fournisseur interjeta appel, soutenant que les deux parties avaient abordé le contrat en se fondant sur le fait que le « statut de fournisseur privilégié » signifiait que le client s'engageait à offrir à la société de nettoyage la possibilité de fournir du personnel avant de faire appel à d'autres fournisseurs et que cette signification précise avait été débattue et acceptée par les deux parties.

La *Court of Appeal* reconnut la validité des arguments du fournisseur : la recevabilité de preuves extrinsèques pour interpréter l'accord n'était pas complètement impensable dans un tel cas. En effet, les parties avaient utilisé une combinaison très inhabituelle de mots dont le sens n'était pas défini, tel que cela avait pu être le cas dans d'autres affaires¹⁶⁷⁸. Dans l'affaire *Proforce*, en l'absence de définition, de clarification opérée dans le contrat par les parties elles-mêmes, les juges de la *Court of Appeal* estimèrent pouvoir raisonnablement soutenir que les termes litigieux avaient le sens que les parties leur avaient donné dans les échanges ayant mené à la signature de l'accord. En admettant la preuve du contenu de ces communications, le tribunal ne tiendrait pas compte de l'intention subjective des parties, mais identifierait le sens que les parties avaient en fait incorporé dans leur accord en replaçant le contrat dans son contexte¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁷ V. *supra* n^{os} 246s et *infra* n^{os} 408s.

¹⁶⁷⁸ Lord Justice MUMMERY in *Proforce Recruit Ltd v. The Rugby Group Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 17 fév. 2006, [2006] EWCA Civ 69, n^o 24 : « L'expression "statut de fournisseur privilégié" n'est définie par les parties nulle part dans l'accord. Hormis l'affaire *Dunblane Property Ltd v. MotorCare Holdings* [...] EWCA Civ 1033, dans laquelle l'accord en question contenait une définition expresse de cette expression, sa signification n'a été examinée par les tribunaux dans aucune affaire rapportée et citée devant la Cour » ; « The expression "preferred supplier status" is not defined by the parties anywhere in the agreement. Apart from the case of *Dunblane Property Ltd v. MotorCare Holdings* [...] in which the agreement in question contained an express definition of that expression, its meaning has not been judicially considered in any reported case cited to the court ».

¹⁶⁷⁹ Lord Justice MUMMERY in *Proforce Recruit Ltd v. The Rugby Group Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 17 fév. 2006, *Court of Appeal* [2006] EWCA Civ 69, n^o 25 : « The expression does not, in my view, have an obvious natural and ordinary meaning. Its meaning can only be properly determined in the context of the agreement read

Il était ainsi possible de distinguer le cas d'espèce de l'hypothèse classique dans laquelle la preuve des négociations précontractuelles était exclue.

385. *Private dictionary rule.* Par conséquent, la règle selon laquelle les juges peuvent, pour donner du sens aux stipulations contractuelles, se référer à une définition donnée par les parties contractantes elles-mêmes¹⁶⁸⁰ constitue en réalité un premier assouplissement du refus de tenir compte des négociations puisque la définition peut se trouver dans ces échanges précontractuels. En effet, les juges anglais admettent que la définition permettant d'éclairer le sens de l'*instrumentum* final puisse se trouver dans les échanges constituant les négociations précontractuelles¹⁶⁸¹. Une telle inflexion à l'exclusion des négociations précontractuelles est bienvenue : il semble contre-productif de maintenir une exclusion ferme des négociations et échanges précontractuels du processus d'interprétation lorsque ceux-ci contiennent la mention d'une définition, d'une clarification, apportée par l'une des parties et acceptée par l'autre, sur le sens d'un terme ou d'une expression employés dans l'*instrumentum* final. À défaut de clause ou avenant interprétatifs, il semble préférable d'autoriser le juge à se fonder sur des documents produits par les parties elles-mêmes plutôt que de mettre en œuvre une lecture littérale stricte de l'*instrumentum* qui pourrait ne concorder en rien avec l'intention réelle des parties contractantes.

Il existe des exceptions au refus du juge anglais d'examiner les négociations précontractuelles pour interpréter le contrat. Or il serait pertinent, pour plusieurs raisons, qu'une plus grande place leur soit faite dans le processus d'interprétation.

b) La pertinence d'une prise en compte des négociations précontractuelles

386. Une prise en compte souhaitable. Déjà miné par des exceptions jurisprudentielles établies, le refus de principe de la preuve des négociations précontractuelles est outre incohérent d'un point de vue procédural (i). Une prise en compte de principe des négociations

as a whole and of all the surrounding circumstances » : « *L'expression n'a pas, à mon avis, un sens naturel et ordinaire évident. Sa signification ne peut être correctement déterminée que dans le contexte de l'accord lu dans son ensemble et de toutes les circonstances qui l'entourent* ».

¹⁶⁸⁰ V. *supra* n° 237.

¹⁶⁸¹ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 45. V. également *Jones v. Bright Capital Ltd & Others*, *High Court of Justice*, 7 déc. 2006, [2006] EWHC 3151 (Ch) et *Shell Tankers (U.K.) Ltd v. Astro Camino Armadora S.A.*, *Court of Appeal*, 26 mars 1981, [1981] 2 Lloyd's Rep. 40 dans lesquels les juges se réfèrent sans difficulté aux échanges précontractuels pour déterminer, respectivement, le sens d'une clause posant le calcul d'une pension de retraite, et le sens du terme « assistance ».

précontractuelles serait par conséquent bienvenue, d'autant plus qu'elle n'est pas nécessairement incompatible avec la conception objective anglaise du contrat (ii).

i) L'incohérence procédurale du principe de refus de l'examen des négociations précontractuelles

387. Des paradoxes procéduraux. Le principe du refus de l'examen des négociations précontractuelles souffre ainsi de trop nombreuses exceptions pratiques pour être encore une règle solide régissant l'office du juge. L'irrecevabilité de la preuve des négociations connaît également deux paradoxes de nature procédurale. En effet, la preuve des négociations précontractuelles est admise dans le cadre de deux actions qui sont quasi-systématiquement menées en parallèle d'une action en interprétation du contrat. Il s'agit dans un premier temps de l'action en *rectification* et de la contestation de la formation d'un contrat.

- La prise en compte des négociations précontractuelles en matière de *rectification*

388. Un artifice difficilement résolu. Les négociations sont recevables et sont soumises aux juges en matière de *rectification*, action presque systématiquement menée par les plaideurs en parallèle de l'action en interprétation du contrat¹⁶⁸². Les juges ont donc connaissance des échanges précontractuels pour examiner l'action en *rectification*¹⁶⁸³ mais devraient les mettre de côté lorsqu'ils examinent l'action en interprétation. Leur imposer un tel artifice n'est sans doute pas leur faciliter la tâche d'interprétation du contrat. Pour résoudre la difficulté, il serait possible d'imaginer que les juges tranchent d'abord la question de l'interprétation puis celle de la *rectification*, ce qui est pertinent au regard du sens de ces deux actions. En effet, la *rectification* constituant une véritable modification de l'*instrumentum* par les juges, il sera facilement admis que ceux-ci préfèrent vérifier en premier lieu le bien-fondé de l'action en l'interprétation qui n'appelle pas de modification matérielle de l'acte. En matière de formation du contrat, la problématique est moins difficilement résolue.

- La prise en compte des négociations précontractuelles en matière de formation du contrat

389. Un artifice irréductible. Un problème similaire à l'incohérence entre l'action en interprétation et l'action en *rectification* se pose en matière de formation du contrat. En effet,

¹⁶⁸² V. *infra* n° 480.

¹⁶⁸³ V. *infra* nos 436s.

lorsque le litige porte, non pas sur le sens de *l'instrumentum*, mais sur la formation même du contrat, la preuve des négociations précontractuelles est sans difficulté considérée comme recevable¹⁶⁸⁴. Cette incohérence a été reconnue par Lord CLARKE, siégeant à la Cour suprême du Royaume-Uni : « *aucune distinction raisonnable ne peut être tracée entre le fait d'admettre sans réserve les communications afin de résoudre la question de savoir si elles ont abouti à la conclusion d'une rupture conventionnelle [...] et le fait de les admettre afin de résoudre la question de savoir quel était le contenu de cet accord* »¹⁶⁸⁵. Pour le cas où le litige porterait à la fois sur l'existence d'un contrat et sur son interprétation, les juges ont connaissance des négociations précontractuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si le contrat a été formé, mais devrait mettre de côté toutes ces informations en matière d'interprétation. Une telle hypothèse est fréquente en pratique : une partie qui prétend ne pas avoir obtenu satisfaction selon les termes du contrat et qui agit sur le fondement d'un *breach of contract*¹⁶⁸⁶ en vue d'obtenir des dommages intérêts agira également sur le fondement de l'existence du contrat, en arguant que, si elle a donné aux termes du contrat un sens et que l'autre partie leur a donné un autre sens, alors il n'y a tout simplement pas de rencontre des volontés, donc pas de contrat. Autrement dit, le sens donné au langage contractuel détermine souvent s'il s'agit effectivement de langage de nature contractuelle, c'est-à-dire s'il y a effectivement un contrat¹⁶⁸⁷. Les deux actions sont donc étroitement liées. De plus, s'il était possible d'envisager que la question de l'interprétation soit résolue par les juges avant celle de la *rectification*, il ne leur est en revanche pas possible d'interpréter le contrat avant d'avoir conclu à son existence. La question de la formation du contrat, résolue à l'aide des échanges précontractuels, sera forcément envisagée avant celle du sens de *l'instrumentum*.

Bien qu'il faille souligner que la recevabilité de principe des négociations précontractuelles rendrait le mécanisme du droit anglais qu'est la *rectification* particulièrement redondant par rapport à l'interprétation¹⁶⁸⁸ puisque la principale différence qui subsiste aujourd'hui entre les deux mécanismes réside dans la recevabilité de principe des négociations

¹⁶⁸⁴ V. *supra* n° 222.

¹⁶⁸⁵ Lord CLARKE in *Oceanbulk Shipping & Trading SA v. TMT Asia Ltd*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 27 oct. 2010, [2010] UKSC 44 ; [2011] 1 A.C. 662 ; [2010] 3 WLR 1424, n° 42 : « *no sensible line can be drawn between admitting without prejudice communications in order to resolve the issue whether they have resulted in a concluded compromise agreement [...] and admitting them in order to resolve the issue what that agreement was* ». Il convient de préciser que les négociations, selon Lord CLARKE, doivent certes être admises mais doivent être considérées objectivement, v. *infra* n° 390.

¹⁶⁸⁶ Forme de responsabilité contractuelle.

¹⁶⁸⁷ David MCLAUCHLAN, « A Contract Contradiction », *VUWLR*, vol. 30, 1999, p. 183.

¹⁶⁸⁸ V. sur ce point Gerard MCMEEL, « The rise of commercial construction in contract law », *LMCLQ*, n° 3, 1998, p. 382 ; « Interpretation and Mistake in Contract Law – “the fox knows many things” », *LMCLQ*, n° 1, 2006, p. 49.

dans le cas d'une action en *rectification*¹⁶⁸⁹, les difficultés procédurales présentées sont autant d'arguments qui militent en faveur de la recevabilité de la preuve des négociations précontractuelles et de leur examen systématique par le juge.

ii) La pertinence de l'examen des négociations eu égard à l'office du juge

390. La cohérence entre l'examen des négociations et le droit anglais des contrats.

La recevabilité et l'examen des négociations font débat car elles ne seraient pas compatibles avec la conception objective anglaise du contrat. Il convient de s'en assurer. Les échanges précontractuels regorgent certes de déclaration d'intention subjectives, considérées comme indésirables, mais le droit anglais des contrats, ainsi que le montre notamment les règles et le contentieux en matière de formation du contrat, est très préoccupé par les attentes légitimes du contractant¹⁶⁹⁰. Or la légitimité de l'attente du cocontractant dépend en grande partie de ce qu'a dit ou fait l'autre contractant lors des échanges précontractuels. À cet égard, les échanges précontractuels apportent au juge un éclairage non négligeable et cohérent au regard d'un des mécanismes centraux, l'attente légitime, du droit anglais des contrats.

391. La possible compatibilité : l'omniprésence de la personne raisonnable. Les juges anglais ont aujourd'hui admis qu'il n'y a pas de limite conceptuelle au contexte pertinent qu'ils peuvent examiner pour interpréter le contrat. L'exclusion de l'examen des négociations précontractuelles est donc fondée uniquement, en théorie¹⁶⁹¹, sur une incompatibilité avec la conception objective du contrat. Or cette incompatibilité est discutable. En effet, interpréter consiste pour le juge à déterminer la volonté contractuelle des parties¹⁶⁹², quelle que soit la façon dont est conçue cette volonté. En France, la volonté est conçue subjectivement donc la recevabilité et l'examen des négociations précontractuelles, conçues comme une ouverture sur le for intérieur des parties, semblent logiques¹⁶⁹³. En droit anglais, de la même façon que l'élément factuel que constituent les termes employés par l'*instrumentum*, les négociations précontractuelles pourraient être envisagées par le juge à travers le prisme d'une personne raisonnable. Il s'agirait donc du même processus d'interprétation : les termes employés dans

¹⁶⁸⁹ Concernant cette différence de régimes, v. *infra* n^{os} 476s.

¹⁶⁹⁰ V. *supra* n^o 221.

¹⁶⁹¹ Par opposition aux considérations pratiques relatives à l'épaississement des dossiers soumis par les plaideurs et l'encombrement des juridictions, v. *supra* n^o 378.

¹⁶⁹² V. *supra* n^o 177.

¹⁶⁹³ V. *supra* n^o 375.

les négociations précontractuelles recevront le sens qu'une personne raisonnable leur aurait donné, comme les termes de l'*instrumentum*. L'interprétation du contrat en droit anglais correspond donc à la recherche de la volonté apparente des parties perçue par une personne raisonnable placée dans le même contexte que les parties au moment de la conclusion du contrat. L'examen des négociations ne ferait qu'apporter des informations supplémentaires à la personne raisonnable qui les examine, elle « *permettrait plutôt à la personne raisonnable fictive d'être plus pleinement informée du contexte* »¹⁶⁹⁴. Autrement dit, la recevabilité et l'examen des négociations précontractuelles ne sont pas nécessairement incompatibles avec la conception objective sous-jacente du contrat : il suffit d'envisager les négociations à travers le prisme de la personne raisonnable pour sauvegarder le caractère objectif de la méthode d'interprétation si cher aux juges anglais. Contrairement à ce qu'il serait possible de croire au premier abord, une lecture objective des négociations précontractuelles nourrirait donc l'interprétation objective de l'*instrumentum*.

Par conséquent, il faut encore se montrer prudent avant d'affirmer que la méthode anglaise d'interprétation a connu, ou peut connaître, un mouvement de subjectivisation. Le droit positif anglais éprouve des difficultés à se départir de ses traditions ; dès lors, le correctif emprunté à la méthode subjective française est modifié, retouché, afin de se fondre plus facilement dans l'ensemble que constitue la culture juridique anglaise fermée à tout ce qui ressemble, de près ou de loin, à une recherche de volonté interne.

392. Faciliter l'exercice de l'office du juge. Admettre les négociations précontractuelles reviendrait ainsi à faciliter la tâche du juge. Le juge disposerait de plus de moyens pour comprendre le contexte de conclusion du contrat dont les négociations sont un élément majeur. Ainsi que s'en étonne Lord NICHOLLS : « *Pourquoi le juge devrait-il deviner alors qu'il peut savoir ? [...] Pourquoi le tribunal devrait-il se voir refuser cette aide ?* »¹⁶⁹⁵. L'examen des négociations précontractuelles est pertinent pour permettre au juge de réaliser au mieux son travail d'interprétation du contrat et d'exercer au mieux son office, quelle que soit la façon dont est conçu cet office : qu'il recherche la volonté réelle tel que le fait le juge français ou la volonté qu'il est raisonnablement possible d'attribuer aux parties eu égard au contexte de conclusion du contrat tel que le fait le juge anglais.

¹⁶⁹⁴ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 583 : « *this would enable the notional reasonable person to be more fully informed of the background context* ».

¹⁶⁹⁵ Donald NICHOLLS, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *LQR*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 581.

393. Une prise en compte cohérente avec la méthode moderne d'interprétation. Les arguments précédemment avancés en faveur de la recevabilité et de l'examen des négociations précontractuelles, qui sont d'une part la sauvegarde du littéralisme car l'admission des négociations demeurerait une exception et, d'autre part, la sauvegarde de l'objectivité de la méthode car ces négociations seraient envisagées à travers le prisme de la personne raisonnable¹⁶⁹⁶, demeurent timides. Il faut aussi et surtout prendre acte du recul considérable de la méthode purement objective en matière de formation du contrat mais aussi en matière d'interprétation du contrat. L'approche contextuelle, bien qu'elle ne donne pas lieu à la recherche de volonté réelle ou interne telle que la pratique le juge français, est loin d'être purement objective. Elle est d'une nature hybride qui permet la prise en compte des négociations précontractuelles par les juges.

La prise en compte d'éléments extrinsèques pour interpréter le contrat est initialement une caractéristique française que le juge anglais a timidement intégré aux outils à sa disposition en matière d'interprétation. Il n'est alors pas étonnant de constater que certains éléments extrinsèques ne sont pris en compte que par le juge français.

B) Des éléments extrinsèques propres au droit français : la force de la différence des cultures juridiques

394. La particularité du comportement subséquent des parties. Parmi les éléments susceptibles d'éclairer la volonté des contractants, leur comportement subséquent présente la particularité de ne pas faire partie du contexte de conclusion du contrat puisqu'il intervient seulement ensuite, au stade de l'exécution. Il est un critère subjectif, propre à chaque partie contractante susceptible de révéler leur volonté réelle. À ce titre, il s'apparente ainsi à une méthode subjective rejetée par les juges anglais (1). De la même façon, alors que les juges français se réfèrent assez facilement à des contrats extérieurs au contrat qu'ils doivent interpréter, les juges anglais se refusent à faire de même (2).

¹⁶⁹⁶ V. *supra* n^{os} 379 et 391.

1) Le comportement subséquent des parties : un élément éclairant la volonté *a posteriori*

395. Analogie avec les négociations précontractuelles. Les juges anglais se sont lentement acheminés vers l'examen, non systématique cependant, des négociations précontractuelles. Il est possible de penser que cet assouplissement permettrait également une ouverture dans le sens de la prise en compte du comportement des contractants en cours d'exécution¹⁶⁹⁷. En réalité, le rejet initial de ces éléments est fondé sur la même idée : seul l'*instrumentum* dans sa rédaction finale renferme l'accord auquel sont parvenues les parties. Cette doctrine exclut en principe autant la recevabilité d'éléments antérieurs à la conclusion du contrat que celle d'éléments postérieurs. Le rejet absolu de la preuve des négociations est tombé avec l'acceptation de l'idée qu'un élément antérieur à la formation du contrat puisse révéler la volonté qu'une personne raisonnable attribuerait aux parties contractantes. Cependant, après la conclusion du contrat, au stade de son exécution, il est beaucoup plus difficile d'admettre, dans une tradition de primauté du littéralisme, que des éléments postérieurs révèlent les contours d'une volonté en principe déjà figée dans l'*instrumentum*.

396. La constance de la volonté des parties. Admettre le comportement ultérieur des parties révèle leur véritable volonté contractuelle suppose la constance de la volonté des parties contractantes. En effet, examiner le comportement des contractants après la conclusion du contrat comme un élément permettant d'éclairer leur volonté¹⁶⁹⁸ revient à postuler que le texte du contrat a trahi la volonté contractuelle des parties et il convient de rectifier cette erreur en « *rendant contraignantes les actions des parties plutôt que leurs stipulations* »¹⁶⁹⁹. Cependant, il est tout à fait possible d'imaginer que les termes de l'*instrumentum* aient fidèlement reflété la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, mais que l'une des parties, changeant d'avis, agisse ensuite de façon non conforme à la volonté contractuelle. Or il n'est pas possible pour le juge d'opérer une distinction claire entre ces deux situations. Ainsi, si le but apparemment poursuivi en France et en Angleterre par les juges, le législateur et la doctrine dans l'élaboration de la méthode d'interprétation des contrats réside dans la restriction du pouvoir du juge et la garantie de la sécurité juridique, il semble alors préférable de refuser

¹⁶⁹⁷ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation du contrat : perspectives comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 2017, pp. 363s.

¹⁶⁹⁸ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 289, p. 246.

¹⁶⁹⁹ Caroline LARDAUD-CLERC, *Le changement de comportement du créancier en cours d'exécution du contrat. Étude de droit français et anglais*, Thèse, Université Lyon 3, 2015, dactyl., n° 161, p. 169.

catégoriquement l'examen par le juge du comportement ultérieur des parties, ce que fit initialement la jurisprudence anglaise.

397. Le rejet de l'examen du comportement du contractant en cours d'exécution du contrat. Dans un arrêt de la *House of Lords* rendu en 1970¹⁷⁰⁰, Lord HODSON écrit : « *Je dois ajouter que je ne peux souscrire à l'opinion qui semble avoir trouvé grâce aux yeux du Master of the Rolls et Widgery LJ. qu'en matière d'interprétation, le contrat peut être interprété non seulement selon les circonstances qui l'entourent mais aussi par référence à la conduite ultérieure des parties* »¹⁷⁰¹. Dans le même arrêt, Lord WILBERFORCE écrit : « [...] *une fois qu'il a été constaté que les parties n'avaient pas fait de choix exprès de loi applicable, il convenait de déterminer, à partir de toutes les circonstances contemporaines pertinentes, y compris, mais sans s'y limiter, ce que les parties avaient dit ou fait à l'époque, quelle intention devait leur être imputée au moment de la formation du contrat. À moins qu'elle ne fonde un estoppel*¹⁷⁰² *ou un accord ultérieur, je ne crois pas que la conduite subséquente puisse être pertinente pour répondre à cette question* »¹⁷⁰³. Le juge admet ainsi, en conformité avec sa doctrine, une exception à la *parol evidence rule* en reconnaissant qu'il puisse être utile au juge d'examiner la conduite des parties au moment de la formation du contrat car elle fait partie du contexte de conclusion du contrat. Cependant, il exclut la conduite au stade de l'exécution du contrat, se pliant au principe fondamental du droit positif anglais selon lequel seul l'*instrumentum* renferme l'accord final des parties et ne peut être lu à la lumière d'éléments postérieurs¹⁷⁰⁴.

398. Une première ouverture en matière de propriété de terrain. Malgré ce rejet initial de l'examen de la conduite subséquente des parties pour déduire la volonté contractuelle,

¹⁷⁰⁰ James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates, *House of Lords*, 3 mars 1970, [1970] AC 583, [1970] 1 Lloyd's Rep. 269, [1970] 1 All ER 796.

¹⁷⁰¹ Lord HODSON in James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates, *House of Lords*, 3 mars 1970, [1970] AC 583, [1970] 1 Lloyd's Rep. 269, [1970] 1 All ER 796 : « *I should add that I cannot assent to the view which seems to have found favour in the eyes of the Master of the Rolls and Widgery LJ. that as a matter of construction the contract can be construed not only in its surrounding circumstances but also by reference to the subsequent conduct of the parties* ».

¹⁷⁰² V. *supra* n° 169.

¹⁷⁰³ Lord WILBERFORCE in James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates, *House of Lords*, 3 mars 1970, [1970] AC 583, [1970] 1 Lloyd's Rep. 269 ; [1970] 1 All ER 796, n° 614 : « [...] *once it was seen that the parties had made no express choice of law, the correct course was to ascertain from all relevant contemporary circumstances including, but not limited to, what the parties said or did at the time, what intention ought to be imputed to them on the formation of the contract. Unless it were to found an estoppel or a subsequent agreement, I do not think that subsequent conduct can be relevant to this question* ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

¹⁷⁰⁴ V. *supra* n° 216 les développements relatifs à l'arrêt *Prenn v. Simmonds*.

un premier arrêt datant de 1918¹⁷⁰⁵ avait ouvert la voie à l'examen de la conduite ultérieure des parties dans le cas d'un *instrumentum*¹⁷⁰⁶ opérant la cession d'un terrain. Examinant une série de jurisprudences anciennes, le juge arriva à la conclusion que la conduite subséquente des parties pouvait éclairer les termes de l'*instrumentum* seulement lorsque ceux-ci présentaient une ambiguïté¹⁷⁰⁷.

399. Le comportement subséquent, indice de la volonté contractuelle initiale.

Depuis cet assouplissement mineur, force est de constater que la *contextual approach* a étendu l'office du juge anglais en lui permettant de se fonder, ouvertement, sur d'autres éléments que le seul *instrumentum* dans le but d'établir le contexte de conclusion du contrat. Cela ouvrait alors la voie à la prise en compte d'éléments tels que la conduite des parties pour déterminer leur volonté contractuelle. Dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1999¹⁷⁰⁸, Lord HOFFMANN précise : « *La preuve d'un comportement ultérieur, qui serait irrecevable pour interpréter un contrat purement écrit [...] montre ce que les parties pensaient avoir convenu* »¹⁷⁰⁹. Le juge accepte donc en l'espèce que la conduite ultérieure d'une partie constitue un indice de la volonté qu'il est raisonnable de lui attribuer au moment de la conclusion du contrat.

400. Un examen marginal de la conduite subséquente des parties. Dans certaines décisions, la conduite subséquente des parties apparaît comme un des facteurs retenus par le juge pour interpréter l'*instrumentum*. Par exemple, dans un arrêt de 2015¹⁷¹⁰, le juge de la *High Court* retient que la conduite du maître d'ouvrage qui avait payé sans difficulté le constructeur en conformité avec un certain barème ne pouvait ensuite efficacement le contester. De la même façon, dans un litige portant sur la délimitation de la propriété vendue, le juge retient, parmi

¹⁷⁰⁵ *Watcham v. Attorney General (East Africa Protectorate)*, 11 juin 1918, *United Kingdom Privy Council*, [1918] UKPC 54.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁰⁷ Plus précisément, le juge distingue l'ambiguïté « latente » et l'ambiguïté « patente ». Par « latente », le juge fait référence aux difficultés que présente un document « ancien » dont les termes n'ont plus le même sens au jour du litige. Il admet que, dans un tel cas restreint, le juge fasse appel à la conduite des parties pour déterminer quel sens donner à l'*instrumentum*. Il nomme ambiguïté « patente » la contradiction entre, d'une part, l'*instrumentum* qui contient la description du terrain cédé et un plan annexe. Dans un tel cas, en revanche, il précise que l'*instrumentum* prévaut, la conduite des parties ou toute autre élément extrinsèque demeurant indifférents.

¹⁷⁰⁸ *Carmichael and Another v. National Power Plc*, *House of Lords*, 18 nov. 1999, [1999] UKHL 47; [1999] 1 WLR 2042; [1999] 4 All ER 897.

¹⁷⁰⁹ Lord HOFFMANN in *Carmichael and Another v. National Power Plc*, *House of Lords*, 18 nov. 1999, [1999] 1 WLR 2042, n° 2051 : « *Evidence of subsequent conduct, which would be inadmissible to construe a purely written contract [...] shows what the parties thought they had agreed* ».

¹⁷¹⁰ *Mears Ltd v. Shoreline Housing Partnership Ltd*, *High Court of Justice*, 20 mai 2015, (2015) EWHC 1396 (TCC).

une petite dizaine d'indices concordants, que « *la conduite [du vendeur] après le transfert indique clairement qu'il entend que la zone du jardin était incluse dans le terrain vendu à la société* »¹⁷¹¹.

401. Méthode objective et comportement des parties. L'examen du comportement ultérieur des parties comme élément permettant d'éclairer leur volonté et entrant dans la notion d'*admissible background*, facilement réalisée en droit positif français¹⁷¹², a donné lieu à un débat animé parmi la doctrine et les juges anglo-saxons en raison de son incompatibilité avec la conception objective du contrat et la méthode d'interprétation qui en découle. Cependant, un auteur souligne qu'il est possible de considérer que la recevabilité de la preuve et l'examen du comportement ultérieur des parties constituent « *une extension du principe selon lequel les termes du contrat doivent être compris à la lumière des circonstances de fait dans lesquelles se trouvaient les parties* »¹⁷¹³ de telle sorte qu'elle ne serait pas nécessairement incompatible avec la méthode objective d'interprétation du contrat.

Le droit français présente la particularité, par rapport au droit anglais, d'autoriser le juge à prendre en compte une plus grande variété d'éléments extrinsèques en vue d'interpréter le contrat. Le juge français peut se fonder sur le comportement du contractant après la conclusion du contrat, mais également sur les contrats extérieurs à l'*instrumentum* litigieux.

2) Les contrats extérieurs à l'*instrumentum* interprété

402. Les indices de la volonté contractuelle. Les juges français recherchent régulièrement des indices de la volonté réelle des parties dans des actes juridiques, souvent d'autres contrats, qui se rattachent au contrat litigieux dans la mesure où ils font partie d'un même ensemble contractuel. À ce titre, ils permettent d'induire l'intention contractuelle en vertu d'une présomption de cohérence et de constance de l'intention des parties tout au long de l'opération qu'elles cherchent à réaliser (a). Plus étonnante est cependant la recherche d'indices révélant la volonté des parties dans des actes étrangers à l'ensemble contractuel (b).

¹⁷¹¹ Martin Lee Tingle v. Christopher & Susan Crutchley, *Deputy Adjudicator to HM Land Registry*, 26 juin 2009, [2009] *EWLandRA* 2008_0007, n° 15.4.

¹⁷¹² Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1988, *Bull. civ. I*, 1988, n° 352 ; Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, *Bull. civ. I*, 1993, n° 307 ; Com. 22 mars 2005, n° 02-15357, inédit.

¹⁷¹³ Timothy PILKINGTON, « Subsequent conduct and the objective theory of contract », *ABR*, n° 45, 2018, p. 248 : « [...] *an extension of the principle that the language of the contract is to be understood within the factual circumstances the parties were in and that in order to determine such circumstances* ».

a) Les actes du même ensemble contractuel : l'interdépendance des contrats

403. L'ensemble contractuel. Depuis la réforme de 2016, le Code civil prévoit explicitement que « *Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci* »¹⁷¹⁴. Cet article n'est en réalité que la consécration de cette méthode d'interprétation déjà mise en œuvre par les juges du fond. Les cours d'appel retenaient déjà « l'interdépendance » de plusieurs contrats pour interpréter l'acte litigieux. L'expression d'ensemble contractuel¹⁷¹⁵ a souvent été utilisée pour expliquer ce raisonnement des juges du fond et de la Cour de cassation¹⁷¹⁶. En effet, si l'indivisibilité des contrats peut tout à fait être prévue par les parties, les juges peuvent également la constater en caractérisant la « *finalité commune* »¹⁷¹⁷ de plusieurs contrats et ainsi interpréter le contrat litigieux à la lumière d'autres contrats. Cependant, ainsi que le souligne un auteur, la preuve de l'interdépendance des contrats n'est pas évidente car, en principe, un contrat est formé de façon autonome¹⁷¹⁸. Les juges retiennent aussi régulièrement l'indivisibilité, fondée tour à tour sur la notion de condition ou de cause, rendant la jurisprudence en matière peu limpide¹⁷¹⁹. En toute hypothèse, le mécanisme repose sur l'idée que l'intention d'une partie peut être décelée dans les stipulations des autres actes juridiques relatifs à la même opération que le contrat dont l'interprétation pose un problème parce que l'intention des parties est supposée être constante et cohérente de façon à garantir la réalisation et l'efficacité de l'opération.

404. Mise en œuvre. Ainsi, la cour d'appel de Rennes¹⁷²⁰ eut à connaître des faits suivants : la société Entreprise Guiban, le 16 décembre 2005, a conclu avec la SAS Atlance France un contrat de location de matériel portant sur la fourniture de 18 boîtiers de géolocalisation, sur une durée de 60 mois moyennant le paiement de 720 € HT par mois. Pour l'exécution de ce contrat, en décembre 2015, la SAS Atlance France a acquis cet équipement

¹⁷¹⁴ Art. 1189, al. 2 du C. civil.

¹⁷¹⁵ Ibrahim NAJJAR, « La notion d'ensemble contractuel », in *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, LexisNexis/Litec, 2004, p. 509.

¹⁷¹⁶ Carole AUBERT DE VINCELLES, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC*, n° 3, 2007, p. 983.

¹⁷¹⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 502., p. 466.

¹⁷¹⁸ Sarah BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.*, 2009, p. 961.

¹⁷¹⁹ Soraya AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascades des contrats », *Deffrénois*, n° 6, 2002, p. 355, spéc. n°s 6s, visant l'« *incohérence des fondements actuels* ».

¹⁷²⁰ CA de Rennes, 2^{ème} ch., 22 avril 2016, n° 15/00109.

auprès de la société Atimis. Le matériel a ensuite été donné en location à la société Entreprise Guiban par la société Atlance France, la société Atimis devant assurer une prestation de géolocalisation en temps réel. La société Atimis ayant été placée en liquidation judiciaire, la prestation de géolocalisation ne pouvait plus être assurée. Le preneur, considérant qu'il y avait résiliation subséquente du contrat de location, cessa le paiement des loyers.

La cour d'appel de Rennes précise que la location financière des équipements, quand bien même elle ne repose pas sur un contrat de crédit-bail, constituait « *une opération tripartite, nécessitant deux contrats liés l'un à l'autre, l'un de fourniture et l'autre de location* ». Ces deux contrats sont donc interdépendants car l'exécution du contrat de location dépend de la prestation de géolocalisation. En conséquence, la cour estime que les clauses du contrat de location qui prévoyaient la divisibilité des deux contrats et qui exonèrent le bailleur de toute responsabilité en cas de dysfonctionnement, de détérioration, voire de mise hors d'usage de l'équipement, doivent être réputées non écrites en raison de leur incompatibilité avec l'interdépendance constatée par la cour d'appel. Ainsi, la résiliation, licite, du contrat de fourniture de la prestation de géolocalisation justifiait la résiliation du contrat de location. Autrement dit, dans cet arrêt, la cour d'appel déduit de la nécessité de l'exécution de la première prestation, la fourniture de l'équipement, pour l'exécution de la seconde prestation, la géolocalisation, la finalité commune des deux contrats, à savoir le fonctionnement des boîtiers, afin de conclure à l'interdépendance des contrats.

S'il arrive que le juge français interprète un contrat à la lumière d'actes juridiques qui font partie du même ensemble contractuel, il va parfois plus loin et interprète l'*instrumentum* à la lumière d'actes qui sont étrangers à tout ensemble contractuel.

b) Les actes étrangers à l'ensemble contractuel

405. Une méthode validée par la Cour de cassation. Il arrive parfois que les juges se fondent, pour interpréter le contrat litigieux, sur des documents qui lui sont parfaitement étrangers. Dans un arrêt de 1967¹⁷²¹, la Cour de cassation admet la licéité de la référence à des documents extérieurs. En l'espèce, deux contrats avaient été conclus, le premier portant sur la location de bâtiments consentie à un boucher chevalin, le second sur la vente d'herbe issue d'un pré, dont l'acquéreur était le fils du preneur des immeubles. Or le contrat de location prévoyait que les bâtiments devaient être utilisés exclusivement pour l'embouche de chevaux de

¹⁷²¹ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1967, *Bull. civ.* I, n° 33.

boucherie, et le contrat de vente prévoyait que l'un des prés serait utilisé pour le pacage réservé exclusivement à des chevaux, l'acquéreur s'étant engagé à entretenir les clôtures, fosses et rigoles du pré. En conséquence, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un seul contrat de bail à ferme¹⁷²², excluant la qualification de bail rural¹⁷²³, conclu entre, d'une part, le propriétaire des bâtiments et prés, et, d'autre part, le boucher et son fils. Cette analyse est corroborée par la souscription par le boucher preneur d'un avenant d'assurance incendie en qualité de fermier. Cependant, une telle lecture, certes effectuée selon le pouvoir souverain des juges du fond, est en contradiction avec le principe selon lequel un contrat est formé de façon autonome.

En outre, l'attendu de la Cour de cassation quant à la prise en compte d'actes extérieurs mérite d'être mentionné car elle prend soin de préciser que « *l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux juges du fond de rechercher dans un acte étranger à l'une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer leur décision* ». En l'espèce, la requalification du contrat en bail à ferme avait sans doute pour objet d'empêcher les parties d'échapper au régime correspondant, le fils et le père s'étant probablement entendus préalablement à la conclusion de leur contrat respectif. De la même façon que dans les arrêts relatifs à l'ensemble contractuel, chacun des contrats comporte une partie commune qui permet de soupçonner, voire de présumer¹⁷²⁴, leur indivisibilité. Néanmoins, la question se pose de la portée de l'autorisation conférée aux juges du fond par la Cour de cassation. En effet, le juge est avant tout tenu de rechercher la volonté des parties. Or il paraît difficile, sur le principe, de déceler la volonté des parties dans un acte qui n'émane pas d'elles. La méthode peut sembler, à cet égard, contestable, si l'autorisation de la Cour de cassation vise tous les actes possibles, y compris ceux qui ne présentent pas de partie contractante commune avec le contrat litigieux¹⁷²⁵.

¹⁷²² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2020, p. 116 : « *Bail d'un fonds rural moyennant une redevance appelée fermage, fixée d'après le cours des denrées et à verser, soit en espèce, soit en nature, suivant la convention des parties* ».

¹⁷²³ *Ibid.*, p. 116 : « *Location d'un fonds rural garantissant au preneur, sans possibilité de reprise en cours de bail, une durée d'exploitation de 18 ou 25 ans, et comportant, en contrepartie, certains avantages pour le bailleur* ».

¹⁷²⁴ Étant précisé que cela serait contraire au principe d'autonomie du contrat légalement formé.

¹⁷²⁵ Aucune décision prenant en compte des contrats conclus entre l'un des contractants au contrat litigieux et un tiers n'a été trouvée, ce qui laisse penser que la limite n'a pas été franchie par la Cour de cassation.

Section 2 - La disparition de la *parol evidence rule* : le désaveu d'une conception purement objective du contrat

406. L'essoufflement de la *parol evidence rule*. La *parol evidence rule*, pilier d'une conception objective du contrat, a été largement critiquée et son existence remise en question. Sa dénomination peut être considérée comme malheureuse, car elle permet en réalité d'exclure aussi bien des débats des éléments oraux qu'écrits¹⁷²⁶. En outre, son existence fait l'objet de doutes car elle connaît, en raison de la *contextual approach*, un recul considérable. Afin de remédier à cet essoufflement de la *parol evidence rule*, les parties contractantes ont aujourd'hui fréquemment recours à des *entire agreement clauses*, clauses d'intégralité, qui indiquent expressément que l'*instrumentum* écrit renferme l'entièreté de l'accord des parties, à l'exclusion de tous les échanges écrits ou oraux entre elles. Or, en droit anglais, ces clauses, pourtant initialement susceptibles de donner un second souffle à la *parol evidence rule*, n'ont pas eu l'efficacité attendue (§ 1). Outre la *contextual approach*, un autre correctif a également été développé qui, sans être un mécanisme d'interprétation à proprement parler, parachève indubitablement le mouvement d'assouplissement de la *parol evidence rule*, et avec elle le désaveu d'une conception objective du contrat en droit anglais. En effet, lorsqu'il apparaît aux juges que les termes employés dans l'*instrumentum* n'expriment pas le véritable accord conclu entre les parties, celles-ci peuvent obtenir la *rectification* du contrat, autrement dit sa réécriture, afin de rendre l'*instrumentum* conforme à ce qui s'apparente à la volonté contractuelle réelle (§ 2).

§ 1 - La clause d'intégralité : un retour incertain à la *parol evidence rule*

407. Un remède partiellement efficace à l'imprévisibilité de l'interprétation. L'intangibilité initiale de la *parol evidence rule* avait pour objectif d'apporter au processus d'interprétation des contrats une sécurité en simplifiant la recherche du juge par l'exclusion de tout élément autre que l'*instrumentum* écrit. Le développement de la *contextual approach* ayant complexifié le processus d'interprétation, le résultat de celui-ci est devenu incertain. La clause d'intégralité est conçue comme un remède à cette imprévisibilité (A). Néanmoins, le succès de cette clause auprès des parties contractantes et sa reconnaissance par la jurisprudence n'ont pas

¹⁷²⁶ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15ème éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-021, p. 233.

empêché les juges de s'octroyer de multiples possibilités de passer outre, privant ainsi en partie le remède de son efficacité (B).

A) Un remède à l'imprévisibilité de l'interprétation

408. Une interprétation devenue imprévisible. De la même façon que la recherche d'intention subjectivement conçue rend le résultat de l'interprétation judiciaire difficilement prévisible, le développement de la *contextual approach* a contribué à rendre les règles d'interprétation du contrat par les juges anglais plus complexes et plus floues. Cela rend la prévisibilité de l'issue d'un litige relatif à l'interprétation extrêmement difficile pour les parties et leurs conseils. Pour remédier à cette imprévisibilité, les parties insèrent parfois dans leurs contrats, en particulier dans les contrats d'affaire, car les négociations qui ont précédé la conclusion du contrat sont souvent longues, des clauses qui précisent que l'*instrumentum* produit constitue leur accord entier et définitif. « *Le but d'une telle clause est d'essayer de faire en sorte que les éléments du contrat ne puissent être trouvés que dans le document contractuel lui-même et d'interdire aussi bien aux parties qu'au juge de rechercher l'intention des parties au-delà de ce document* »¹⁷²⁷. Ces clauses sont nommées clauses d'intégralité, en anglais *entire agreement clauses*. Le principe de ces clauses est admis sans difficulté par les juges anglais sur un fondement parfaitement en adéquation avec la prévalence de la volonté déclarée : la clause par laquelle les parties décident que le document écrit constitue l'entièreté de leur accord à l'exclusion de tout autre manifestation, représentation écrite ou orale, est une expression de leur volonté contractuelle. Par conséquent, le juge doit s'y tenir¹⁷²⁸. Une telle clause l'empêche donc de découvrir du contenu de nature contractuel hors de l'*instrumentum*. Plus précisément, en Angleterre, deux conceptions s'opposent au sein de la doctrine et de la jurisprudence quant à la valeur des *entire agreement clauses*, et, par conséquent, quant à leurs effets sur l'office du juge.

409. Une valeur absolue. La majorité de la doctrine anglaise semble s'accorder pour retenir que la valeur d'une telle clause devrait être absolue¹⁷²⁹. Autrement dit, la présence de la clause dans l'*instrumentum* imposerait au juge de débouter le demandeur qui se fonderait sur une représentation, orale ou écrite, effectuée avant la conclusion du contrat ou pendant son

¹⁷²⁷ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, n° 1, 2007, p. 481.

¹⁷²⁸ Cela étant vrai pour toutes les clauses d'interprétation, v. *supra* n° 232.

¹⁷²⁹ Alexander TRUKHTANOV, « Misrepresentation: Acknowledgment of Non-reliance as Defence », *LQR*, vol. 125, 2009, p. 648, « Exclusion of Liability for Pre-contractual Misrepresentation: A Setback », *LQR*, vol. 127, 2011, p. 345 ; Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar - clauses », *JCL*, vol. 22, n°1, 2006.

exécution¹⁷³⁰. Entendues comme des clauses excluant catégoriquement l'existence de stipulations contractuelles hors de l'*instrumentum*, les *entire agreement clauses* réduisent considérablement l'office du juge car ce dernier est contraint par la volonté des parties de trancher le litige sur le seul fondement des termes employés dans le document final. « *En droit anglais [...], la clause d'intégralité constitue une réaffirmation conventionnelle de la Parol Evidence Rule* »¹⁷³¹, selon laquelle l'*instrumentum* final est le seul document à contenir la volonté des parties et doit, par conséquent, constituer le seul objet de l'interprétation effectuée par le juge. L'utilisation fréquente de ces clauses, notamment dans les relations d'affaires, permet, *a priori*, de donner un nouveau souffle à la *parole evidence rule*.

410. L'office du juge facilité. Ces clauses ont pour effet de faciliter l'office du juge car ce dernier n'a plus à se demander s'il est pertinent ou pas de se référer au contexte de conclusion du contrat et, le cas échéant, de lire l'*instrumentum* à la lumière de ce contexte : « *Le droit anglais a toujours vu avec faveur les clauses de ce type, non seulement en raison de la liberté contractuelle, mais aussi parce qu'elles sont considérées comme utiles dans la mesure où elles privilégient la "certainty" dans les contrats, facilitent l'élaboration des contrats et des documents précontractuels et, surtout, épargnent, en cas de litige, de longues et difficiles recherches* »¹⁷³². La majorité de la jurisprudence anglaise semble adopter cette conception et accorder à l'*entire agreement clause* une valeur absolue¹⁷³³. Elle exclut ainsi l'existence de

¹⁷³⁰ Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar – clauses », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006, pp. 1-15.

¹⁷³¹ Marie LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *Revue Lamy Droit civil*, n° 35, 2007, n° 6. V. aussi : Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar – clauses », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006, p. 3 : « *In one sense, an entire agreement clause is simply a statement of the parties' agreement that this aspect of the parol evidence rule applies to the document* » ; « *En un sens, une clause d'intégralité est simplement une déclaration de l'accord des parties selon lequel cet aspect de la parol evidence rule [l'irrecevabilité de preuves autres que l'*instrumentum* pour attester du contenu du contrat] s'applique au document* ».

¹⁷³² Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation du contrat : perspectives comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 2017, pp. 363s. Le terme « *certainty* » fait ici référence à la sécurité juridique des contrats, v. *supra* n° 219.

¹⁷³³ *Inntrepreneur Pub Co. Ltd v. East Crown Ltd*, *Court of Appeal*, 28 juillet 2000, (2000) 2 Lloyd's Rep. 611. V. aussi : *Sere Holdings Limited v. Volkswagen Group United Kingdom Limited*, *High Court of Justice*, 5 juill. 2004, [2004] EWHC 1551 (Ch), n° 22, le juge se référant explicitement à Justice LIGHTMAN ; *Whitehead Mann Limited v. Cheverny Consulting Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 11 oct. 2006, [2006] EWCA Civ 1303, [2007] 1 All ER (Comm) 124, n° 90 ; *BSkyB Ltd v. HP Enterprise Services UK Ltd*, *Queen's Bench Division (Technology & Construction Court)*, 26 janv. 2010, [2010] EWHC 86 (TCC), [2010] B. L.R. 267 ; 2841, n° 385 ; *AXA Sun Life Services Plc v. Campbell Martin Ltd*, *Brendon Partington, Gary Tibor Hosznyak*, *Court of Appeal*, 18 fév. 2011, [2011] EWCA Civ 133, [2011] 1 C. L.C. 312, n° 34 : « *an entire agreement [...] in a signed written agreement is effective in accordance with its terms* ». En l'espèce, la *Court of Appeal* précisa que le défendeur à l'appel était fondé à invoquer une *misrepresentation* l'ayant induit à contracter dans la mesure où, à l'inverse des *collateral contracts*, les *misrepresentations* n'étaient pas visées par l'*entire agreement clause*. V. aussi *Deepak Fertilizers and Petrochemical Corpn. v. Davy McKie (London) Ltd and ICI Chemicals and Polymers Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 12 nov. 1998, (1999) 1 T.C. L.R. 200, n° 214. En l'espèce, la *Court of*

toute *representation* ou *collateral contract* relatifs aux stipulations contractuelles visées par la clause.

Par exemple, dans un arrêt de la *Court of Appeal* rendu en 2000¹⁷³⁴, les juges eurent à connaître de l'action d'un bailleur contre son preneur, l'exploitant d'un *pub*, afin d'obtenir une *injonction* lui ordonnant de respecter « *a beer tie* », c'est-à-dire une clause, en l'espèce écrite, selon laquelle le preneur devait s'approvisionner en bière exclusivement dans la brasserie du bailleur. Le preneur tenta de faire valoir l'existence d'une clause¹⁷³⁵ formulée à l'occasion d'échanges entre les parties par laquelle le bailleur consentait à lever le *beer tie*. L'*instrumentum* contenant une clause d'intégralité, le juge retint son efficacité, estimant le preneur tenu par le *beer tie* en dépit de la croyance induite par le bailleur avant la conclusion du contrat. Dans un écrit régulièrement cité en la matière¹⁷³⁶, Justice LIGHTMAN précise : « *L'objectif d'une entiere agreement clause est d'empêcher une partie à un accord écrit de passer au crible le sous-bois et de trouver une remarque ou une déclaration (fortuite), (souvent oubliée depuis longtemps ou difficile à rappeler ou à expliquer), faite au cours des négociations, sur laquelle fonder une demande, telle que la présente, relative à l'existence d'une garantie accessoire. L'ensemble de la clause évite l'occasion d'une telle recherche[...] En effet, une telle clause constitue un accord contraignant entre les parties selon lequel l'intégralité des clauses contractuelles se trouve dans le document contenant la clause et non ailleurs, et un accord selon lequel, par conséquent, toute promesse ou assurance faite au cours des négociations (qui, en l'absence d'une telle clause, pourrait avoir effet à titre de collateral warranty) n'aura aucune force contractuelle,*

Appeal approuva le juge de la *High Court* d'avoir exclu l'existence d'un *collateral contract* sur le fondement d'une clause jugée suffisamment claire : « *This contract comprises the entire agreement between the parties, as detailed in the various articles and Annexures and there are not any agreements, understandings, promises or conditions, oral or written, expressed or implied, concerning the subject-matter which are not merged into this contract and superseded hereby* » ; « *Le présent contrat constitue l'intégralité de l'accord entre les parties, tel que détaillé dans les différents articles et annexes, et il n'existe aucun accord, entente, promesse ou condition, orale ou écrite, expresse ou implicite, concernant l'objet du présent contrat qui ne soit pas fusionné avec le présent contrat et remplacé par celui-ci* ».

¹⁷³⁴ *Inntrepreneur Pub Co. Ltd v. East Crown Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 28 juill. 2000, (2000) 2 Lloyd's Rep. 611.

¹⁷³⁵ Plus précisément, il s'agissait de la non-exécution d'une *warranty*, c'est-à-dire une clause dont la non-exécution permet d'obtenir des dommages et intérêts mais ne peut permettre au contractant de considérer le contrat comme terminé, v. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 6-044 Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 18-043, p. 981.

¹⁷³⁶ V. par ex. *Cheverny Consulting Ltd v. Whitehead Mann Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 11 oct. 2006, [2006] EWCA Civ 1303, [2007] 1 All ER (Comm) 124, n° 90. Dans cet arrêt, Lord Justice CARNWATH s'est contenté de citer et reformuler les propos de Justice LIGHTMAN dans l'affaire *Inntrepreneur Pub Co. Ltd* pour conclure qu'une lettre séparée de l'*instrumentum* ne constituait pas un *collateral contract* : « *The whole purpose of such a clause is to exclude any factual inquiry into what other agreements or understandings there might be* » ; « *L'objectif d'une telle clause est d'exclure tout questionnement de fait sur les autres accords ou arrangements qui pourraient exister* ».

sauf si elle est reprise et appliquée dans ce document. L'application de la clause n'a pas pour but de rendre la preuve de la garantie collatérale irrecevable [...] : il s'agit de priver d'effet juridique ce qui constituerait autrement une garantie collatérale »¹⁷³⁷. Autrement dit, la valeur absolue de l'*entire agreement clause* suppose que le juge ne se pose pas la question de savoir s'il existe ou non des stipulations contractuelles entre les mêmes parties hors de l'*instrumentum* qu'il doit interpréter.

411. L'*entire agreement clause*, un engagement contractuel. Selon cette conception, l'*entire agreement clause* insérée dans l'*instrumentum* constitue une partie de l'accord contractuel contraignant entre les parties. Chacune est alors en principe privée de la possibilité d'alléguer l'existence d'une stipulation contractuelle extrinsèque¹⁷³⁸ en présentant une analyse détaillée de ce qui a été dit ou écrit lors des négociations précontractuelles (le « *sous-bois* »). Une telle allégation formulée devant un tribunal constitue donc, dans cette logique, a *breach of contract*¹⁷³⁹. Donner à l'*entire agreement clause* une valeur absolue conduit à placer le raisonnement du juge non pas sur le terrain de la recevabilité de la preuve d'un éventuel *collateral contract* mais de la force probatoire. Lorsqu'un document écrit dépourvu d'*entire agreement clause*, il est possible pour le juge de se demander si cet *instrumentum* renferme la totalité de l'accord des parties. En revanche, la présence d'une telle clause fait indiscutablement de l'*instrumentum* l'incarnation complète de l'accord contractuel et tout élément qui serait soumis au juge en vue de démontrer l'existence d'une stipulation contractuelle extrinsèque est dépourvu de force probante. Cette idée porte le nom d'*integration* : « *la clause constitue un*

¹⁷³⁷ Lord Justice LIGHTMAN in *Inntrepreneur Pub Co. Ltd v. East Crown Ltd*, *High Court of Justice*, 28 juillet 2000, (2000) 2 Lloyd's Rep. 611, n° 6 : « *The purpose of an entire agreement clause is to preclude a party to a written agreement from threshing through the undergrowth and finding in the course of negotiations some (chance) remark or statement (often long forgotten or difficult to recall or explain) on which to found a claim such as the present to the existence of a collateral warranty. The entire agreement clause obviates the occasion for any such search [...]. For such a clause constitutes a binding agreement between the parties that the full contractual terms are to be found in the document containing the clause and not elsewhere, and that accordingly any promises or assurances made in the course of the negotiations (which in the absence of such a clause might have effect as a collateral warranty) shall have no contractual force, save insofar as they are reflected and given effect in that document. The operation of the clause is not to render evidence of the collateral warranty inadmissible in evidence [...]: it is to denude what would otherwise constitute a collateral warranty of legal effect* ».

¹⁷³⁸ Elisabeth PEDEN et John CARTER, « *Entire agreement - and similar - clauses* », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006, p. 5 : « *Each is agreeing in favour of the other not to put forward as an express term of the contract any term not set out in the document* » ; « *Chacun consent en faveur de l'autre à ne pas présenter comme clause expresse du contrat une clause qui ne figure pas dans le document* ».

¹⁷³⁹ Inexécution contractuelle.

accord exprès selon lequel le document intègre le contrat »¹⁷⁴⁰. Le juge est donc dispensé de rechercher des éléments indiquant que le document écrit *intègre* l'accord contractuel¹⁷⁴¹.

412. La prévalence d'une valeur absolue des *entire agreement clauses*. Il ressort des arrêts relatifs à des contrats contenant une *entire agreement clause* que la jurisprudence anglaise adopte majoritairement la conception selon laquelle ces clauses ont une valeur absolue. Cependant, l'arrêt *Inntrepreneur*, et les décisions qu'il a inspirées, se concilient difficilement avec une autre partie du droit positif¹⁷⁴² : la technique par laquelle le juge admet l'existence d'un accord hors de l'*instrumentum*¹⁷⁴³. Une autre vision doctrinale de la valeur à accorder aux *entire agreement clauses* a alors vu le jour.

413. Une valeur relative. Une doctrine minoritaire considère que la présence d'une *entire agreement clause* ne suffit pas à conclure que le document écrit renferme la totalité de l'accord entre les parties¹⁷⁴⁴. Dans un litige opposant deux contractants, dont l'un soutiendrait l'existence d'une stipulation contractuelle consentie par les deux parties et ne figurant pas dans l'*instrumentum* final¹⁷⁴⁵, le juge devrait mesurer, d'un côté, l'assentiment des parties à l'*entire agreement clause* et, de l'autre côté, l'assentiment des parties à la disposition contractuelle alléguée¹⁷⁴⁶. Autrement dit, la clause d'intégralité n'est qu'un indice soutenant l'absence d'accord contractuel hors de l'*instrumentum* mais d'autres éléments peuvent indiquer qu'un tel accord existe. Par conséquent, il revient au juge d'évaluer le poids de ces éléments, s'ils existent, face à l'*entire agreement clause*. C'est la position retenue par la *Law Commission* dans son rapport relatif à la *parol evidence rule* en 1986 : « *En l'absence de disposition législative, une telle clause ne peut, à notre avis, avoir une valeur déterminante. Elle peut avoir une forte valeur persuasive, mais s'il était prouvé que, nonobstant la clause, les parties entendaient effectivement qu'une stipulation supplémentaire ait un effet contractuel, le tribunal donnerait*

¹⁷⁴⁰ Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar – clauses », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006, p. 7 : « [...] *the clause is an express agreement that the document which contains the clause integrates the contract* ». La doctrine américaine emploie le même terme pour ce concept : Mark K. GLASSER et Keith A. ROWLEY, « On Parol : The Construction and Interpretation of Written Agreements and the Role of Extrinsic Evidence in Contract Litigation », 1997, *Baylor L. Rev.*, vol. 49, p. 711.

¹⁷⁴¹ L'*entire agreement clause* est ainsi parfois nommée en français « clause d'intégralité », v. Marie LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *Revue Lamy Droit civil*, n° 35, 2007, n° 1.

¹⁷⁴² David McLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 526.

¹⁷⁴³ V. *infra* n°s 422s.

¹⁷⁴⁴ David McLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 521.

¹⁷⁴⁵ Il s'agit notamment des échanges, oraux ou écrits, composant les négociations précontractuelles.

¹⁷⁴⁶ David McLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 529.

effet à cette clause parce que telle était l'intention des parties »¹⁷⁴⁷. La présence d'une *entire agreement clause* joue le rôle d'une présomption, sans être ainsi nommée, que le document écrit renferme la totalité de l'accord entre les parties mais cette présomption peut être renversée et le juge ne saurait ignorer des éléments allant dans le sens contraire.

414. Force probatoire. Cette conception ne place pas plus la question des effets de l'*entire agreement clause* sur le terrain de la recevabilité de la preuve que la première. Il s'agit plutôt de valeur probatoire. Il est alors permis de considérer qu'accorder une valeur absolue à l'*entire agreement clause* revient à en faire une présomption irréfragable que l'*instrumentum* renferme l'entièreté de l'accord conclu entre les parties. Lui accorder une valeur relative serait, à l'inverse, retenir qu'une telle clause ne constitue qu'une présomption simple, susceptible de céder devant d'autres éléments indiquant l'existence d'un *collateral contract*.

415. Un courant minoritaire. Le courant qui accorde une valeur relative à l'*entire agreement clause* est peu suivi par la jurisprudence et la doctrine anglaises, quoiqu'il connaisse quelques adeptes parmi les juges de la *High Court*. Par exemple, dans une décision rendue en 2005¹⁷⁴⁸, les juges eurent à connaître des faits suivants : la société demanderesse exigeait l'exécution d'une « lettre annexe » en vertu de laquelle le demandeur devait recevoir une partie des actions de la société défenderesse. Une réunion pour la seule signature de l'*instrumentum*, de la lettre et d'autres documents fut organisée, au cours de laquelle aucune autre négociation n'aurait lieu. La lettre annexe ne fut pas signée par la société défenderesse et ne comportait aucune date. L'*instrumentum* signé par les deux sociétés contenait une *entire agreement clause*¹⁷⁴⁹. Le juge examina d'abord l'absence de signature de la lettre. Pour évaluer le caractère déterminant de l'absence de signature, il envisagea l'hypothèse selon laquelle la lettre serait

¹⁷⁴⁷ LAW COMMISSION, « Law of Contract. The Parol Evidence Rule. Working paper n° 70 », Her Majesty's Stationery Office, 1986, *Law Com. Reports* n° 154, n° 1.7 [En ligne] <http://www.Lawcom.gov.uk/app/uploads/2016/08/No.070-Law-of-contract-the-Parol-Evidence-Rule.pdf> (page consultée le 12/04/2020) : « Without legislative provision such a clause cannot, we think, have conclusive effect. It may have a very strong persuasive effect but if it were proved that, notwithstanding the clause, the parties actually intended some additional term to be of contractualeffect, the court would give effect to that term because such was the intention of the parties ».

¹⁷⁴⁸ *Cheverney Consulting Ltd. v. Whitehead Mann Ltd*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 8 nov. 2005, [2005] EWHC 2431 (Ch).

¹⁷⁴⁹ La clause était ainsi rédigée : « This Agreement constitutes the entire agreement between the parties to it with respect to its subject matter and shall have effect to the exclusion of any other memorandum agreement or understanding of any kind between the parties hereto preceding the date of this Agreement and touching or concerning its subject matter » ; « Le présent accord constitue l'entente intégrale, entre les parties contractantes, relatif à son objet et prend effet à l'exclusion de tout autre protocole d'entente ou accord de quelque nature que ce soit, entre les parties aux présentes, avant la date de la présente entente et touchant à ou concernant son objet ».

signée. Il conclut que la clause litigieuse « *aurait alors été littéralement mensongère* »¹⁷⁵⁰ car en présence de signature des deux parties, il aurait été très difficile de conclure, en conformité avec la clause, que l'intention des parties était de priver la lettre annexe de valeur contractuelle. Selon lui, si la lettre non signée avait été agrafée à l'*instrumentum*, la cour aurait été encline à considérer qu'elle faisait partie de l'« accord » visé par l'*entire agreement clause*. Il en conclut que l'absence de signature, *a fortiori* lors d'une réunion dont l'objet était la simple signature de documents déjà préalablement négociés¹⁷⁵¹, ne suffisait pas à déduire que la lettre ne faisait pas partie de l'accord contractuel. Le juge analysa ensuite l'absence de date sur la lettre annexe. Il nota que l'*instrumentum* lui-même n'était pas daté et précisa que cela relevait plus de « l'erreur humaine » que de l'acte intentionnel. En effet, la clause de l'accord excluait tout autre protocole ou accord antérieur à sa date¹⁷⁵², mais ne visait pas ceux conclus en même temps. Or la lettre annexe faisant partie d'une série de documents conçus à la même occasion, le plus logique était d'admettre que l'intention des parties eût été de signer et dater tous ces documents le même jour, lors de la réunion. Conclure le contraire revenait à penser qu'aux fins d'exclure la lettre de l'accord contractuel, la date apposée sur l'*instrumentum* aurait été postérieure à la date apposée sur la lettre, or aucun élément ne permettait au juge de le penser¹⁷⁵³. Il conclut par conséquent à la valeur contractuelle de la lettre annexe.

Preuve que la conception de la valeur relative des *entire agreement clauses* est loin de faire l'unanimité, cette décision fut infirmée¹⁷⁵⁴ par la Cour d'Appel en 2007¹⁷⁵⁵ notamment sur le fondement que le juge n'avait pas suffisamment d'éléments pour conclure que, parce que la réunion portait sur la simple signature des documents à l'exclusion de toute autre négociation supplémentaire, les deux parties s'étaient entendues pour que tous les documents prennent effet dès que certains d'entre eux seraient signés¹⁷⁵⁶. La Cour d'Appel précisa cependant qu'en l'espèce, la clause visait directement les stipulations et accords contractuels conclus avant la

¹⁷⁵⁰ Nicholas DAVIDSON Q.C. (siégeant en tant que *Deputy Judge of the Chancery Division*) in *Cheverny Consulting Ltd. v. Whitehead Mann Ltd*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 8 nov. 2005, [2005] EWHC 2431 (Ch), n° 102 : « [...] *would then have been literally untrue* ».

¹⁷⁵¹ *Ibid.*, n° 100.

¹⁷⁵² « *Preceding* ».

¹⁷⁵³ Nicholas DAVIDSON Q.C. in *Cheverny Consulting Ltd. v. Whitehead Mann Ltd*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 8 nov. 2005, [2005] EWHC 2431 (Ch), n° 104.

¹⁷⁵⁴ *Reversed* », en anglais.

¹⁷⁵⁵ « *Whitehead Mann Limited v. Cheverny Consulting Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 11 oct. 2006, [2006] EWCACiv 1303, [2007] 1 All ER (Comm) 124.

¹⁷⁵⁶ Sir Andrew MORRITT C. in *Whitehead Mann Limited v. Cheverny Consulting Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 11 oct. 2006, [2006] EWCA Civ 1303, [2007] 1 All ER (Comm) 124, n° 51.

rédaction de l'*instrumentum* et non pas ceux rédigés dans le même temps¹⁷⁵⁷ et ordonna un nouveau procès devant la juridiction inférieure pour déterminer quels accords avaient été conclus et à quelle date¹⁷⁵⁸.

Dans un arrêt plus ancien rendu par la *Court of Appeal*¹⁷⁵⁹, une promesse orale fut considérée comme contractuellement contraignante alors qu'elle était contraire aux termes exprès écrits dans l'*instrumentum* ainsi qu'à une clause limitative de responsabilité. Il ne s'agit certes pas d'une *entire agreement clause*, mais si l'on considère que cette clause a une valeur absolue car elle constitue une stipulation contractuelle expresse du contrat, il est important de rappeler que les juges anglais font parfois primer des stipulations orales sur les écrits¹⁷⁶⁰. Il convient de détailler cet arrêt datant de 1975, antérieur au développement des *entire agreement clauses*, qui met en lumière l'une des principales difficultés théoriques relative à ce type de clause en droit anglais. En l'espèce, une société anglaise importait des machines en provenance d'Italie. Elle avait conclu un contrat pour le transport des machines par bateaux vers l'Angleterre avec les défendeurs. Les contrats écrits correspondaient à des contrats types et stipulaient que les transporteurs jouissaient d'une liberté totale quant aux moyens, au parcours et à la procédure de manutention et de transport des marchandises, sous réserve d'instructions expresses écrites du client. Une clause les exonérait de toute responsabilité en cas de perte ou de dommage aux marchandises, à l'exception de ceux survenus en raison d'une négligence volontaire ou d'une défaillance auquel leur responsabilité était limitée à 50£ par tonne. Lorsque le transporteur décida de changer ses méthodes de transport en plaçant les machines dans des conteneurs, il donna l'assurance orale au client que les conteneurs contenant les machines seraient transportés en cale afin d'éviter la perte ou la rouille. Lors d'un transport, l'un des conteneurs, placé sur le pont, passa par-dessus bord et fut perdu. La société anglaise réclama 2720£ de dommages et intérêts. Les transporteurs nièrent leur responsabilité sur le fondement des exonérations figurant dans les écrits. Le juge de la *High Court* débouta le demandeur. Il

¹⁷⁵⁷ Lord Justice CARNWATH in *Whitehead Mann Limited v. Cheverny Consulting Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 11 oct. 2006, [2006] EWCA Civ 1303, [2007] 1 All ER (Comm) 124, n° 91. En l'espèce, Lord Justice CARNWATH exprima une opinion dissidente en faveur de l'échec de l'appel formulé par le défendeur à l'encontre de la décision rendue par la *High Court of Justice*, précisant cependant s'opposer à un réexamen de l'affaire par la *High Court* en raison du manque de coopération des avocats quant à la divulgation d'informations claires relatives à la conclusion des contrats litigieux, v. *ibid.*, n° 93.

¹⁷⁵⁸ Sir Andrew MORRITT C. in *ibid.*, n° 53.

¹⁷⁵⁹ *J. Evans and Son [Portsmouth Ltd.] v. Andrea Merzario Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 13 nov. 1975, (1976) 1 WLR 1078.

¹⁷⁶⁰ V. *infra* n° 423.

retint que l'assurance orale donnée n'était pas une clause juridiquement contraignante qui s'appliquerait parallèlement au contrat écrit et qui l'emporterait sur les conditions normales.

La *Court of Appeal* réforma la décision de la *High Court*. Les juges décidèrent à l'unanimité¹⁷⁶¹ que la conversation entre le demandeur et le défendeur correspondait à la conclusion orale d'une stipulation contractuelle sur la non-exécution de laquelle la société anglaise pouvait se fonder. Lord DENNING *M.R.* donna pour raison principale l'existence de *precedents*, assez nombreux, ayant retenu qu'une promesse orale pouvait, non seulement constituer une stipulation contractuelle contraignante, mais en plus faire échec aux clauses limitatives de responsabilité¹⁷⁶².

416. Applicabilité et application de la *parol evidence rule*. En l'espèce, Lord Justice ROSKILL met en exergue les difficultés liées à la détermination de la valeur d'une promesse orale, simple parole, ou stipulation contractuelle contraignante, en présence d'une *exclusion clause*. Or le raisonnement s'applique parfaitement aux *entire agreement clauses*. Le juge rappelle qu'une promesse orale est en effet dépourvue de toute valeur contractuelle contraignante lorsque le contrat a pris la forme d'un écrit car la *parol evidence rule* empêche les parties de soumettre des éléments oraux pour contredire l'écrit. Cependant, le juge remarque que cette règle ne doit pas recevoir application lorsque le contrat n'est pas exclusivement écrit. En effet, les règles anglaises de formation du contrat n'empêchent pas les parties de conclure des contrats partiellement écrits et partiellement oraux, voire partiellement formés par leur conduite répétée et constante. Or, en l'espèce, le juge estime que le contrat était effectivement partiellement écrit car des documents écrits comportaient notamment la clause limitative de responsabilité, partiellement oral car une promesse avait été faite par le défendeur et partiellement par conduite car les défendeurs transportaient systématiquement, jusqu'au jour des faits litigieux en 1968, les machines du demandeur en cale, et ce depuis le début de leur accord conclu en 1959. Il en déduit l'existence d'un contrat qui ne serait pas exclusivement écrit. En conséquence, la *parol evidence rule* ne peut s'appliquer dans le cadre du litige.

¹⁷⁶¹ Lord DENNING *M. R.*, Lord Justice ROSKILL, Lord Justice GEOFFREY LANE in *J. Evans and Son [Portsmouth Ltd.] v. Andrea Merzario Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 13 nov. 1975, (1976) 1 WLR 1078, respectivement pp. 1082, 1083 et 1084.

¹⁷⁶² *Couchman v. Hill*, *England and Wales Court of Appeal*, 18 déc. 1946, [1947] K.B. 554 ; *Harling v. Eddy*, *England and Wales Court of Appeal*, 25 mai 1951, [1951] 2 K.B. 739 ; *City and Westminster Properties (1934) Ltd. v. Mudd*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 2 juill. 1958, [1959] Ch. 129 ; Lord DENNING *M.R.* in *Mendelssohn v. Normand*, *England and Wales Court of Appeal*, 26 fév. 1969, (1969) 3 WLR 139; (1969) 2 All ER 1215, p. 184. V. *infra* n° 423 et nbp n° 1778.

En effet, il convient de distinguer l'applicabilité de la *parol evidence rule* de son application. Le juge, pour conclure à l'application de la règle, doit d'abord vérifier que le contrat qu'il doit interpréter est exclusivement écrit. Dans cette recherche, « [l]a cour a le droit d'examiner, et doit examiner, tous les éléments de preuve, du début à la fin, afin de déterminer quelle est la nature du marché conclu entre les parties »¹⁷⁶³, autrement dit sa nature exclusivement ou non écrite. Il s'en suit que les éléments oraux ou relatifs à la conduite des parties ne sont pas, par une application prématurée de la *parol evidence rule*, exclue de cet examen. Cela reviendrait à appliquer la règle lors du processus qui consiste à vérifier son applicabilité¹⁷⁶⁴. Or la problématique demeure en présence d'une *entire agreement clause*. Si son objet est de manifester l'accord des parties selon lequel la *parol evidence rule* s'applique au contrat¹⁷⁶⁵, donner une valeur absolue à une telle clause revient à élargir potentiellement le champ d'application de la *parol evidence rule* qui pourrait trouver à s'appliquer en l'absence de vérification par les juges de la nature exclusivement écrite du contrat. Autrement dit, la règle pourrait produire l'effet de rendre irrecevables les preuves extérieures à l'écrit pour déterminer le contenu du contrat, alors même que le contrat pourrait ne pas être exclusivement écrit. Il est discutable qu'il soit du ressort de la volonté des parties de déterminer si une règle aussi restrictive et fondamentale du droit anglais des contrats s'applique ou non. Rien n'est moins sûr. Il est préférable de déterminer son applicabilité selon les règles classiques, afin d'éviter de brouiller la frontière entre applicabilité et application de la règle.

417. Une clause de style. La thèse qui consiste à donner à l'*entire agreement clause* une valeur absolue emporte une adhésion marquée parce qu'elle facilite l'office du juge. Elle lui évite des recherches compliquées parmi les éléments extrinsèques, autres que l'*instrumentum*, dans le respect de la règle traditionnelle de la *parol evidence rule*. Cependant, elle présente deux faiblesses non négligeables. Outre la question de l'applicabilité de la *parol evidence rule*, déjà évoquée, une autre problématique tient à la nature de clause de style de l'*entire agreement clause*¹⁷⁶⁶. En effet, la clause de style est « celle qui est machinalement reproduite dans l'acte,

¹⁷⁶³ Lord Justice ROSKILL in *J. Evans and Son [Portsmouth Ltd.] v. Andrea Merzario Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 13 nov. 1975, (1976) 1 WLR 1078, p. 1082 : « *The court is entitled to look at and should look at all the evidence from start to finish in order to see what the bargain was that was struck between the parties* ».

¹⁷⁶⁴ David MCLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 528.

¹⁷⁶⁵ Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar – clauses », *JCL*, vol. 22, n° 1, 2006, p. 3 : « [...] *an entire agreement clause is simply a statement of the parties' agreement that this aspect of the parol evidence rule applies to the document* ».

¹⁷⁶⁶ David MCLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 521 : l'inclusion d'une *entire agreement clause* « *routinely happens nowadays* », « *se produit couramment aujourd'hui* » ; Elisabeth PEDEN et John CARTER, « Entire agreement - and similar – clauses », *JCL*,

par pure habitude, et qui n'a, comme telle, vraisemblablement pas recueilli l'assentiment des parties »¹⁷⁶⁷. Par conséquent, le juge devrait, *a minima*, s'assurer de l'acquiescement des parties à cette clause. En effet, si cette clause n'a pas été remarquée par les parties ou l'une d'elles, il est possible d'imaginer que les propos oraux échangés faisaient, dans l'esprit des contractants, partie de leur contrat. En conséquence, les parties n'auraient pas conçu l'écrit produit comme renfermant l'entièreté de leur accord¹⁷⁶⁸. Un tel risque conduit à préférer accorder une valeur relative à la clause, ce qui a pour conséquence de priver en partie d'efficacité cet outil.

B) Un remède en partie privé d'efficacité

418. Des outils incompatibles avec la valeur absolue des clauses d'intégralité. Le recours aux *entire agreement clauses* devait constituer, en France une limitation du pouvoir souverain des juges dans la recherche de l'intention commune, et, en Angleterre, un nouveau souffle à la *parol evidence rule*. Or cet élan n'est pas si énergique que les décisions accordant une valeur absolue à ces clauses pourraient le laisser penser. La valeur relative des *entire agreement clauses* est en partie corroborée par certaines décisions qui reconnaissent deux obstacles à leur application. Le premier de ces obstacles repose sur l'idée de *reliance*, c'est-à-dire le fait pour une partie contractante de s'être fondée sur les propos tenus par son cocontractant (1). Le second réside dans la technique de l'*implied term* régulièrement utilisé par les juges anglais (2).

1) La *reliance* d'une partie sur le comportement de l'autre

419. La confiance placée dans les propos du contractant. « *To rely on* » signifie se fonder sur, s'en remettre à. Le terme « *reliance* », souvent traduit par « dépendance », « foi », ou encore « confiance », désigne, dans le vocabulaire juridique anglais, l'attitude qui consiste à s'en remettre à quelqu'un ou à quelque chose, et plus précisément dans le contexte contractuel aux propos du cocontractant. Ce mot revient régulièrement dans les décisions judiciaires anglaises relatives à l'interprétation des contrats et permet également de saisir le mécanisme par lequel les juges français s'affranchissent parfois des clauses visant à limiter leur pouvoir d'interprétation. L'idée de *reliance* constitue un outil par lequel les juges déterminent la

vol. 22, n° 1, 2006, p. 1 ; Marie LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *Revue Lamy Droit civil*, n° 35, 2007, n° 2.

¹⁷⁶⁷ William DROSS, *Clausier dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2020, p. 882.

¹⁷⁶⁸ David McLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 523.

présence de la foi qu'un contractant aurait placé dans les propos et promesses de son cocontractant lors des échanges précontractuels. La présence d'une telle foi incite les juges anglais à retenir que les propos tenus par le cocontractant constituent une partie du contrat écrit, malgré leur absence dans l'*instrumentum* final, voire priment sur le contrat écrit lorsqu'ils le contredisent. La *reliance* a ainsi inspiré deux mécanismes qui sont susceptibles de faire échec autant à la règle légale de la *parol evidence rule* qu'à sa réaffirmation contractuelle sous forme de clause d'intégralité. Les juges français et anglais retiennent d'abord assez simplement l'existence de stipulations à valeur contractuelle hors de l'*instrumentum* écrit (a). La notion de *reliance* fonde également en grande partie un mécanisme plus complexe du droit anglais : l'*equitable estoppel* (b).

a) L'existence de stipulations contraignantes hors de l'*instrumentum*

420. Deux types de stipulations contraignantes. La confiance placée dans le comportement ou dans les propos de la partie contractante, susceptible de faire échec à la *parol evidence rule* qui est l'un des piliers de la méthode objective d'interprétation anglaise, peut intervenir à deux occasions. En droit français, cette hypothèse correspond à la confiance placée dans les dires du contractant contenus dans les documents précontractuels qui acquièrent alors une valeur contractuelle. En droit anglais, cette hypothèse correspond à l'admission de *collateral contracts*, c'est-à-dire que les propos tenus par la partie contractante acquièrent une nature contractuelle de telle sorte qu'ils obligent le contractant qui les a tenus. Ces deux situations sont en réalité tout à fait semblables : les propos d'une partie, oraux ou écrits, initialement de nature précontractuelle car ils ont lieu avant la conclusion du contrat, se voient conférer une valeur contractuelle en raison de la confiance placée en eux par le cocontractant.

421. Un concept connu en droit français. Quoique l'expression de « confiance placée dans les propos d'un contractant » ne soit pas utilisée par les décisions françaises en matière d'interprétation du contrat, le mécanisme n'est pas inconnu des juges français. En effet, la jurisprudence qui s'est développée et qui tend à retenir que les promesses faites via des documents précontractuels peuvent contraindre la partie qui est à l'origine de ces documents met en œuvre un mécanisme qui ressemble fortement à celui de *reliance*. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2010¹⁷⁶⁹, la Haute juridiction a eu à connaître d'une affaire opposant

¹⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461, inédit, *JCP E*, n° 39, 2010, 1834, F. LABARTHE ; *JCP G*, n° 38, 2010, act. 922, F. LABARTHE ; *D.*, 2011, p. 472, S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2010, p. 580, P.-Y. GAUTIER ; *RDC*, n° 4, 2010, p. 1196, D. MAZEAUD.

l'Institut supérieur de commerce et gestion à une cliente ayant conclu un contrat de formation professionnelle au profit de son fils. Cette dernière n'ayant pas réglé les frais de scolarité, une ordonnance d'injonction de payer fut rendue à son encontre. Elle forma une opposition contre cette injonction au motif que son cocontractant n'avait pas respecté son obligation de trouver un employeur à ses élèves, engagement qui figurait sur les brochures publicitaires ainsi que sur le site internet de l'école. Alors que le tribunal d'instance de Paris, adoptant les arguments de l'école, retint que la cliente était redevable des frais d'inscription, les brochures publicitaires ne pouvant être considérées comme un contrat, la Cour de cassation censura le juge du fond. Elle considéra, sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil que « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant* ». Cette considération n'est pas autre chose que le souci de préserver la confiance, déterminante du consentement, placée dans certains propos par l'un des contractants, quelle que soit leur forme.

422. Des remarques orales fortuites. Le *ratio decidendi* de l'arrêt *Inntrepreneur*, qui reconnaissait aux *entire agreement clauses* une valeur absolue, postule un cas extrême¹⁷⁷⁰ : le contractant qui voudrait « *passer au crible le sous-bois* » pour y déceler une remarque anodine qu'il présenterait ensuite comme une stipulation à valeur contractuelle. Cependant, il est possible d'imaginer que les éléments tendant à la preuve de l'existence d'une véritable stipulation contractuelle hors de l'*instrumentum* soient moins fortuits. Par exemple, dans un arrêt de la *High Court* rendu en 2001¹⁷⁷¹, l'affaire concernait un contrat de bail de locaux contenant un *beer tie*¹⁷⁷². Les preneurs alléguaient que les bailleurs avait fait, à deux reprises, une déclaration orale précontractuelle selon laquelle les locaux cesseraient, peu après la conclusion du contrat, d'être soumis au *beer tie*, ce qui expliquait le loyer élevé, et que c'était sur le fondement de cette déclaration qu'ils avaient contracté. Le bailleur invoquait la présence d'une clause analogue à une *entire agreement clause* ainsi rédigée : « *Sauf modification expresse, toutes les conditions du bail ont pleine force et plein effet* »¹⁷⁷³. Le juge retint que les déclarations effectuées par les bailleurs ne pouvaient être qualifiées, selon les termes de Lord

¹⁷⁷⁰ David MCLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 525.

¹⁷⁷¹ 1406 Pub Co. Ltd v. Hoare, *High Court of Justice, (Chancery Division)*, 2 mars 2001, [2001] 23 E.G. 154 (C.S.).

¹⁷⁷² Voir *supra* n° 410.

¹⁷⁷³ 1406 Pub Co. Ltd v. Hoare, *High Court of Justice, (Chancery Division)*, 2 mars 2001, [2001] 23 E.G. 154 (C.S.), n° 19 : « *Unless expressly varied, all terms of the lease to remain in full force and effect* ».

Justice LIGHTMAN dans l'arrêt *Inntrepreneur*, de « *remarques fortuites* »¹⁷⁷⁴. Au contraire, ces propos « *faisaient partie intégrante d'arguments de vente bien présentés, portant sur des termes importants du contrat et destinés à faire partie de ce dernier* ». Le juge précise être « *convaincu que les demandeurs, par l'entremise de M. Hughes et de la brochure, ont en effet formulé les promesses et les assurances alléguées, qu'ils avaient l'intention que le défendeur s'y fie, qu'ils avaient l'intention qu'elles fassent partie du contrat. Et les défendeurs s'y sont fiés. Sans cela, ils n'auraient pas contracté* »¹⁷⁷⁵. En l'espèce, le juge accorda une importance particulière à la *reliance* : il constata que le demandeur cherchant à faire valoir l'existence d'un *collateral contract* n'aurait pas contracté si les propos litigieux n'avaient pas été formulés. Le demandeur s'étant fondé sur ces propos pour contracter, le juge estima qu'il n'aurait pas été équitable de ne pas prendre en compte les propos tenus oralement, autrement dit d'appliquer strictement la *parol evidence rule*.

423. L'accord oral. En pratique, les juges anglais contournent ainsi la *parol evidence rule* en évinçant l'*instrumentum* lorsqu'il « *leur apparaît de manière certaine que les parties s'étaient en réalité mises d'accord sur un point qui n'était pas dans le document final* »¹⁷⁷⁶. De façon étonnante, c'est souvent l'existence d'un accord oral passé entre les parties qui pousse les juges anglais à retenir cette règle. Dans un arrêt de la *Court of Appeal* rendu en 1969¹⁷⁷⁷, les faits étaient les suivants : le conducteur d'une voiture, souhaitant garer son véhicule au garage des défendeurs, se vit indiquer qu'il devait laisser le véhicule ouvert. Le demandeur précisa que la voiture contenait des objets de valeur et demanda à l'employé du garage de verrouiller la voiture dès qu'elle aurait été déplacée, ce qu'il accepta. Il fut remis au demandeur un ticket au verso duquel figuraient des conditions, dont une clause d'exonération de responsabilité indiquant : « *Les garagistes n'accepteront aucune responsabilité pour toute perte ou dommage subi par le véhicule, ses accessoires ou son contenu, quelle qu'en soit la cause* ». Au guichet du garage se trouvait un panneau intitulé « *Propriété des clients. Avis important* » en grosses lettres, indiquant en lettres minuscules que les défendeurs excluaient la responsabilité de toute

¹⁷⁷⁴ « *Chance remarks* ».

¹⁷⁷⁵ Sir Oliver POPPLEWELL in *1406 Pub Co. Ltd v. Hoare*, *High Court of Justice, (Chancery Division)*, 2 mars 2001, [2001] 23 E.G. 154 (C.S.), n° 20 : « *This was part and parcel of a well presented sales pitch relating to important terms of contract and intended to form part of the contract. I am satisfied that the claimants, through Mr. Hughes and the brochure, did give the promises and assurances; did intend that the defendant should act on them; did intend them to be part of the contract and the defendants did act on them. They would not otherwise have entered into the contract* ».

¹⁷⁷⁶ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, n° 1, 2007, pp. 481s.

¹⁷⁷⁷ *Mendelssohn v. Normand*, *England and Wales Court of Appeal*, 26 fév. 1969, (1969) 3 WLR 139; (1969) 2 All ER 1215.

éventuelle perte de marchandises qui étaient entre leurs mains. À son retour, le conducteur trouva sa voiture déverrouillée et les objets disparus. Il réclama des dommages et intérêts. Les défendeurs firent valoir la clause écrite d'exonération de responsabilité. La *Court of Appeal* retint qu'« [u]ne telle déclaration lie l'entreprise. Elle prime sur toute condition imprimée. Il y a beaucoup de cas [...] où un homme a fait, oralement, une promesse ou une représentation de fait, sur le fondement de laquelle l'autre partie agit en concluant le contrat. Dans tous ces cas, l'homme n'est pas autorisé à revenir sur sa déclaration en se référant à une condition imprimée. La raison en est que la promesse ou la déclaration verbale a une influence décisive sur la transaction – c'est la chose même qui incite l'autre à contracter - et il serait très injuste de permettre à celui qui la fait de revenir dessus. La clause imprimée est rejetée parce qu'elle est contraire à la promesse ou à la représentation orale expresse »¹⁷⁷⁸. Deux observations peuvent être faites sur cette doctrine surprenante mais réitérée comme partie intégrante du droit positif anglais¹⁷⁷⁹.

424. Similitude avec le dol français : la *reliance*. Comme dans l'arrêt de 2001 relatif au contrat de bail, en l'espèce, le raisonnement développé par Lord DENNING fait référence à la représentation qui incite le cocontractant à conclure le contrat. Une telle formulation rappelle indéniablement ce que les juristes français appellent le caractère déterminant de la représentation effectuée par le contractant, critère vérifié de la façon suivante : si le cocontractant avait connu la réalité, aurait-il contracté ? Cependant, alors que le droit français permet au cocontractant victime d'une erreur ou d'un dol de demander la nullité du contrat, la sanction choisie par le droit anglais en matière de *reliance* est de considérer le contractant engagé par sa parole, autrement dit de le tenir à l'exécution de ce qu'il a oralement promis. La sanction est plus sévère que celle de l'erreur française¹⁷⁸⁰ puisqu'en cas d'inexécution contractuelle, le cocontractant pourra obtenir des dommages et intérêts, tel que ce fut le cas en l'espèce.

¹⁷⁷⁸ Lord DENNING *M.R in Mendelssohn v. Normand, England and Wales Court of Appeal*, 26 fév. 1969, (1969) 3 WLR 139 ; (1969) 2 All ER 1215, pp. 183 et 184 : « *Such a statement is binding on the company. It takes priority over any printed condition. There are many cases in the books when a man has made, by word of mouth, a promise or a representation of fact, on which the other party acts by entering into the contract. In all such cases the man is not allowed to repudiate his representation by reference to a printed condition. The reason is because the oral promise or representation has a decisive influence on the transaction - it is the very thing which induces the other to contract - and it would be most unjust to allow the maker to go back on it. The printed condition is rejected because it is repugnant to the express oral promise or representation* ».

¹⁷⁷⁹ J. Evans and Son [Portsmouth Ltd.] v. Andrea Merzario Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 13 nov. 1975, (1976) 1 WLR 1078.

¹⁷⁸⁰ En revanche, le dol constituant une faute civile, la victime peut également demander, outre l'annulation du contrat, la réparation de son préjudice, v. *infra* n° 69.

425. *Parol evidence rule* et reconnaissance d'un accord oral. La reconnaissance d'un accord oral comme susceptible, au nom de l'idée de *reliance*, non pas de provoquer la nullité du contrat, mais de constituer un engagement à part entière faisant échec à l'*instrumentum* écrit a de quoi surprendre dans un système juridique où le principe d'interprétation des contrats était initialement le littéralisme. En effet, alors que le contrat écrit mentionne en l'espèce expressément la clause d'exonération, les juges, non seulement l'évincent avec une facilité déconcertante, mais, de plus, nient entièrement l'effet de la *parol evidence rule*, qu'il s'agisse du principe légal ou sa réitération contractuelle, selon laquelle aucun élément extrinsèque, oral ou écrit, ne peut contredire les termes de l'*instrumentum*. L'existence d'une telle jurisprudence indique le recul de la *parol evidence rule* qui, au nom d'une conception objective de la volonté contractuelle, interdisait la recherche de la volonté contractuelle ailleurs que dans l'*instrumentum* final. Il est maintenant certain que « *la parol evidence rule [...] ne fait qu'établir une présomption réfragable selon laquelle le document qui ressemble à un contrat complet est en effet un contrat complet* »¹⁷⁸¹, c'est-à-dire qu'il n'existe pas entre les parties de *collateral contract*. De même, la réitération contractuelle de la *parol evidence rule* à travers une clause d'intégralité ou d'exclusion de responsabilité peut être mise en échec si les juges estiment que l'une des parties s'est fondé sur les dires de l'autre de façon suffisamment évidente et grave pour créer un *collateral contract*, un contrat annexe. Cette partie peut également se voir opposer un *equitable estoppel*.

b) *L'equitable estoppel* : l'échec de la clause d'intégralité en raison de l'équité

426. Définition de l'*estoppel*. Outre la découverte d'un *collateral contract*, l'*entire agreement clause* connaît une autre limite. Les juges anglais ont pu retenir son inefficacité lorsque le contractant qui s'appuie sur l'*entire agreement clause* n'est pas autorisé à le faire en raison d'un *estoppel*. L'*estoppel*, lorsqu'il est issu des règles d'*equity*¹⁷⁸², constitue en principe un moyen de défense aux arguments juridiques de l'adversaire¹⁷⁸³. Il y a *estoppel* lorsque les juges estiment que l'une des parties a, par ses propos ou son comportement, conduit son cocontractant à considérer comme vrai un certain état de fait et que le cocontractant s'est fondé

¹⁷⁸¹ David MCLAUCHLAN, « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *LQR*, vol. 128, n° 4, 2012, p. 528.

¹⁷⁸² V. *infra* n° 772 sur l'*estoppel per rem judicata* issu de la *common law*

¹⁷⁸³ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-089, p. 127.

de façon significative¹⁷⁸⁴ sur la représentation créée par le premier de telle sorte qu'il serait « *unjust and unconscionable* »¹⁷⁸⁵ ou « *inequitable* »¹⁷⁸⁶ de laisser ce dernier revenir sur cette représentation. Il existe trois formes d'*estoppel* : le *promissary estoppel*, l'*estoppel by representation* et l'*estoppel by convention*. Seul ce dernier sera étudié ici : le *promissary estoppel* est principalement utilisé au stade de la formation du contrat et non de son interprétation¹⁷⁸⁷, et l'*estoppel by representation* principalement utilisé dans le contentieux de la *misrepresentation*¹⁷⁸⁸¹⁷⁸⁹. La cour d'appel de Paris¹⁷⁹⁰ a été amenée à examiner la théorie de l'*estoppel* qu'elle définit ainsi : « [I]a fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles, dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions ».

427. *Unjust and unconscionable.* Le mécanisme d'*estoppel*, est nourri par la préservation de « l'équité » et la réprobation des actes « *moralelement indéfendables* »¹⁷⁹¹. Le principal critère pour déterminer le caractère *unjust and unconscionable* est l'impossibilité pour le contractant qui a prêté foi aux dires ou à la conduite de l'autre partie de revenir à la position dans laquelle il se trouvait avant de se fonder sur la représentation effectuée. L'arrêt de principe date de 1877¹⁷⁹². En l'espèce, le bailleur avait mis en demeure le preneur d'effectuer dans les six mois les réparations qui lui incombait. Pendant cette période, des négociations débutèrent en vue de l'achat par le preneur du bien immobilier. Les pourparlers n'aboutissant pas à la signature d'un contrat de vente et les six mois étant écoulés, le bailleur se prétendit libéré du contrat de bail car les réparations n'avaient pas été effectuées. La *House of Lords*, approuvant la *Court of appeal*, rejeta sa demande. Il fut notamment jugé qu'il s'agit du « *premier principe*

¹⁷⁸⁴ Notamment en adaptant sa conduite, v. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-083, p. 122.

¹⁷⁸⁵ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-085, p. 123.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, n° 3-089, p. 120.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, n° 3-089, p. 129. Le *promissary estoppel* permet de considérer une promesse énoncée et sur laquelle s'est fondée celui qui l'a entendue constitue un contrat ayant force obligatoire.

¹⁷⁸⁸ Correspond à ce que l'on appelle en France un vice du consentement, assez proche du dol en ce qu'il s'agit de sanctionner les paroles erronées du cocontractant ayant conduit l'autre partie à contracter. V. *infra* n°s 45s.

¹⁷⁸⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n°s 9-190 et 9-191, pp. 503 et 504 ; Michael FURMSTON, *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract*, OUP, 17^{ème} éd., 2017, pp. 393 et 394.

¹⁷⁹⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 17 nov. 2020, n° 19/01989.

¹⁷⁹¹ Justice AKENHEAD in *Mears Ltd v. Shoreline Housing Partnership Ltd*, *High Court of Justice*, 20 mai 2015, (2015) EWHC 1396 (TCC), n° 78 : « [...] the concepts of fairness and unconscionability are important facets of *estoppel*, both by convention and by representation ».

¹⁷⁹² Thomas Hughes v. The Directors, & C., of the Metropolitan Railway Company, *House of Lords*, 5 juin 1877, (1877) 2 App. Cas. 439.

sur lequel toutes les Cours d'équité se fondent » : « si des parties qui se sont accordées sur des modalités précises et distinctes impliquant certains résultats juridiques [...] s'engagent par la suite dans des négociations, par leur propre acte ou avec leur propre consentement qui a pour effet de faire croire à l'une des parties que les droits découlant rigoureusement du contrat ne seront pas appliqués, ou seront suspendus [...] la personne qui aurait autrement pu faire valoir ces droits ne sera pas autorisée à le faire lorsque cela serait inéquitable eu égard aux pourparlers qui ont ainsi eu lieu entre les parties »¹⁷⁹³. Le juge, dont l'opinion fut suivie à la majorité, poursuit et explique que, sans retenir forcément une mauvaise foi de la part du bailleur¹⁷⁹⁴, le commencement de négociations rendait « inéquitable » le fait de comptabiliser, dans le préavis de six mois accordé au preneur pour effectuer les réparations, la période de négociations.

428. Estoppel by representation : illustration. Dans un arrêt de la *High Court* rendu en 2015¹⁷⁹⁵, le maître d'ouvrage et le constructeur semblaient s'être entendus pour que ce dernier fût payé selon un barème de tarifs approuvé par les deux parties car les échanges entre les parties faisaient régulièrement mention de ce barème¹⁷⁹⁶. De plus, ils auraient agi en conséquence puisque le maître d'ouvrage a payé sans difficulté le constructeur en conformité avec ce même barème de juin 2009 à janvier 2010 jusqu'à la survenue du litige. En conséquence, selon le juge, le maître d'ouvrage avait créé une représentation sur laquelle s'était fondé le constructeur effectuant les travaux, de telle sorte qu'il devenait « unjust and unconscionable de la part [du maître d'ouvrage] de nier la convention et la supposition commune sur lesquelles ils se sont entendus pour travailler parce que pendant six mois, les parties avaient organisé et ordonné leurs affaires et leur travail sur cette base »¹⁷⁹⁷. Les juges retinrent donc l'existence d'un

¹⁷⁹³ Lord CAIRNS in *Thomas Hughes v. The Directors, & C., of the Metropolitan Railway Company*, *House of Lords*, 5 juin 1877, (1877) 2 App. Cas. 439, p. 448 : « [...] it is the first principle upon which all Courts of Equity proceed that, if parties who have entered into definite and distinct terms involving certain legal results [...] afterwards by their own act or with their own consent enter upon a course of negotiation which has the effect of leading one of the parties to suppose that the strict rights arising under the contract will not be enforced, or will be kept in suspense [...] the person who otherwise might have enforced those rights will not be allowed to enforce them where it would be inequitable having regard to the dealings which have thus taken place between the parties ».

¹⁷⁹⁴ Pourtant retenue par la *Court of Appeal* : *Hughes v. The Metropolitan Railway Company*, *Court of Appeal*, (*Common Pleas Division*), 21 déc. 1876, (1876) 1 C.P.D. 120.

¹⁷⁹⁵ *Mears Ltd v. Shoreline Housing Partnership Ltd*, *High Court of Justice*, 20 mai 2015, (2015) EWHC 1396 (TCC).

¹⁷⁹⁶ « *Schedule of rates* ».

¹⁷⁹⁷ Justice AKENHEAD in *Mears Ltd v. Shoreline Housing Partnership Ltd*, *High Court of Justice*, 20 mai 2015, (2015) EWHC 1396 (TCC), n° 67 : « It would be unjust and unconscionable for the employer to deny the convention and common assumption upon which they agreed to operate because for six months the parties had organised and ordered their affairs and their business on the project on that basis ».

estoppel by representation, c'est-à-dire une forme d'accord implicite entre les parties, née, en l'espèce, de leur attitude au cours de l'exécution du contrat.

429. Échec de la réaffirmation contractuelle de la *parol evidence rule* et rapprochement consécutif des méthodes d'interprétation. La réaffirmation contractuelle de la *parol evidence rule* à travers les *entire agreement clauses* échoue en partie à sauver cette règle d'interprétation de l'oubli car l'*estoppel by representation* permet au juge de retenir l'existence d'un accord entre les parties en dehors de l'*instrumentum* interprété. Cette disparition permet un rapprochement entre les méthodes d'interprétation française et anglaise du contrat. En effet, l'effacement de la *parol evidence rule* a certes pour conséquence la complexification du processus d'interprétation et l'imprévisibilité de son résultat, mais il éloigne les juges anglais d'une méthode d'interprétation intransigeante¹⁷⁹⁸.

Le fait pour une partie d'accorder du crédit aux propos de son cocontractant est susceptible de priver d'effet la clause d'intégralité. Il en va de même lorsque les juges découvrent l'existence d'un *implied term in fact* dans le contrat.

2) *L'implied term in fact*

430. La notion d'*implied term*. Selon une doctrine classique, la *parol evidence rule* aurait survécu au recul du littéralisme comme principe d'interprétation du contrat mais connaît quelques exceptions. « *Ces exceptions sont notamment nécessaires lorsque les parties n'ont pas enfermé tous les éléments de leur accord dans un document écrit et détaillé [...]* »¹⁷⁹⁹. Outre la *rectification*, la plus importante des exceptions à la *parol evidence rule* est la technique de l'*implied term*. En droit anglais, l'*implied term* est traditionnellement fermement exclu de la catégorie des outils d'interprétation¹⁸⁰⁰ car il permet, non pas d'interpréter au sens de rechercher la volonté contractuelle, par principe objectivement entendue, mais d'ajouter clairement au contenu du contrat¹⁸⁰¹. Un juge, distinguant l'interprétation du contrat de la technique de

¹⁷⁹⁸ V. Lord STEYN qui, dans l'arrêt *Mannai Investment Co. Ltd v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd*, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945, [1997] A.C. 749, n° 771 qualifie la méthode d'interprétation utilisée dans un arrêt de 1942, *Hankey v. Clavering* [1942] 2 K.B. 326, de « *rigid and formalistic* », « *rigide et formelle* », v. *supra* n° 352.

¹⁷⁹⁹ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation du contrat : perspectives comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 2017, pp. 363s.

¹⁸⁰⁰ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 2. [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018) V. aussi Lord NEUBERGER *in Marks and Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd & Anor*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 2 déc. 2015, [2015] UKSC 72, [2015] WLR(D) 501, [2016] CILL 3779, [2015] 3 WLR 1843, [2016] AC 742, [2016] 4 All ER 441, n°s 26 et 27.

¹⁸⁰¹ David CABRELLI, « Implying terms in law: Belize no more? », *Edin. L.R.*, vol. 20, n° 3, 2016, p. 340.

l'implied term, avait ainsi écrit : « *Le rôle habituel des tribunaux dans l'interprétation des contrats est, en résolvant les ambiguïtés et en réconciliant les incohérences apparentes, d'attribuer le vrai sens au langage dans lequel les parties ont formulé le contrat. L'implication des clauses contractuelles implique une entreprise différente et plus ambitieuse : l'interpolation des clauses pour régler les questions pour lesquelles, par hypothèse, les parties n'ont pas prévu de dispositions. C'est parce que l'implication des clauses est si potentiellement intrusive que la loi a imposé des contraintes strictes à l'exercice de ce pouvoir extraordinaire* »¹⁸⁰². En effet, *l'implied term*, dont la traduction littérale est « terme implicite » ou « terme sous-entendu », est « *une clause à laquelle la loi confère une efficacité contractuelle, bien qu'il soit parfois évident qu'il s'agit d'une chose à laquelle les parties, en concluant leur contrat, n'ont pas du tout fait allusion* »¹⁸⁰³. Les *implied terms* constituent donc un outil important à la disposition du juge lui permettant de réécrire en partie le contrat. Les *implied terms* sont classiquement divisés en droit anglais en trois catégories : *implied term in fact*, *terms implied in law* et *terms implied by custom*. *L'implied term* utilisé par les juges anglais pour faire échec aux clauses d'intégralité dans certains cas correspond à un *implied term in fact*.

431. *L'implied term in fact.* *L'implied term in fact* correspond à « *une clause qui donne effet à l'intention présumée non exprimée des parties* »¹⁸⁰⁴ dans un cas particulier¹⁸⁰⁵. Un arrêt rendu par le *Privy Council* en 1977¹⁸⁰⁶ rappelle les conditions nécessaires à la découverte d'un *implied term* : « (a) *il doit être raisonnable et équitable ; (b) il doit être nécessaire pour donner au contrat une efficacité commerciale, de sorte qu'aucune clause ne doit être sous-entendue si le contrat est efficace sans elle ; (c) il doit être si évident que "cela va de soi" ; (d) il doit pouvoir être exprimé clairement ; (e) il ne peut pas contredire une clause expresse du contrat* ». Il convient de déterminer ce que signifie chacun de ces critères.

¹⁸⁰² Sir Thomas BINGHAM MR in *Philips Electronique Grand Public SA and Another v. British Sky Broadcasting Limited, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 19 oct. 1994, [1995] E.M.L.R. 472, p. 481.

¹⁸⁰³ Justice O'BRYAN in *Dikstein v. Kanevsky, Supreme Court of Victoria (Australie)*, 1^{er} janv. 1947, (1947) V.L.R. 216, p. 200 : « *a term to which law gives contractual efficacy, though it may be plain that it was something to which the parties, in making their contract, failed to advert at all* ».

¹⁸⁰⁴ Timothy PILKINGTON, « *Subsequent conduct and the objective theory of contract* », *Aust. Bar Rev.*, n° 45, 2018, p. 250. V. aussi : Janet O'SULLIVAN, « *Silence is golden: implied terms in the Supreme Court* », *CLJ*, 2016, vol. 75, n° 2, p. 199.

¹⁸⁰⁵ À la différence des *implied terms in law* qui, fixés par la loi ou dégagés par le juge, ont vocation à s'appliquer à tous les contrats d'un genre donné, v. *infra* n° 571.

¹⁸⁰⁶ *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. Shire of Hastings, Privy Council*, 27 juill. 1977, [1977] UKPC 13, [1977] UKPCHCA 1, 1180 C.L.R. 266.

432. Le caractère raisonnable. Dans l'arrêt de principe¹⁸⁰⁷, les défendeurs, des officiers de port, en contrepartie de frais de débarquement et de stockage de la cargaison, avaient autorisé le demandeur, un armateur, à décharger son navire au quai géré par les défendeurs. En raison de l'irrégularité du lit du fleuve adjacent à la jetée, le navire échoua et subit des dommages matériels. La *Court of Appeal* estima qu'un tel contrat impliquait raisonnablement que les défendeurs prennent soin de vérifier, car ils étaient mieux placés que l'armateur pour le faire, que le fond de la rivière adjacente à la jetée était dans un état tel qu'il ne causerait pas de dommages au navire. Les défendeurs devaient donc être considérés comme ayant implicitement induit le demandeur à croire qu'ils s'engageaient à procéder à cette vérification, ce qu'ils n'avaient pas fait. Autrement dit, la *Court of Appeal* conclut à l'existence d'un *implied term* de nature contractuelle qui imposait aux officiers de port de vérifier l'état du fond du fleuve à l'emplacement désigné à l'armateur pour amarrer le navire. Il ressort de cette jurisprudence et des arrêts de principe qui l'ont suivie que l'*implied term* doit « être strictement nécessaire »¹⁸⁰⁸ pour donner effet au contrat « tel que les parties l'auraient voulu ». En réalité, ces intentions sont les « intentions présumées des parties »¹⁸⁰⁹, ou plus précisément celles d'une « personne raisonnable placée dans la même position »¹⁸¹⁰ et souhaitant que l'opération contractuelle soit fructueuse¹⁸¹¹. Ces critères sont interdépendants et difficilement dissociables dans le raisonnement judiciaire.

433. L'*implied term in fact* nécessaire pour rendre efficace le contrat¹⁸¹². Dans un arrêt récent concernant un contrat de bail¹⁸¹³, la *Court of appeal* précise que les *entire agreement clauses* n'empêchent pas le juge d'avoir recours à l'*implied term*. En l'espèce, le preneur avait considéré que le contrat de bail avait pris fin en raison de l'inexécution par le bailleur de son

¹⁸⁰⁷ *The Moorcock, England and Wales Court of Appeal*, 25 fév. 1889, (1889) 14 P.D. 64 ; [1886-90] All ER Rep. 530.

¹⁸⁰⁸ *Equitable Life Assurance Society v. Hyman, House of Lords*, 20 juillet 2000, [2002] 1 A.C. 408 ; [2000] 3 WLR 529, p. 459.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 68 ; *Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper, House of Lords*, 12 déc. 1940, [1941] AC 108 ; [1941] 1 All ER 33, p. 137 ; *B.P. Refinery (Westernport) Proprietary Limited v. The President Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings, Privy Council*, 27 juillet 1977, [1977] UKPC 13, [1977] UKPCHCA 1, 1180 C. L.R. 266, n° 41.

¹⁸¹⁰ *Attorney General of Belize & Others v. Belize Telecom Ltd & Anor (Belize), Privy Council*, 18 mars 2009, [2009] 1 WLR 1988, [2009] 2 All ER 1127, [2009] UKPC 10, n° 25.

¹⁸¹¹ *The Moorcock, England and Wales Court of Appeal*, 25 fév. 1889, (1889) 14 P.D. 64 ; [1886-90] All ER Rep. 530, p. 68 : « *The implication which the law draws from what must obviously have been the intention of the parties, the law draws with the object of giving efficacy to the transaction [...]* » ; « *L'implication que la loi infère de ce qui doit manifestement avoir été l'intention des parties, la loi l'infère dans le but de donner effet à la transaction [...]* ».

¹⁸¹² L'*implied term* doit être nécessaire pour garantir la *business efficacy* du contrat.

¹⁸¹³ *JN Hipwell & Son v. Szurek, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 mars 2018, [2018] EWCA Civ 674 ; [2018] L. & T.R. 15 ; [2018] 2 P. & C.R. DG 10.

obligation de veiller à l'entretien et à la réparation des installations électriques. Le bail ne contenait aucune stipulation expresse relative à l'installation et à la fourniture de la plomberie et de l'électricité mais, selon le preneur, il comportait une clause implicite. Le bail comportait également une *entire agreement clause* par laquelle les parties avaient convenu que la totalité de leur accord était contenu dans l'*instrumentum*. Les juges rappelèrent dans un premier temps qu'une clause pouvait être sous-entendue à condition qu'elle soit nécessaire pour donner une efficacité au contrat. Or en l'espèce, il y avait selon eux une lacune manifeste et évidente dans le bail, ce qui empêchait son exécution, relative à la prise en charge des frais de plomberie ainsi que de l'installation et de l'approvisionnement électrique. Or, selon le jugement rendu à l'unanimité, « *il ne peut être supposé que les parties auraient eu l'intention de faire échouer l'accord dans son intégralité et d'empêcher le tribunal de le sauver s'il existait un moyen disponible et approprié de le faire, tout en donnant effet, et conformément, à ce que le tribunal estime que doivent avoir été les véritables intentions des parties* »¹⁸¹⁴. Un tel critère est en mesure de faire échec à une éventuelle clause d'intégralité.

434. L'*implied term* privant la clause d'intégralité de son effet. Si le juge estime qu'un terme est implicitement entendu dans le contrat, c'est que cette clause lui aura semblée nécessaire à l'efficacité de l'accord entre les parties. Il s'en déduit que l'*implied term in fact* procède du « *non-dit d'évidence* »¹⁸¹⁵. Par conséquent, il n'est pas vraiment un outil d'ajout de contenu contractuel. Il servirait strictement à donner effet à la volonté, certes non exprimée mais évidente, des parties¹⁸¹⁶. Les parties ayant conclu un contrat souhaitant, par hypothèse, son exécution, l'*entire agreement clause* est donc impuissante à contrer l'exercice de la technique de l'*implied term* par le juge. Ce dernier retrouve donc, par une sorte d'interprétation raisonnée de l'*entire agreement clause*, une marge de manœuvre conséquente malgré la volonté expresse des parties de voir leur accord cantonné au seul *instrumentum*, privant donc en partie l'*entire agreement clause* de son effet et donc de son utilité.

¹⁸¹⁴ Justice HILDYARD in JN Hipwell & Son v. Szurek, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 mars 2018, [2018] EWCA Civ 674, [2018] L. & T.R. 15, n° 27 : « *It cannot be supposed that the parties would have intended an entire agreement clause to cause the agreement to fail, and to prevent the court from saving it, if there is an available and appropriate means of doing so consistently with, and indeed to give effect to, what the Court finds must have been the true intentions of the parties* ».)

¹⁸¹⁵ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n° 138.

¹⁸¹⁶ En revanche, l'*implied term by law* ne nécessite pas que le juge puisse se convaincre que les parties entendaient insérer la stipulation dans leur contrat, cf. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-070, p. 265.

435. La multiplication des mécanismes susceptibles de faire échec à la *parol evidence rule* et aux clauses d'intégralité. Certes, les occurrences d'*implied terms* mis en œuvre pour faire échec à une clause d'intégralité sont rares. Cependant, il n'est pas anodin que les magistrats anglais se reconnaissent en théorie cette possibilité. En définitive, les mécanismes susceptibles de faire échec à la *parol evidence rule* et à sa réitération conventionnelle, *collateral contracts*, *estoppel* et *implied term*, se sont indéniablement multipliés de telle sorte qu'il est possible de conclure à la quasi-disparition de la *parol evidence rule*, mouvement que la *rectification* n'a fait que renforcer.

§ 2 – La *rectification*, réécriture du contrat en adéquation avec la volonté contractuelle réelle : un assouplissement de la *parol evidence rule*

436. Un correctif nécessaire en droit anglais. Le contentieux de la *rectification* n'existe qu'en Angleterre. En effet, l'interprétation littérale de l'*instrumentum* par les juges anglais, soutenue par la *parol evidence rule* et le standard de la personne raisonnable, nécessitait un assouplissement¹⁸¹⁷ car cette méthode d'interprétation est susceptible d'aboutir à un résultat trop éloigné de la volonté réelle des parties, préoccupation à laquelle les juges anglais ne sont, en réalité, pas complètement insensibles¹⁸¹⁸. À l'inverse, en France, dès lors qu'en raison de la conception subjective du contrat, l'intention contractuelle attribuée aux parties à la lecture de l'*instrumentum* est censée coïncider avec leur volonté réelle, le besoin d'un mécanisme permettant d'aligner le langage de l'*instrumentum* avec cette volonté réelle ne pouvait pas se faire ressentir¹⁸¹⁹.

437. La *rectification de l'instrumentum*, facteur de rapprochement. En droit anglais, la *rectification* ne se confond donc pas avec l'interprétation¹⁸²⁰. Elle est un *equitable remedy*¹⁸²¹, dont la mise en œuvre relève d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸²², qui permet aux juges de modifier certains termes de l'*instrumentum* afin d'aboutir à une formulation qui exprime plus explicitement la volonté réelle des parties telle qu'elle a été comprise par les juges. « *En substance, la rectification est un recours équitable permettant au tribunal d'insérer de*

¹⁸¹⁷ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 14. [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018)

¹⁸¹⁸ V. *supra* n^{os} 355s les développements relatifs à l'apparition de l'approche contextuelle dans la méthode anglaise d'interprétation. V. également : Johan STEYN, « The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts », *Sydney L. Rev.*, vol. 25, n^o 1, 2003, pp. 5s à propos d'un testament par lequel le *de cuius* léguait ses biens à « sa nièce Eliza Waterhouse ». En réalité, l'épouse du défunt avaient deux petites-nièces ainsi nommées, l'une légitime et l'autre illégitime. Dans l'arrêt *Ingham v. Rayner*, *England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} mars 1894, [1894] 2 Ch. 83, les trois juges de la *Court of Appeal*, dont deux admettant ouvertement le caractère « *douloureux* » de la décision, se dirent obligés de refuser la preuve des circonstances factuelles selon lesquelles la petite-nièce naturelle vivait avec le *de cuius* qui avait pour habitude de l'appeler sa nièce. Le terme « nièce » ne pouvait alors, selon les juges, que désigner la petite-nièce légitime de l'épouse du défunt. Le résultat est, selon Lord STEYN, « *grotesque* » car il était en effet clair que la volonté du testateur était de gratifier la petite-nièce naturelle de son épouse. En droit anglais, le testament est considéré comme un contrat, v. introduction sur la conception anglaise du contrat.

¹⁸¹⁹ Catherine VALCKE, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *J. Comp. L.*, n^o 4, 2009, p. 73. V. aussi les anciens art. 1163 et 1164 du C. civil qui permettaient au juge de se défaire des termes, généraux ou restrictifs, d'un *instrumentum*.

¹⁸²⁰ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 2. [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018)

¹⁸²¹ *Whiteside v. Whiteside*, *England and Wales Court of Appeal*, 8 novembre 1949, [1950] Ch. 65, n^o 66.

¹⁸²² *Butlin v. Butlin and Others (Re Butlin's Settlement Trusts)*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 31 juill. 1975, [1976] Ch. 251, n^o 262.

nouveaux mots pour refléter le véritable accord, tel qu'il a été objectivement établi, et qui existait immédiatement avant la formation »¹⁸²³. La *rectification* est née de la maxime : « *L'Equity se préoccupe de l'intention plutôt que de la forme* »¹⁸²⁴ qui se situe à l'opposé du principe de lecture littérale des contrats¹⁸²⁵. En conséquence, le mécanisme de *rectification* déroge ostensiblement à ce dogme de *common law*, car les juges peuvent non seulement ignorer les termes de l'*instrumentum* final mais en plus les modifier. Il déroge également à la *parol evidence rule*¹⁸²⁶ car les éléments extrinsèques sont recevables et sont pris en compte dans le but de découvrir la volonté des parties¹⁸²⁷. La *rectification* constitue donc un mécanisme correctif qui introduit en droit positif anglais une prise en compte de ce qui semble être la volonté réelle des parties contractantes, en dépit du principe initial de conception objective du contrat, ce qui rapproche le droit français et le droit anglais (A). La modification opérée par les juges porte sur l'*instrumentum*, mais pas sur le *negotium* : « *Les juridictions d'equity ne rectifient pas les contrats, elles peuvent rectifier, et rectifient, les actes* »¹⁸²⁸. En d'autres termes, les juges ne sauraient intervenir pour venir en aide au contractant qui aurait fait une « *mauvaise affaire* »¹⁸²⁹. Les juges ne font que corriger des erreurs de formulations dans les termes de l'*instrumentum*. Or cette correction est fréquemment effectuée par le biais de l'interprétation elle-même lorsque l'erreur de formulation et la correction nécessaire sont suffisamment évidentes¹⁸³⁰. Par conséquent, il convient de distinguer la *rectification*, aujourd'hui plus rarement mise en œuvre, de l'interprétation correctrice¹⁸³¹. Afin d'éviter toute confusion, le processus de mise en adéquation des termes de l'*instrumentum* avec la volonté

¹⁸²³ Neil ANDREWS, « Interpretation of Written Contracts in England », sept. 2013 : « *In essence, rectification is an equitable remedy enabling the court to insert new words to reflect the true consensus, as objectively ascertained, and which stood immediately preceding formation* ». [En ligne] <https://papers.ssrn.com> (page consultée le 12/09/2018)

¹⁸²⁴ « *Equity looks at intent rather than form* », maxime établie par l'arrêt *Parkin v. Thorold, Court of Chancery*, 22 mai 1852, 51 ER 698.

¹⁸²⁵ V. *supra* n° 212.

¹⁸²⁶ La *rectification* est classiquement présentée comme une exception majeure à la *parol evidence rule*, v. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-037, p. 242.

¹⁸²⁷ Stefan VOGENAUER, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 14. [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074 (page consultée le 15/09/2018)

¹⁸²⁸ *Mackenzie v. Coulson, Court of Chancery*, 5 juin 1869, (1869) L.R. 8 Eq. 369, p. 375 ; *Etablissements Georges et Paul Levy v. Adderley Navigation Co. Panama SA(The Olympic Pride), High Court (Queen's Bench Division)*, 16 oct. 1979, [1980] 2 Lloyd's Rep 67, n° 72 : « *Courts of equity do not rectify contracts; they may and do rectify instruments* ».

¹⁸²⁹ *Bad bargain*.

¹⁸³⁰ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-065, pp. 392 et 393.

¹⁸³¹ V. *supra* n°s 221s : en interprétant le contrat selon le « sens clair et évident » des termes tels qu'ils seraient compris par une personne raisonnable, les juges redonnent au contrat son vrai sens indépendamment des maladresses de rédaction susceptibles d'être commises par les parties d'où l'idée d'interprétation correctrice.

des parties par le biais de l'interprétation sera donc nommé, plutôt que « rectification par interprétation », « interprétation correctrice ». Bien que les résultats de ces opérations soient similaires, les deux notions sont, en principe, distinctes. En effet, la *rectification* d'un acte n'est pas son interprétation car rectifier n'est pas donner du sens à l'acte. L'hypothèse de la *rectification* est la suivante : le juge a été convaincu que la formulation de l'*instrumentum* est erronée, c'est-à-dire qu'elle ne reflète pas l'accord préalable des parties, et corrige l'*instrumentum*. La *rectification* a donc sa place à la fin d'une réflexion sur l'interprétation des contrats car elle est un mécanisme concurrent de l'interprétation, mais elle n'est pas de l'interprétation. Il est donc nécessaire, dans un second temps, de déterminer le champ d'application résiduel de la *rectification* par rapport à cette notion voisine (B).

A) La rectification de l'*instrumentum* sur le fondement d'une intention commune antérieure : un mécanisme faussement objectif

438. Définition. « Le recours en rectification est celui autorisé par la Cour, non pas pour altérer les termes d'un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, mais pour corriger un acte écrit qui, par une erreur d'expression verbale, ne reflète pas fidèlement leur véritable accord »¹⁸³². L'erreur porte donc, non pas sur le contrat sur lequel se sont entendues les parties, mais sur l'*instrumentum* final qui, tel qu'il a été rédigé, aurait trahi le *negotium*¹⁸³³.

439. L'incertitude initiale sur les critères de la rectification. En matière d'interprétation, la jurisprudence retient le critère de l'évidence de l'existence d'une erreur de langage affectant l'*instrumentum* et de l'évidence de la correction qui doit être apportée¹⁸³⁴. Or en matière de *rectification*, les juges procèdent de façon identique : ils doivent être convaincus de l'existence d'une erreur de rédaction ayant trahi le *negotium* et de la correction à apporter à l'*instrumentum*. La distinction entre l'interprétation, parfois elle-même correctrice, et la *rectification* réside principalement dans les moyens mis en œuvre pour atteindre cette certitude. En effet, la *rectification* n'obéissant pas aux règles d'exclusions de certains éléments de preuve, les parties peuvent verser aux débats tous les échanges précédents la conclusion du contrat. En

¹⁸³² Agip SpA v. Navigazione Alta Italia SpA (The Nai Genova and The Nai Superba), *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 déc. 1983, [1984] 1 Lloyd's Rep. 353, n° 359 : « The remedy of rectification is one permitted by the Court, not for the purpose of altering the terms of an agreement entered into between two or more parties, but for that of correcting a written instrument which, by a mistake in verbal expression, does not accurately reflect their true agreement ».

¹⁸³³ L'erreur qui porte sur le *negotium* peut donner lieu, sous réserve de remplir certaines conditions, à l'anéantissement du contrat, v. *infra* n°s 34s.

¹⁸³⁴ V. *supra* n°s 221s.

matière de *rectification*, le juge dispose ainsi de beaucoup plus d'éléments pour se convaincre de l'existence d'une erreur dans la rédaction du contrat et déceler la correction à y apporter.

440. Deux types de *rectification*. Il ressort des *precedents* en la matière que le mécanisme de *rectification* est envisageable dans deux situations. La première, après avoir occupé une place fluctuante dans le droit positif anglais, connaît un mouvement d'expansion, toutefois contrôlé, depuis le recul du littéralisme. Elle correspond à l'existence d'une *common mistake* (1). La seconde correspond au cas de l'*unilateral mistake* dont l'existence a toujours été contestée par une partie des juges et de la doctrine et dont le champ d'application demeure particulièrement limité (2).

1) L'expansion contrôlée de la *rectification* d'une *common mistake*

441. L'erreur commune. En matière d'erreur, il convient d'abord de préciser que le droit positif anglais admet la possibilité de conclure au caractère *void* du contrat en raison de « l'extrême injustice »¹⁸³⁵ qui consisterait à considérer la partie désavantagée¹⁸³⁶ comme obligée par la convention. Dans un tel cas, les juges considèrent que l'erreur commise par les parties est « fondamentale » de telle sorte qu'il n'y a en réalité pas de rencontre des volontés et donc pas de contrat¹⁸³⁷. Cependant, lorsque l'erreur porte sur la rédaction de l'*instrumentum* qui aurait trahi la véritable volonté des parties, il est possible d'envisager la *rectification* de l'*instrumentum*.

442. La *rectification* d'une *common mistake*. La *common mistake* – aussi appelée *mutual mistake* – correspond à une « croyance erronée partagée »¹⁸³⁸. Les critères de la *rectification* en cas de *common mistake* ont été clairement établis dans un arrêt de la *Court of Appeal* de 2002¹⁸³⁹ : «(1) les parties avaient une intention commune et continue, équivalant ou non à un accord relatif à un point particulier de l'instrument à rectifier ; (2) il y avait une expression extérieure de l'accord ; (3) l'intention persiste au moment de l'exécution de l'instrumentum dont est demandée la rectification ; (4) en raison d'une erreur, l'instrumentum

¹⁸³⁵ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-002, p. 353.

¹⁸³⁶ Lorsque le contrat est rectifié, cela profite au demandeur, au détriment de la partie qui conteste la pertinence de la *rectification*, ou qui cherche à voir rectifier le contrat mais d'une autre façon que le demandeur.

¹⁸³⁷ V. *infra* n^{os} 34s.

¹⁸³⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-002, p. 353 : « a shared mistaken assumption ».

¹⁸³⁹ *Swainland Builders Ltd v. Freehold Properties Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 12 avril 2002, [2002] EWCA Civ. 560, [2002] 2 E.G. L.R 71.

ne traduisait pas cette intention commune»¹⁸⁴⁰. Ces critères reflètent encore aujourd'hui le droit positif en la matière¹⁸⁴¹.

443. La nature de la *rectification*. L'étude de ces critères permet de distinguer deux questions essentielles dans l'action en rectification du contrat. La première réside dans la nature de la *rectification*. Son existence dans le système juridique anglais constitue un facteur de rapprochement entre l'office des juges français et des juges anglais en ce qu'elle repose traditionnellement, contrairement à l'interprétation qui appelait initialement une lecture littérale fondée sur la *parol evidence rule*, sur l'examen par les juges d'éléments extrinsèques tels que les négociations précontractuelles et les déclarations subjectives d'intention de chaque partie et s'apparente à ce titre, quoique les juges anglais s'en défendent, à un mécanisme d'inspiration subjective (a).

444. Le standard probatoire. La seconde remarque essentielle est celle du standard probatoire élevé en matière de *rectification*. En effet, il n'est pas facile de convaincre les juges de la réunion des critères permettant de donner lieu à une correction matérielle du contrat. La *rectification*, quoiqu'en contradiction directe avec de nombreux principes de *common law* et bien qu'elle soit systématiquement plaidée par les avocats anglais dans le cadre d'un litige sur le sens de la convention, occupe ainsi dans le contentieux contractuel une place finalement limitée (b).

a) Un mécanisme d'inspiration subjective : l'importance de l'intime conviction du juge

445. L'objet de l'erreur. L'erreur commune susceptible de donner lieu à une *rectification* porte sur le sens de la convention. Plus précisément, elle porte sur l'adéquation entre l'accord préalable et l'*instrumentum* final. Autrement dit, pour qu'il y ait une telle erreur il faut que l'une des parties ait pensé que l'accord préalable désigne une opération contractuelle et que le contrat final prévoit la même opération, et que l'autre partie ait pensé que l'accord préalable désignait une autre opération et que le contrat final prévoit cette même opération. Par

¹⁸⁴⁰ Lord Justice GIBSON in *Swainland Builders Ltd v. Freehold Properties Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 12 avril 2002, [2002] EWCA Civ. 560 ; [2002] 2 E.G. L.R 71, n° 33 : « (1) the parties had a common continuing intention, whether or not amounting to an agreement, in respect of a particular matter in the instrument to be rectified; (2) there was an outward expression of accord; (3) the intention continued at the time of the execution of the instrument sought to be rectified; (4) by mistake the instrument did not reflect that common intention ».

¹⁸⁴¹ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101 ; [2009] 3 WLR 267 ; [2009] UKHL 38, n° 48.

exemple, dans l'affaire *Chartbrook*¹⁸⁴², finalement résolue sur le fondement de l'interprétation, le litige portait sur le sens de la clause prévoyant que *Persimmon* paierait à *Chartbrook* « 23,4 % du prix atteint pour chaque unité résidentielle dépassant la valeur minimale garantie de l'unité résidentielle [...] ». Selon *Chartbrook*, cette clause signifiait simplement que pour toute vente d'une unité résidentielle, il fallait déduire la valeur minimale garantie du prix de vente, 23,4% de cette somme devant lui être versée¹⁸⁴³. Selon *Persimmon*, elle signifiait que, si le prix de vente d'une unité résidentielle dépassait la valeur minimale estimée, alors *Chartbrook* aurait droit à 23,4% de la différence entre la valeur minimale et le prix de vente¹⁸⁴⁴. Les juges de la *House of Lords* estimèrent qu'il ressortait des échanges précontractuels que l'accord initial était fondé sur la conception de *Persimmon* alors que l'*instrumentum* final s'interprétait selon la conception de *Chartbrook*. Par conséquent, les parties étaient dans l'erreur en pensant que l'acte final était fidèle au *negotium*, ce qui aurait permis une *rectification* de l'acte final afin de le mettre en adéquation avec les échanges précontractuels si l'interprétation n'avait pas suffi.

446. La nature de la *rectification*. La rédaction du contrat sous forme écrite, après un échange de lettres et de correspondances variées, pourrait être plus simplement conçu comme l'abandon de l'accord préalable. Cela aurait pour conséquence de vider la *rectification* de sa substance : elle ne serait jamais envisageable. Par conséquent, pour déceler l'erreur susceptible de conclure que l'*instrumentum* a trahi l'accord préalable, il devient indispensable de se fier aux éléments extrinsèques, hors l'*instrumentum* final, pour établir le contenu de cet accord préalable. La question se pose ensuite de savoir comment sont envisagés ces éléments extrinsèques. Selon la jurisprudence anglaise majoritaire, ils sont examinés selon une méthode objective inspirée de celle retenue pour l'interprétation des contrats (i). Cependant, cette qualification est contestable, la *rectification* étant empreinte d'une méthode plus subjective que ne veulent bien l'admettre les juges anglais (ii).

i) Un mécanisme qualifié d'objectif

447. Une intention commune manifestée par un véritable contrat apprécié objectivement. Malgré la prise en compte des négociations précontractuelles qui constitue un indice flagrant de la nature subjective du mécanisme de *rectification*, les juges anglais persistent, comme ils le font pour la méthode moderne d'interprétation contextuelle du

¹⁸⁴² *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101 ; [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38.

¹⁸⁴³ *Ibid.*, n° 10.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, n° 13.

contrat¹⁸⁴⁵, à qualifier la *rectification* de mécanisme objectif. En effet, si aujourd'hui les juges anglais exigent la conclusion d'un simple accord préalable, trahi par le langage de l'*instrumentum*, afin d'accorder la *rectification*¹⁸⁴⁶, les arrêts les plus anciens en matière de *rectification* imposaient la formation d'un véritable « contrat »¹⁸⁴⁷ ultérieurement formulé par écrit. Le critère était donc celui d'une véritable rencontre des volontés sous la forme d'une offre et une acceptation¹⁸⁴⁸. Puisqu'il fallait un contrat au sens strict du terme, le contenu de ce contrat préalable était apprécié selon les règles classiques de l'interprétation, c'est-à-dire selon une méthode objective : « *les termes du contrat auxquels l'instrument ultérieur doit se conformer doivent être objectivement déterminés de la même manière que tout autre contrat. Ainsi, l'erreur commune doit nécessairement porter sur la conformité de l'instrument à ces termes et non pas à ce que l'une ou l'autre des parties croyait être le sens de ces termes* »¹⁸⁴⁹.

Dans un arrêt très commenté rendu en 1953¹⁸⁵⁰, les juges eurent à connaître des faits suivants : le demandeur, un groupe de marchands londoniens, fut sollicité par l'un de ses clients égyptiens qui souhaitait se procurer des « *fèves marocaines nommées fèveoles* ». Leur représentant commercial, ignorant ce que désignait le terme fèveoles, se renseigna auprès d'un de ses partenaires commerciaux habituels, le défendeur. Celui-ci lui indiqua que les termes « fèves » et « fèveoles » étaient synonymes et proposa de fournir le demandeur. Un contrat de vente portant sur des fèves fut conclu entre le défendeur et le demandeur, qui revendit les fèves à son client initial en Égypte. Ce dernier réclama des dommages et intérêts en arguant que les fèves reçues n'étaient pas des fèveoles. Les marchands londoniens réclamèrent alors la *rectification* du contrat conclu avec le défendeur et sollicitèrent l'ajout du terme « *feveroles* » à la suite du mot « *horse beans* », ce qui leur permettrait ensuite de réclamer des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle sur le fondement de l'*instrumentum* ainsi rectifié. Le

¹⁸⁴⁵ V. *supra* n^{os} 358s.

¹⁸⁴⁶ Mackenzie v. Coulson, *Court of Chancery*, 5 juin 1869, (1869) L.R. 8 Eq. 369 ; Lovell and Christmas Ltd v. Wall, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 1911, (1911) 104 LT 85 ; United States of America v. Motor Trucks Ltd, *Privy Council*, 27 juill. 1923, (1924) A.C. 196.

¹⁸⁴⁷ JAMES V.C. in Mackenzie v. Coulson, *Court of Chancery*, 5 juin 1869, (1869) L.R. 8 Eq. 369, n^o 375 : « *But it is always necessary for a plaintiff to show that there was an actual concluded contract antecedent to the instrument which is sought to be rectified; and that such contract is inaccurately represented in the instrument* » ; « *Mais il est toujours nécessaire qu'un demandeur démontre qu'il y avait un réel contrat conclu préalable à l'instrument qu'il cherche à rectifier ; et que ce contrat est représenté de manière inexacte dans l'instrument* ».

¹⁸⁴⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^o 1-009, p. 5. V. *infra* n^o 26.

¹⁸⁴⁹ Lord HOFMANN in Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n^o 59.

¹⁸⁵⁰ Frederick E. Rose (London) Ltd v. William H. Pim Junior & Co. Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 16 juill. 1953, [1953] 2 Q.B. 450 ; [1953] 3 WLR 497.

juge de la *High Court* accorda la *rectification* sur le fondement d'un accord oral, qui, dans l'intention des parties, portait sur des fèves désignées en raison d'une erreur commune par le terme génériques de « fèves ». Néanmoins, la *Court of Appeal* infirma la décision du juge de première instance, estimant que le mécanisme de *rectification* se préoccupe de « *documents, et non d'intentions* »¹⁸⁵¹ de telle sorte qu'il ne peut être mis en œuvre que s'il est prouvé que les parties « *se sont accordées sur autre chose, mais pas qu'elles avaient en tête autre chose* » que ce qui est écrit¹⁸⁵². Or la distinction est loin d'être aisée. La Cour entend par cela qu'il convient, en conformité avec la conception objective du contrat et de la volonté contractuelle, de laisser de côté le « *for intérieur des parties* » et de regarder leurs « *actes extérieurs* ». Cela remet en question le caractère suffisant d'une simple « *intention commune* »¹⁸⁵³ qui n'aurait pas été exprimée par des actes extérieurs. En l'espèce, les parties entendaient toutes les deux utiliser le terme « fèves » et peu importait qu'elles aient entendu par-là « fèves » : l'« *accord, tel qu'il a été exprimé, oralement et par écrit, portait sur des "fèves". C'est tout ce que les défendeurs se sont jamais engagés à fournir, et tout ce à quoi ils devraient être tenus. Il y avait sans doute une supposition erronée à la base du contrat - une supposition qui aurait justifié l'annulation du contrat sur le fondement d'une fausse déclaration ou d'une erreur - mais cela est très différent d'une expression erronée du contrat susceptible de donner lieu à une rectification* »¹⁸⁵⁴. La *rectification* serait donc un mécanisme objectif, fondé sur l'apparence extérieure de la volonté et non sur la volonté réelle, nécessitant « *une erreur des parties sur le point de savoir si l'instrument écrit reflétait correctement le consensus préalable, et non sur le point de savoir si l'instrument était conforme à l'idée du consensus que se faisait la partie en question* »¹⁸⁵⁵.

448. Un simple accord préalable, objectivement évalué. Cependant, les décisions plus récentes se contentent de la manifestation d'un simple « accord préalable » enregistré ensuite

¹⁸⁵¹ Lord Justice DENNING in *Frederick E. Rose (London) Ltd v. William H. Pim Junior & Co. Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 16 juill. 1953, [1953] 2 Q.B. 450, n° 461.

¹⁸⁵² Lord Justice DENNING in *Frederick E. Rose (London) Ltd v. William H. Pim Junior & Co. Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 16 juillet 1953, [1953] 2 Q.B. 450, n° 462 : « *He is allowed to prove [...] that they agreed something different [...] but not that they intended something different* ».

¹⁸⁵³ *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc.*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391.

¹⁸⁵⁴ Lord Justice DENNING in *Frederick E. Rose (London) Ltd v. William H. Pim Junior & Co. Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 16 juill. 1953, [1953] 2 Q.B. 450, n° 462.

¹⁸⁵⁵ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 57 : « *Rectification required a mistake about whether the written instrument correctly reflected the prior consensus, not whether it accorded with what the party in question believed that consensus to have been* ».

par écrit par les parties, souvent par commodité à la suite de longues négociations, ou parce que la loi l'exige pour certains types de contrat¹⁸⁵⁶. Or une telle approche ouvre la voie à une conception plus subjective du mécanisme¹⁸⁵⁷. Le premier des arrêts à admettre un critère moins exigeant que la conclusion d'un véritable contrat fut rendu par la *High Court* en 1935¹⁸⁵⁸ et fut rapidement confirmé par un arrêt de la même cour rendu en 1939¹⁸⁵⁹, dans lequel le juge écrit explicitement qu'« *il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un contrat contraignant conclu entre les parties antérieurement à l'accord que l'on cherche à rectifier* » et qu'il suffit que soit établie l'existence d'un consensus entre les parties¹⁸⁶⁰. Cette vision a été consacrée dans des décisions ultérieures¹⁸⁶¹.

Après l'hésitation dans l'affaire de 1953¹⁸⁶², le critère de la conclusion d'un véritable contrat précédant l'enregistrement par écrit fut abandonné, sur le fondement de *precedents* qui tendaient déjà vers une conception plus moderne¹⁸⁶³ et notamment un arrêt rendu en 1969¹⁸⁶⁴. Dans cet arrêt, la *Court of Appeal* eut à connaître d'un accord conclu entre un père et sa fille selon lequel il lui transférerait son fonds de commerce en échange de quoi elle payerait certaines dépenses d'entretien de la maison où il résidait. Les parties signèrent ensuite un accord de cession de l'entreprise, prévoyant que l'acquéreur « *s'acquitterait de toutes les dépenses liées à l'ensemble des locaux [...]* ». Après la signature du contrat, l'acquéreur paya plusieurs des factures du ménage puis cessa, affirmant que l'accord correctement interprété ne prévoyait pas le paiement de ces dépenses. Le demandeur agit sur le fondement de l'interprétation du contrat aux fins d'obtenir une déclaration selon laquelle sa fille devait régler ces factures. Il demanda également, à titre subsidiaire, la *rectification* de l'accord par l'ajout d'une disposition à cet effet. Le juge du tribunal de comté estima, en conformité avec la jurisprudence traditionnelle, qu'en

¹⁸⁵⁶ Par ex., la vente d'un terrain doit se faire par écrit, cf. *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*, chap. 34, section 2. V. pour la définition de « terrain », « land », *Law of Property Act 1925*, s.205, ix).

¹⁸⁵⁷ V. *infra* n^{os} 450s.

¹⁸⁵⁸ *Shiple Urban DC v. Bradford Corp*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 mai 1935, [1936] Ch. 375.

¹⁸⁵⁹ *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc.*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390.

¹⁸⁶⁰ Justice SIMONDS *in ibid.*, p. 1391 : « *it is not necessary to find a concluded and binding contract between the parties antecedent to the agreement which it is sought to rectify [...]* If you find that in regard to a particular point, the parties were in agreement up to the moment when they executed their formal instrument, and the formal instrument does not conform with that common agreement, then this court has jurisdiction to rectify although it may be there was, until the formal instrument was executed, no concluded and binding contract between the parties ».

¹⁸⁶¹ *Earl v. Hector Whaling*, *England and Wales Court of Appeal*, 27 March 1961, [1961] 1 Lloyd's Rep. 459 ; *Joscelyne v. Nissen and Another*, *England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1969, [1970] 2 Q.B. 86.

¹⁸⁶² V. *supra* n^o 447.

¹⁸⁶³ *Shiple Urban DC v. Bradford Corp*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 mai 1935, [1936] Ch. 375 ; *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc.*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390.

¹⁸⁶⁴ *Joscelyne v. Nissen and Another*, *England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1969, [1970] 2 Q.B. 86.

l'absence d'un véritable contrat conclu au préalable entre les parties, la *rectification* n'était pas envisageable. Toutefois, la *Court of Appeal* retint que, si le critère était celui d'une intention commune continue, certes plus facile à établir en présence d'un véritable contrat conclu préalablement à son enregistrement matériel, un accord préalable pouvait suffire. Autrement dit, un contrat valablement formé n'épuise pas tous les cas d'intention commune continue susceptible de permettre la *rectification*¹⁸⁶⁵. La Cour entérine ainsi le jugement de Justice SIMONDS¹⁸⁶⁶ en le nuancant toutefois : il ne s'agit pas de volonté réelle à proprement parler car une manifestation extérieure de l'accord, qui sera objectivement appréciée, est nécessaire¹⁸⁶⁷.

449. Une nature incertaine. Ainsi, à première vue, la *rectification* ressemblait fort à un mécanisme subjectif fondé sur la recherche de la volonté contractuelle réelle¹⁸⁶⁸ ayant pour but de corriger les potentielles dérives d'une conception très objective du contrat, selon le souhait de certains juges¹⁸⁶⁹. Néanmoins, les tâtonnements jurisprudentiels relatifs aux critères permettant de mettre en œuvre ce mécanisme obscurcissent la question de sa nature. Afin de déterminer si la *rectification* est un mécanisme objectif ou subjectif, la question est de savoir comment les juges anglais procèdent pour établir l'existence d'une intention commune manifestée extérieurement.

Une jurisprudence clé est venue clarifier ce point et par là-même, la nature objective de la *rectification*, en apparence définitivement. En effet, selon la jurisprudence anglaise, par souci de cohérence, l'intention commune doit être évaluée objectivement, qu'elle réside dans un véritable contrat ou dans un simple consensus¹⁸⁷⁰. Dans un arrêt de 2009¹⁸⁷¹, le demandeur obtint gain de cause sur le fondement de l'interprétation du contrat, mais la demande subsidiaire de *rectification* fut envisagée par Lord HOFFMANN. Le juge confirma la nécessité d'une simple

¹⁸⁶⁵ Lord Justice RUSSELL in *Joscelyne v. Nissen and Another*, *England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1969, [1970] 2 Q.B. 86, p. 98.

¹⁸⁶⁶ Justice SIMONDS in *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc.*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391.

¹⁸⁶⁷ Lord Justice RUSSELL in *Joscelyne v. Nissen and Another*, *England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1969, [1970] 2 Q.B. 86, p. 98.

¹⁸⁶⁸ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.46, p. 500.

¹⁸⁶⁹ Johan STEYN, « Interpretation: Legal Texts and their Landscape » in Basil MARKESINIS (dir.), *The Clifford Chance Millenium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, 2000, p. 80.

¹⁸⁷⁰ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 60.

¹⁸⁷¹ *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38.

intention commune mais précisa que cette intention devait être objectivement déterminée¹⁸⁷². Ainsi, comme en matière d'interprétation du contrat, « *ce sont les paroles et les actes des parties démontrant leur intention, et non les pensées intérieures des parties, qui importent* »¹⁸⁷³. Autrement dit, le juge s'intéresse, non pas à la volonté réelle à proprement parler, mais à ce qu'un « *observateur extérieur* »¹⁸⁷⁴ perçoit de cette intention¹⁸⁷⁵. L'admission des négociations précontractuelles n'en ferait pas un mécanisme subjectif car elles sont appréciées objectivement. Par conséquent, la *rectification* serait un mécanisme objectif¹⁸⁷⁶, ainsi que l'affirment de nombreuses décisions ultérieures, adoptant sans équivoque la vision de l'arrêt *Chartbrook* de 2009¹⁸⁷⁷. Or cette conception contestable a été remise en question puis définitivement abandonnée car la *rectification* est indéniablement empreinte d'une appréciation subjective.

ii) Un mécanisme empreint d'appréciation subjective

¹⁸⁷² Lord HOFFMANN *in ibid.*, n° 58.

¹⁸⁷³ Justice MUSKILL *in* Etablissements Georges et Paul Levy v. Adderley Navigation Co. Panama SA (The Olympic Pride), *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 16 oct. 1979, [1980] 2 Lloyd's Rep. 67, n° 72 : « *It is the words and acts of the parties demonstrating their intention, not the inward thoughts of the parties, which matter* ».

¹⁸⁷⁴ Lord HOFFMANN *in* Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n^{os} 57 et 60.

¹⁸⁷⁵ V. pour une parfaite illustration d'une lecture objective de l'*instrumentum* en matière de *rectification* : George Cohen Sons & Co Ltd v. Docks and Inland Waterways Executive, *England and Wales Court of Appeal*, 27 mars 1950, (1950) 84 Ll. L. Rep. 97 dans lequel la clause d'un bail stipulait : « *les termes et conditions contenus dans le présent bail seront incorporés dans le nouveau bail en tant qu'ils seront applicables* ». Le preneur accepta, mais le nouveau bail, tel qu'il fut exécuté, rendait le preneur responsable de réparations qui, en vertu de l'ancien bail, étaient à la charge du propriétaire. Pour parer la demande de *rectification* formulée par le preneur, le bailleur arguait que le nouveau bail était conforme à ce qu'il avait compris du sens de la clause qu'il avait lui-même proposée. La *Court of Appeal* estima que cela n'avait pas d'incidence car le sens objectif de la clause tel qu'un observateur extérieur l'aurait compris avait pour effet de laisser ces réparations à la charge du bailleur. Evershed *M. R.* précise : « [...] *le défendeur ne sera pas entendu s'il dit que sa lettre devait signifier autre chose que ce que les mots, pris comme un fragment d'anglais ordinaire, transmettent au lecteur* », *ibid.*, p. 107.

¹⁸⁷⁶ Marcus SMITH, « Rectification of contracts for common mistake, Joscelyne v Nissen, and subjective states of mind », *LQR*, vol. 123, 2007, p. 116.

¹⁸⁷⁷ Surgicraft Limited v. Paradigm Biodevices Inc., *High Court of Justice (Chancery Division)*, 26 mai 2010, 2010 EWHC 1291 (Ch) ; Woodford Land Limited v. Persimmon Homes Ltd, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 15 avril 2011, [2011] EWHC 984 (Ch) ; WS Tankship II B.V. v. The Kwangju Bank Ltd, Seoul Guarantee Insurance Company, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 nov. 2011, [2011] EWHC 3103 (Comm) ; Scottish Widows Fund and Life Assurance Society v. BGC International, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 9 mai 2012, [2012] EWCA Civ 607 ; HFI Farnborough LLP v. Park Garage Group Plc, *High Court of Justice (Chancery Division)* 13 déc. 2013, [2012] EWHC 3577 (Ch) ; Ahmad v. Secret Garden (Cheshire) Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 6 août 2013, [2013] EWCA Civ 1005 ; UBS Global Asset Management (UK) Ltd v. Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 4 nov. 2014, [2014] EWHC 3615 (Comm) ; Tartsinis v. Navona Management Co., *High Court of Justice (Queen's Bench)*, 19 janvier 2015, [2015] EWHC 57 (Comm).

450. Quatre situations possibles. Dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 2011¹⁸⁷⁸, un juge énumère les quatre situations susceptibles de donner lieu à une action en *rectification*. Il convient de se référer à son propos pour cerner précisément les cas qui posent la question de la *rectification*. Cela permet de comprendre, d'une part, en quoi le mécanisme de *rectification* ne peut être que fortement imprégné d'une méthode subjective, et d'autre part, en quoi l'aboutissement de l'action en *rectification* est entièrement dépendant, malgré l'abondance de critères et de propositions de définitions visant à garantir la prévisibilité des solutions judiciaires, de la conviction intime du juge.

Lord Justice EHERTON précise ainsi que la première situation est celle dans laquelle, initialement, les intentions réelles des parties se sont accordées et leur accord initial objectivement interprété est en accord avec ces intentions mais le document final trahit cet accord¹⁸⁷⁹. Dans un tel cas, l'acte final doit être rectifié. Dans la deuxième hypothèse, les intentions réelles des parties ne se sont pas accordées, sans qu'aucune partie ne mette l'autre en mesure de saisir son for intérieur, mais leurs échanges précontractuels montrent, objectivement, un accord que reflète l'acte final qui ne sera donc pas rectifié¹⁸⁸⁰. Dans le troisième cas, le juge décèle un accord objectif mais l'une des parties aurait changé d'avis, sans mettre l'autre en mesure de saisir son for intérieur. Si l'acte final reflète l'accord objectif, il ne sera pas rectifié ; s'il reflète l'intention réelle de celui qui a changé d'avis, il sera rectifié¹⁸⁸¹. Dans la quatrième et dernière hypothèse, le juge décèle un accord préalable selon la méthode objective, et l'une des parties a changé d'avis et l'a fait savoir à son cocontractant¹⁸⁸². Dans un tel cas, parce que

¹⁸⁷⁸ *Daventry DC v. Daventry and District Housing Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 13 oct. 2011, [2012] 1 WLR 1333.

¹⁸⁷⁹ Lord Justice EHERTON in *Daventry DC v. Daventry and District Housing Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 13 oct. 2011, [2012] 1 WLR 1333, n° 85 : « *The first one is where the parties subjectively and [...] are in agreement but the formal documentation as executed fails to give effect to that prior agreement* » ; « *La première est celle où les parties sont subjectivement et objectivement d'accord [...] mais où la documentation formelle telle qu'elle est exécutée ne donne pas effet à cet accord préalable* ».

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* n° 86 : « [...] *the parties never subjectively had the same intention, but the communications crossing the line show that objectively there was a common continuing intention at all relevant times prior to the execution of the final documentation, and the formal documentation reflected those prior communications* » ; « [...] *les parties n'ont jamais eu subjectivement la même intention, mais [...] les communications franchissant la ligne montrent qu'il y avait objectivement une intention commune continue [...] et la documentation formelle reflétait ces communications antérieures* ».

¹⁸⁸¹ *Ibid.* n° 87 : « [...] *there was objectively a prior accord, but one of the parties then subjectively changed their mind, but objectively did not bring that change of mind to the attention of the other party* » ; « [...] *il y avait, objectivement, un accord préalable mais l'une des parties changea d'avis mais n'a objectivement pas porté ce changement d'avis à l'attention de l'autre partie* ».

¹⁸⁸² *Ibid.* n° 88 : « [...] *there was objectively a prior accord (whether or not a subjective common intention), and one of the parties then objectively changed their mind, that is to say objectively made apparent to the other party that they intended to enter into the transaction on different terms* » ; « [...] *il y a eu objectivement un accord préalable (qu'il y ait ou non une intention commune subjective), et où l'une des parties a alors objectivement*

le changement de position a été objectivement communiqué, si l'acte final reflète ce changement, la *rectification* de l'acte pour le mettre en conformité avec l'accord initial sera refusée. L'exposition de ces quatre situations se réfère en partie au for intérieur des parties, à une intention réelle confrontée à une lecture objective de l'accord préalable et de l'*instrumentum* final. La *rectification* est donc loin d'être un mécanisme purement objectif.

451. La conviction du juge. Toutes ces hypothèses paraissent floues si l'on se place du point de vue d'une ou des parties. La communication de son intention réelle ou encore la perception de l'intention réelle de l'autre semblent des notions bien floues. Or pour comprendre le contentieux de la *rectification* et les règles qui le régissent, il faut se placer du point de vue du juge qui prend connaissance des échanges précontractuels des parties, qui observe leur comportement lors des négociations. En réalité, quel que soit le critère retenu, objectif ou subjectif, et y compris en présence d'un mélange des deux comme c'est indéniablement le cas en matière de *rectification*, il n'y a que ce que perçoit le juge (soit pensant comme un observateur extérieur prenant en compte le contexte de conclusion de l'accord préalable, soit cherchant à déceler l'intention réelle des parties à l'aide de ce même contexte) qui est déterminant. Les intentions des parties semblent au juge s'être accordées, le document final, objectivement interprété, lui semble ou ne lui semble pas refléter cet accord initial, la partie qui aurait changé d'avis en son for intérieur lui semble ne pas avoir communiqué cette intention à son cocontractant. L'on pourrait supposer que la partie qui estime que le contrat final ne reflète pas l'accord préalable se manifeste d'abord auprès de son cocontractant pour lui faire part de la difficulté. Si l'intervention judiciaire devient nécessaire, c'est précisément que le cocontractant défend sa lecture du contrat final comme reflétant l'accord initial, en dépit des intentions réelles concordantes chères au juge. Par conséquent, soutenir, *a posteriori*, que les parties ont eu, ou pas, de telles intentions réelles concordantes, puis ont changé d'avis, n'ont pas mis l'autre partie en mesure de saisir leur intention, ou se sont objectivement entendues relève de l'artifice judiciaire¹⁸⁸³ nécessaire à la résolution du litige, sauf à admettre que le défendeur à l'action en *rectification* ait systématiquement changé d'intention réelle entre l'accord initial et la rédaction

changé d'avis, c'est-à-dire qu'elle a objectivement fait savoir à l'autre partie qu'elle avait l'intention de conclure la transaction à des conditions différentes ».

¹⁸⁸³ À tel point que dans la seconde hypothèse dans laquelle les intentions réelles des parties n'ont pas concorde mais leurs échanges permettent objectivement de déceler un accord, l'une des parties sera tenue par un contrat qu'elle n'aura subjectivement pas souhaité, que l'acte soit rectifié ou non. Il peut sembler surprenant au juriste français que soit retenu l'existence même d'un contrat contraignant dans un tel cas : une telle hypothèse serait l'occasion de conclure à l'absence de contrat en raison d'absence de rencontre des volontés. Cette hypothèse et sa résolution montre encore l'attachement du droit anglais des contrats à la méthode objective de formation du contrat, v. *supra* n° 221.

de l'acte final. Pour se convaincre du caractère décisif de la conviction du juge, il convient d'analyser, à l'aide de la jurisprudence la plus récente, comment les juges procèdent pour déterminer la pertinence de la *rectification* de l'acte.

452. Les communications « franchissant la ligne ». Les arrêts développés font régulièrement référence aux « *communications franchissant la ligne* »¹⁸⁸⁴. Elles sont entendues comme des « *communications évidentes entre les parties au contrat* »¹⁸⁸⁵. Une telle communication est « *la représentation évidente qui franchit la ligne entre celui qui exprime et celui auquel s'adresse la représentation, soit par une déclaration, soit par un comportement. Il peut s'agir d'une déclaration expresse ou d'un comportement implicite* »¹⁸⁸⁶. Les juges sont attentifs à la présence d'une conduite ou d'une parole, accomplie ou prononcée devant le cocontractant, qui laisse deviner l'intention réelle de celui qui agit ou parle de telle sorte que le cocontractant peut être considéré comme ayant eu connaissance de cette intention réelle. Ces communications « franchissant la ligne » constituent en réalité l'essentiel des échanges précontractuels, à l'exclusion de l'accord préalable qui constitue l'expression des volontés convergentes, et renferment ce que les juges anglais appellent les « *déclarations subjectives d'intention* »¹⁸⁸⁷ de chacune des parties. Cela a une incidence sur l'aboutissement de l'action en *rectification* : l'intention réelle communiquée pourrait prévaloir si elle a été communiquée par une parole ou une conduite et l'acte qui reflète cette intention ne sera pas rectifié.

453. La cohérence d'une méthode subjective dans le cas d'un simple accord préalable. L'admission, plutôt que d'un contrat à proprement parler, d'un simple accord préalable¹⁸⁸⁸ pour satisfaire l'exigence d'intention commune permet à certains juges d'arguer que ces deux situations appelaient deux méthodes différentes, contrairement à ce qui était soutenu dans l'arrêt *Chartbrook*¹⁸⁸⁹. Lorsque les parties ont rédigé un acte afin de poser les

¹⁸⁸⁴ « *Communications crossing the line* », v. *Daventry DC v. Daventry and District Housing Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 13 oct. 2011, [2012] 1 WLR 1333, n^{os} 86 et 90 ; *Tartsinis v. Navona Management Co., High Court of Justice (Queen's Bench)*, 19 janvier 2015, [2015] EWHC 57 (Comm), n^o 97.

¹⁸⁸⁵ Marcus SMITH, « Rectification of contracts for common mistake, *Joscelyne v Nissen, and subjective states of mind* », *LQR*, vol. 123, 2007, p. 116.

¹⁸⁸⁶ Lord Justice KERR in *K. Lokumal & Sons (London) Ltd v. Lotte Shipping Co. Pte Ltd (The August Leonhardt)*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 mars 1985, [1985] 2 Lloyd's Rep. 28, n^{os} 34 et 35.

¹⁸⁸⁷ Rejetées fermement en matière d'interprétation par Lord WILBERFORCE in *Prenn v Simmonds, House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384. V. *supra* n^o 359.

¹⁸⁸⁸ V. *supra* n^o 448 pour la définition de l'accord préalable comme d'un simple « *consensus entre les parties* », cf. Justice SIMONDS in *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc., High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391.

¹⁸⁸⁹ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, House of Lords*, 1^{er} juillet 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n^o 60. V. *infra* n^o 1448.

termes d'un véritable contrat antérieurement conclu mais qu'elles rédigent par erreur un document contenant des termes qui ne reflètent pas ce contrat, la première tâche du juge est certes de déterminer les termes du contrat antérieur et leur sens. Un tel contrat, dont le sens sera, conformément à la méthode d'interprétation des contrats en *common law*, déterminé de façon objective, lie les parties¹⁸⁹⁰. En revanche, l'intervention judiciaire qui consiste à rectifier un *instrumentum* final de façon à donner un effet juridique contraignant à un simple accord préalable est fondée sur un principe de bonne foi¹⁸⁹¹, issu des règles d'*equity*. En effet, ce serait ne pas sanctionner un comportement déloyal que d'autoriser un contractant à se fonder sur l'*instrumentum* final, dont le sens sera objectivement déterminé, alors que cet acte n'est pas en adéquation avec la volonté réelle des parties au moment de l'accord préalable et avec ce qu'elles ont compris de l'intention de l'autre¹⁸⁹². Autrement dit, s'il apparaît au juge que les deux parties se sont entendues sur une clause contractuelle, qui ne figure pas dans l'acte final, et ont chacune pu penser qu'elles étaient en accord sur la présence de cette clause, aucune d'entre elles ne pourra se fonder sur l'acte final.

454. La nature des règles d'*equity*. Concevoir la *rectification* comme un mécanisme purement objectif est contestable car elle est en principe une solution au litige issue des règles d'*equity* qui se distingue de la *common law* dans les objectifs qu'elle poursuit et donc dans les actions qu'elle propose aux justiciables. Elle se distingue aussi de la *common law* en offrant aux juges une autre façon de raisonner pour sauvegarder ses principes. *L'equity* est censée jouer le rôle de correctif des décisions dans certains cas « *injustes et insuffisantes* »¹⁸⁹³ de la *common law*. Pour ce faire, les règles d'*equity* se concentrent précisément sur les intentions réelles des parties : « *l'histoire et la nature du recours de rectification sont telles que la validité de cette exigence suggérée [d'objectivité] ne devrait pas être acceptée, puisque le souci des tribunaux d'équité a toujours été l'intention réelle des personnes concernées. La rectification est un recours équitable, et non un recours légal* »¹⁸⁹⁴. C'est cette idée qui sous-tend le passage d'une méthode objective à une méthode nettement subjective en matière de *rectification*.

¹⁸⁹⁰ FSHC Group Holdings Limited v. GLAS Trust Corporation Limited, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 2019, [2019] EWCA Civ 1361, n° 141.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, n° 142.

¹⁸⁹² *Ibid.*, n° 146.

¹⁸⁹³ Géraldine GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais. Méthode, traduction et approche comparative*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2019, p. 15. V. *supra* n° 25.

¹⁸⁹⁴ Ian SPRY, *Equitable Remedies*, Thomson Reuters, coll. The Lawbook Library, 9^{ème} éd., 2013, p. 635 : « [t]he history and nature of the remedy of rectification are such that the validity of this suggested requirement [of objectivity] should not be accepted, since the concern of courts of equity has always been with the actual intention

455. L'avènement d'une méthode subjective dans le cas d'un simple accord préalable. Certains juges ont ainsi exprimé des doutes sur la pertinence d'un mécanisme de *rectification* purement objectif fondé sur le sens des échanges précontractuels tels qu'ils seraient perçus par un observateur extérieur. Dans un arrêt rendu en 2011¹⁸⁹⁵, le juge de la *High Court* exprime une réticence à adopter le test objectif posé par la jurisprudence *Chartbrook*. Outre le fait que le raisonnement de Lord HOFFMANN concernant la *rectification* est un *obiter dictum* et ne constitue donc pas, à ce titre, un précédent établi du droit anglais¹⁸⁹⁶, deux points posent difficulté. Le premier réside dans la considération de l'intention réelle d'une des parties dans l'arrêt *Chartbrook*, et en général dans une action en *rectification*. Le juge relève que la conception de Lord HOFFMANN autorise le juge à rectifier le contrat quand bien même il apparaissait clairement que l'une des parties, en l'espèce la société *Chartbrook*, entendait être liée par l'accord initial tel qu'elle l'avait compris et tel qu'il avait été posé par écrit, selon l'interprétation de la cour, par l'*instrumentum*¹⁸⁹⁷. Par conséquent, la société *Chartbrook* n'avait pas commis l'erreur nécessaire à la reconnaissance de la *rectification* et le contrat rectifié n'est plus celui auquel elle pensait, subjectivement, s'être engagée¹⁸⁹⁸. Certains juges anglais ne sont donc pas complètement insensibles aux manifestations de volontés réelles.

Précisément, dans un arrêt rendu en 1954¹⁸⁹⁹, Lord Justice HOBHOUSE proposait déjà d'appliquer une méthode différente selon que la partie demandant la *rectification* se fonde sur un contrat ou sur un simple accord préalable. Selon lui, lorsque l'existence d'un contrat est retenue, la constatation d'une divergence entre ce contrat initial et l'*instrumentum* final suffit à établir l'existence d'une erreur dans la rédaction de ce dernier. Les parties seront donc tenues au sens du contrat initial, objectivement déterminé selon la même méthode que celle retenue pour l'interprétation. En revanche, lorsqu'il n'existe qu'un simple accord préalable, cela n'emporte pas systématiquement la reconnaissance d'une erreur susceptible de donner lieu à

of those concerned. Rectification is an equitable remedy, not a legal remedy ». Le terme « *legal* » fait ici référence à un recours issu de la *common law*.

¹⁸⁹⁵ *Crossco No. 4 Unlimited, Piccadilly and Philip Noble v. Jolan Limited and Jolan Piccadilly Limited, High Court of Justice (Chancery Division)*, 31 mars 2011, [2011] EWHC 803 (Ch).

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, n° 250. V. aussi plus tard : *FSHC Group Holdings Limited v. GLAS Trust Corporation Limited, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juillet 2019, [2019] EWCA Civ 1361, n° 8.

¹⁸⁹⁷ Justice MORGAN in *Crossco No. 4 Unlimited, Piccadilly and Philip Noble v. Jolan Limited and Jolan Piccadilly Limited, High Court of Justice (Chancery Division)*, 31 mars 2011, [2011] EWHC 803 (Ch), n° 253.

¹⁸⁹⁸ V. dans le même sens Lord Justice NICHOLAS PATTEENS, « Does the law need to be rectified? *Chartbrook* revisited », *The Chancery Bar Association, 2013 Annual Lecture*, n° 28, p. 24 ; Paul S. DAVIES, « Rectification versus interpretation: the nature and scope of the equitable jurisdiction », *CLJ*, vol. 75, n° 1, 2016, p. 75.

¹⁸⁹⁹ *Britoil plc v. Hunt Overseas Oil Inc., England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 25 mai 1994, [1994] CLC 561.

une *rectification*. Par conséquent, le juge doit être convaincu, par les documents préalables soumis à son examen, que le demandeur se trouvait dans l'erreur au moment de la rédaction du contrat¹⁹⁰⁰. Cette distinction remporta l'adhésion d'une partie de la doctrine¹⁹⁰¹ et finit par être consacrée dans un arrêt récent rendu par la *Court of Appeal* en 2019¹⁹⁰². Dans cet arrêt, les juges retinrent à l'unanimité que la demande en *rectification* nécessite « *de démontrer soit (1) que le document ne donne pas effet à un contrat conclu antérieurement* » auquel cas une approche objective sera effectivement mise en œuvre, « *soit (2) que, lorsqu'elles ont signé le document, les parties avaient une intention commune concernant une question particulière que, par erreur, le document n'a pas correctement enregistré. Dans ce dernier cas, il est nécessaire de démontrer, non seulement que chaque partie au contrat avait la même intention réelle en ce qui concerne la question concernée, mais aussi qu'il y avait une "expression extérieure de l'accord" - ce qui signifie que, à la suite d'une communication entre elles, les parties ont compris qu'elles partageaient cette intention* »¹⁹⁰³. Ainsi pour le cas où les parties n'auraient pas formé de contrat mais seraient entrées dans un simple accord préalable, les juges se réfèrent sans équivoque à une intention réelle et non à un test objectif, faisant de la rectification un mécanisme empreint d'une méthode subjective tournée, au moins en partie, vers la recherche de la volonté réelle. L'accord doit évidemment être manifesté, de façon que chacune des parties sache que l'autre partage la même intention subjective¹⁹⁰⁴, soit explicitement soit tacitement¹⁹⁰⁵.

456. L'élargissement indésirable de la *rectification*. Un deuxième point de difficulté peut être soulevé dans la continuité du premier. Il réside dans l'injustice qu'il y aurait à rectifier un *instrumentum* alors que l'une des parties s'est trompée tandis que l'autre ne s'est pas

¹⁹⁰⁰ Lord Justice HOBHOUSE in *Britoil plc v. Hunt Overseas Oil Inc.*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 25 mai 1994, [1994] CLC 561, p. 573. Ce raisonnement fut soutenu par Lord Justice Glidewell mais se heurta à l'opinion dissidente de Lord Justice HOFFMANN qui siégeant plus tard à la *House of Lords*, formula l'*obiter dictum* posant un test objectif dans l'affaire *Chartbrook*.

¹⁹⁰¹ James RUDELL, « Common intention and rectification for common mistake », *LMCLQ*, vol. 1, 2014, pp. 48-75.

¹⁹⁰² *FSHC Group Holdings Limited v. GLAS Trust Corporation Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 2019, [2019] EWCA Civ 1361.

¹⁹⁰³ Lord Justice LEGGATT in *FSHC Group Holdings Limited v. GLAS Trust Corporation Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 2019, [2019] EWCA Civ 1361, n° 176 : « [...] *it is necessary to show either (1) that the document fails to give effect to a prior concluded contract or (2) that, when they executed the document, the parties had a common intention in respect of a particular matter which, by mistake, the document did not accurately record* ». L'emphasis ne figure pas dans le texte original.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, n° 77 : « [...] *it is fundamental that contractual rights and obligations should be based on mutual assent which the parties have manifested to each other and not on uncommunicated intentions which happen, without the parties knowing it, to coincide* » ; « [...] *il est fondamental que les droits et obligations contractuels soient fondés sur un assentiment mutuel que les parties ont manifesté l'une envers l'autre et non sur des intentions non communiquées qui incidemment, à leur insu, coïncident* ».

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, n° 81.

trompée, n'avait pas connaissance de l'erreur de l'autre et n'en a pas tiré profit¹⁹⁰⁶. Dans un autre arrêt de la *Court of appeal* rendu en 2011¹⁹⁰⁷, le *Master of the Rolls* adopte une critique similaire du test objectif posé par Lord HOFFMANN, en prenant l'exemple suivant : « *A et B parviennent à ce qu'ils considèrent comme un accord de principe. Ils le confirment par un échange de lettres. A croit que cette correspondance signifie x. B croit qu'elle signifie y. Aucun des deux n'est conscient que la compréhension de l'autre est différente et aucun d'eux ne se comporte de manière à pousser l'autre à croire à sa version de l'accord. Ils concluent ensuite un contrat écrit qui, selon les deux parties, donne effet à l'accord de principe. Ils ont tous les deux tort. Objectivement interprété, l'accord non contraignant signifie x mais le contrat écrit signifie y. Selon le principe de Chartbrook, A a le droit de faire rectifier le contrat pour qu'il soit conforme à la correspondance échangée. J'[éprouve de] la difficulté [...] à voir pourquoi il serait juste de considérer que B est tenu de respecter un contrat qu'il n'a jamais eu l'intention de souscrire alors qu'il n'a jamais induit A en erreur en lui faisant croire qu'il avait l'intention de le faire* »¹⁹⁰⁸. En effet, le fait d'induire l'autre partie en erreur, quoiqu'il s'agisse d'un élément difficile à prouver, est l'un des critères de l'erreur unilatérale, elle aussi susceptible de donner lieu à une *rectification*¹⁹⁰⁹. En l'absence d'un tel comportement déloyal ou d'une erreur commune, la *rectification* n'est en principe pas possible¹⁹¹⁰. L'arrêt *Chartbrook* aurait donc élargi, de façon contestable eu égard aux *précédents* plus anciens, les hypothèses de *rectification*¹⁹¹¹. Or la *rectification* doit demeurer exigeante à établir¹⁹¹² : les *instrumentum*

¹⁹⁰⁶ Justice MORGAN in *Crossco No. 4 Unlimited, Piccadilly and Philip Noble v. Jolan Limited and Jolan Piccadilly Limited*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 31 mars 2011, [2011] EWHC 803 (Ch), n° 253 : « *Further, on the facts of Chartbrook, rectification was ordered where one party (Persimmon) was subjectively mistaken about the effect of the contract whereas the other party (Chartbrook) was not so mistaken and without it having to be shown that Chartbrook was aware of, and was taking advantage of, Persimmon's mistake* » ; « [...] dans l'affaire *Chartbrook*, alors qu'une partie (*Persimmon*) s'est subjectivement trompée sur l'effet du contrat alors que l'autre partie (*Chartbrook*) ne s'est pas trompée, une rectification a été ordonnée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que *Chartbrook* était conscient de l'erreur de *Persimmon* et en tirait profit ».

¹⁹⁰⁷ *Daventry DC v. Daventry and District Housing Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 13 oct. 2011, [2012] 1 WLR 1333.

¹⁹⁰⁸ Lord Justice TOULSON in *Daventry DC v. Daventry and District Housing Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 13 oct. 2011, [2012] 1 WLR 1333, n° 176 : « *Take a simple example. A and B reach what they understand to be an agreement in principle. They confirm it by an exchange of letters. A believes that the correspondence means x. B believes that it means y. Neither is aware that the other's understanding is different and there is no question of either behaving in such a way as to mislead the other. They then enter into a written contract which both believe gives effect to the agreement. They are both wrong. Objectively construed, the non-binding agreement meant x but the written contract means y. On the Chartbrook principle, A is entitled to have the contract rectified to conform with the correspondence. I [have] difficulty [...] seeing why it should be right to hold B to a contract which he never intended to make and never misled A into believing that he intended to make* ».

¹⁹⁰⁹ V. *infra* n°s 463s.

¹⁹¹⁰ V. dans le même sens David MCLAUCHLAN, « *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd: commonsense principles of interpretation and rectification?* », *LQR*, vol. 126, n° 1, 2010, pp. 8-14.

¹⁹¹¹ Paul S. DAVIES, « *Rectification rectified* », *CLJ*, vol. 79, n° 1, 2020, p. 9.

¹⁹¹² V. *infra* n° 460.

finaux doivent être présumés dépourvus d'erreur de façon à sauvegarder la sécurité juridique¹⁹¹³.

457. La place des négociations précontractuelles. L'élargissement contestable de la *rectification* pour erreur commune par le biais d'un test objectif qui nierait l'intention réelle d'une des parties d'être liée par le contrat telle qu'elle l'a compris ne constitue pas le seul problème. Bien des éléments mettent en lumière des incohérences dans le mécanisme de *rectification* et montrent clairement qu'il est difficile de concevoir la *rectification* comme un mécanisme objectif. Une première remarque doit être faite en ce qui concerne la cohérence entre l'interprétation anglaise du contrat et le mécanisme de *rectification*. En matière d'interprétation du contrat, Lord WILBERFORCE a posé une règle¹⁹¹⁴, encore d'actualité aujourd'hui dans l'esprit des juges anglais¹⁹¹⁵, selon laquelle les négociations contractuelles ne renferment pas l'accord final des parties et doivent donc être ignorées. Cela semble incompatible avec le principe même de la *rectification*. En effet, celle-ci admet non seulement l'existence, mais également la force juridique d'un accord préalable, précisément décelé dans les négociations précontractuelles, et suffisamment contraignant pour commander la modification de l'acte final. La *rectification* emprunterait donc à l'interprétation le caractère « objectif » de sa méthode tout en s'éloignant radicalement du régime qu'impose une telle qualification. Cela n'aurait pas de sens : « *Sur le principe, l'équité ne devrait intervenir que lorsque les consciences des parties sont réellement affectées. Cela suppose que les deux parties se trompent subjectivement. L'exercice de l'équité est distinct de celui entrepris par la common law lorsqu'il s'agit d'interpréter* »¹⁹¹⁶. La nature de la *rectification* est d'être un mécanisme préoccupé des intentions réelles des parties, donc subjectif¹⁹¹⁷. En effet, si l'insistance à retenir la caractère « objectif » interpellait déjà en matière d'interprétation eu égard au recul considérable de la *parol evidence rule* et, avec elle, de la lecture littérale, elle ressemble fort à un artifice en matière de *rectification*. Les négociations sont exclues du processus d'interprétation parce qu'elles sont par essence « *imprégnées de subjectivité* », ce que les juges

¹⁹¹³ Paul S. DAVIES, « Rectification versus interpretation: the nature and scope of the equitable jurisdiction », *CLJ*, vol. 75, n° 1, 2016, p. 78.

¹⁹¹⁴ Lord WILBERFORCE in *Prenn v. Simmonds*, *House of Lords*, 20 juin 1971, [1971] 1 WLR 1381, p. 1384. *V. supra* n° 216.

¹⁹¹⁵ *V. supra* n°s 377s.

¹⁹¹⁶ Paul S. DAVIES, « Rectification versus interpretation: the nature and scope of the equitable jurisdiction », *CLJ*, vol. 75, n° 1, 2016, pp. 74 et 75 : « *On the point of principle, equity should only interfere where the consciences of the parties are actually affected. This requires both parties actually to be mistaken. The equitable exercise is distinct from that undertaken by the common law when considering interpretation* ».

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 79.

anglais eux-mêmes admettent sans difficulté¹⁹¹⁸. Or elles sont pleinement admises dans le cas d'une action en *rectification*. Plus précisément, elles sont essentielles à ce mécanisme puisqu'elles constituent la principale source permettant au juge de déceler l'accord préalable qui aurait été trahi par le langage de l'*instrumentum*. La qualification d'« objective » de la *rectification* semble alors incongrue.

458. Une qualification artificielle. En réalité, cette insistance sur le caractère objectif de la méthode, qu'il s'agisse de l'interprétation contractuelle moderne ou de la *rectification* est avant tout une façon pour les juges anglais de rester fidèles à leur conception de la sécurité contractuelle¹⁹¹⁹ et de l'office du juge : en Angleterre, les caractères « objectif » et « raisonnable » d'une méthode ou d'un mécanisme sont considérés comme des facteurs de limitation des dérives arbitraires du juge¹⁹²⁰. De plus, quand bien même le qualificatif aurait été justifié, retenir une approche objective pour la *rectification* n'est pas forcément souhaitable. Cela brouille la distinction entre l'interprétation et la *rectification*. En effet, le test serait finalement le même : il s'agit dans les deux cas de déterminer ce qu'un observateur extérieur peut raisonnablement penser de la volonté des parties, dans le cas de la *rectification* avec des éléments de preuve supplémentaires. Si la prise en compte de ces éléments est la meilleure façon de déterminer ce qu'un observateur extérieur peut raisonnablement penser de la volonté des parties, autrement dit le meilleur moyen pour le juge de faire son travail, comment justifier l'exclusion des négociations précontractuelles dans le cadre de l'action en interprétation ?¹⁹²¹ De plus, si la *rectification* est indéniablement conçue comme un correctif à l'interprétation parfois rigide de la *common law*¹⁹²², comment peut-elle exercer ce rôle si le test est identique à celui de l'interprétation, et si le mécanisme est par conséquent tout aussi objectif ? La seule issue est d'admettre, en dépit de la réticence des juges anglais, que l'examen des négociations

¹⁹¹⁸ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267, [2009] UKHL 38, n° 38.

¹⁹¹⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 8-070, p. 396.

¹⁹²⁰ V. *supra* n°s 277s.

¹⁹²¹ V. *supra* n° 391.

¹⁹²² Lord WRIGHT in *Inland Revenue Commissioners v. Raphael*, *House of Lords*, 23 nov. 1934, [1935] AC 96, n° 143 : « *If in some cases hardship or injustice may be effected by this rule of law, such hardship or injustice can generally be obviated by the power in equity to reform the contract, in proper cases and on proper evidence that there has been a real intention and a real mistake in expressing that intention* » ; « *Si, dans certains cas, cette règle de droit [de common law] peut entraîner des difficultés ou une injustice, ces difficultés ou cette injustice peuvent généralement être évitées grâce au pouvoir de réformer le contrat en équité, dans les cas appropriés et sur la base de preuves suffisantes qu'il y a eu une intention réelle et une erreur réelle dans l'expression de cette intention* ».

précontractuelles et des déclarations subjectives d'intention en fait un mécanisme d'inspiration subjective dont le succès dépend entièrement de la conviction du juge.

459. Un correctif d'inspiration subjective. En définitive, si la méthode moderne d'interprétation, qui a parfois pour conséquence des interprétations correctrices, était un pas vers une méthode plus subjective en ce que le rejet de tout élément extrinsèque susceptible d'éclairer la volonté réelle est tempéré, il convient de se garder de conclure qu'il s'agit d'une méthode de recherche de la volonté réelle des parties assimilable à la méthode française d'interprétation¹⁹²³. Des piliers de la méthode d'interprétation anglaise du contrat, seul subsiste, indemne, la personne raisonnable, omniprésente en matière d'interprétation et également présente en matière de *rectification*. En revanche, la *rectification* est un mécanisme encore plus nettement empreint d'une méthode subjective que l'interprétation contextuelle et elle parachève le processus d'abandon du littéralisme¹⁹²⁴. En effet, puisqu'initialement, en Angleterre, l'objectivité d'une méthode repose, outre sur la personne raisonnable, sur la *parol evidence rule* qui soutient une lecture littérale de l'*instrumentum*, la consultation d'éléments extrinsèques telles que les négociations précontractuelles et les déclarations subjectives d'intention qu'elles contiennent ne peut que conduire à la conclusion que la *rectification* est mécanisme d'inspiration subjective. Cependant, il convient de noter que ce mécanisme a vocation à occuper une place restreinte dans le contentieux contractuel anglais en raison d'un standard probatoire particulièrement élevé.

b) Un mécanisme assorti d'un standard probatoire élevé : le cantonnement de la modification de l'*instrumentum* à des hypothèses isolées

460. La nécessaire extériorisation de l'accord : standard probatoire élevé. L'extériorisation du consensus préalable peut prendre la forme de propos oraux ou d'un écrit précédant l'*instrumentum* dont la *rectification* est demandée. Il appartient au demandeur de prouver l'existence de cet accord préalable. Le standard de preuve est particulièrement élevé la matière¹⁹²⁵, rendant très difficile l'aboutissement d'une action en *rectification*. Initialement

¹⁹²³ V. *supra* n° 368.

¹⁹²⁴ Processus commencé avec le développement de la méthode contextuelle d'interprétation, v. *supra* n° 352.

¹⁹²⁵ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.32, p. 494.

qualifié d' « irréfragable »¹⁹²⁶, puis fixé « au-delà de tout doute raisonnable »¹⁹²⁷, expression qui désigne en principe le standard de preuve en matière pénale, le standard de preuve en matière de *rectification* reçut une autre formulation dans deux arrêts de la *Court of Appeal*¹⁹²⁸ : il revient au demandeur d'apporter « une preuve convaincante »¹⁹²⁹, à la fois de l'existence du consensus préalable à la rédaction de l'*instrumentum*, de son contenu, mais aussi de l'existence d'une erreur dans la rédaction de l'*instrumentum* final. Autrement dit, dans le cas d'un simple accord préalable, le demandeur doit prouver l'absence de conformité de l'acte final à l'intention réelle des parties¹⁹³⁰.

461. La préservation de la sécurité juridique des contrats. La raison de ce standard de preuve élevé réside dans la nécessité de préserver un équilibre entre la *common law* et l'*equity*¹⁹³¹. La *common law* poursuit une finalité d'intégrité des documents écrits, ainsi qu'en témoigne, en matière d'interprétation du contrat, la lecture littérale initialement conçue strictement puis très progressivement assouplie. Le principe demeure donc que l'*instrumentum* final renferme le contrat final des parties : le modifier, par la *rectification*, doit constituer une exception mise en œuvre avec la plus extrême prudence. La préservation de l'intégrité des documents écrits a pour principale justification la sécurité juridique : « une approche souple de la rectification, comme un substitut à la diligence raisonnable au moment de la signature d'un document, saperait la confiance des acteurs commerciaux dans les contrats écrits »¹⁹³². Dans un arrêt de 2005¹⁹³³, la *High Court of Justice* eut à connaître d'un contrat conclu entre deux

¹⁹²⁶ Countess of Shelburne v. Earl of Inchiquin, *High Court of Chancery*, 3 fév. 1784, (1784) 1 Bro.C.C. 338, n° 341 ; Marquis Townshend v. Stangroom, *High Court of Chancery*, 21 juill. 1801, (1801) 6 Ves. 328, n° 334 ; Lake v. Lake, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 6 oct. 1989, [1989] S.T.C. 865, n° 869.

¹⁹²⁷ Justice SIMONDS in Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc., *High Court (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391.

¹⁹²⁸ Joscelyne v. Nissen and Another, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 19 déc. 1969, [1970] 2 Q.B. 86, n° 98 ; Agip SpA v. Navigazione Alta Italia SpA (The Nai Genova and The Nai Superba), *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 déc. 1983, [1984] 1 Lloyd's Rep. 353, n° 359.

¹⁹²⁹ Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc., *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391. V. aussi le même terme dans l'arrêt Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505, [1981] 1 AllER1077, (1981) 41 P. & C.R. 345, n° 360 ; The Olympic Pride, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 16 oct. 1979, [1980] 2 Lloyd's Rep. 67, n° 73 : « a high degree of conviction » ; « un degré élevé de conviction ».

¹⁹³⁰ Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc., *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391.

¹⁹³¹ Francis DAWSON, « Interpretation and rectification of written agreements in the Commercial Court », *LQR*, vol. 131, 2015, p. 348.

¹⁹³² Justice BINNIE in Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club, *Supreme Court of Canada*, 22 fév. 2002, [2002] 1 SCR 678, p. 693 : « [...] a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts ».

¹⁹³³ James Hay Pension Trustees Ltd v. Hird, Harris & Frame Investments Ltd, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 27 mai 2005, [2005] EWHC 1093 (Ch).

sociétés relatif à l'investissement et à la gestion d'un patrimoine immobilier. L'une des parties demanda la *rectification* de l'*instrumentum* final qui avait été rédigé après de longues négociations s'étendant sur trois mois. Le juge prit soin de préciser que, lorsqu'une partie agit en *rectification* d'un contrat pour erreur commune, la charge de la preuve est particulièrement lourde, *a fortiori* en présence de négociations prolongées et alors que les parties ont été conseillées par des juristes qualifiés, comme c'était le cas en l'espèce¹⁹³⁴. En effet, la longueur des négociations, supervisées par des conseils, laisse présumer que l'*instrumentum* a été rédigé avec soin, les parties ayant pris le temps de déterminer le contenu de leur accord. De surcroît, si le document est détaillé sur plusieurs pages, c'est une preuve supplémentaire de l'attention portée à sa rédaction. Ainsi, « *le seuil de preuve nécessaire pour contrecarrer la probabilité inhérente que l'acte écrit représente véritablement l'intention des parties [...] est élevé* »¹⁹³⁵ : prouver qu'il ne représente pas l'intention des parties est une tâche « *considérable* »¹⁹³⁶.

462. Un mécanisme subjectif d'application restreinte. La *rectification* est un mécanisme inspiré d'une méthode subjective qui rapproche donc l'office des juges anglais de celui des juges français en ce qu'il exige de leur part une recherche de volonté réelle. Il donne également un pouvoir considérable au juge de modifier l'*instrumentum*, ce qui est loin d'être anodin. Cependant, la constatation qu'elle est peu reconnue par les juges, ou reconnue avec extrême prudence nuance l'ouverture donnée au juge. Cette nuance ne fait que se confirmer avec l'examen du second type de *rectification* pour erreur unilatérale.

2) La rare rectification d'une *unilateral mistake* : le respect d'une loyauté contractuelle

463. Un résultat « moralement inacceptable ». La *rectification* d'une erreur unilatérale est possible lorsqu'une partie commet une erreur dans l'*instrumentum* final, au sens

¹⁹³⁴ Justice COLLINS in *James Hay Pension Trustees Ltd v. Hird, Harris & Frame Investments Ltd*, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 27 mai 2005, [2005] EWHC 1093 (Ch), n° 81.

¹⁹³⁵ Lord Justice EVELEIGH in *Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505, [1981] 1 AllER 1077, (1981) 41 P. & C.R. 345, n° 361.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, n° 81. V. aussi *Snamprogetti Ltd, Snamprogetti International S.A. v. Phillips Petroleum Company, United Kingdom Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 juin 2001, [2001] EWCA Civ 889, n° 36 : « *The task of showing that this document did not represent the parties' intention was formidable* » ; *FSHC Group Holdings Limited v. GLAS Trust Corporation Limited*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 2019, [2019] EWCA Civ 1361, n° 173 : « [...] *the requirement [...] to show that the wording of a contractual document is inconsistent with the parties' actual common intention [...] is rightly a demanding test to satisfy and one which affords appropriate respect to the primacy of the final, agreed, written terms of a contract* » ; « [...] *la nécessité [...] de montrer que la rédaction d'un document contractuel est incompatible avec l'intention commune réelle des parties [...] est à juste titre un critère exigeant à satisfaire et qui permet de respecter de manière appropriée la primauté des clauses finales, convenues et écrites d'un contrat* ».

où elle pense que le document reflète ce qu'elle a compris de l'accord préalable, alors que l'autre partie sait que l'*instrumentum* signifie autre chose et reste muette au moment de la rédaction. Un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 1980¹⁹³⁷ pose les trois conditions¹⁹³⁸ nécessaires à la reconnaissance d'une erreur unilatérale susceptible de donner lieu à une *rectification*. Il est ainsi nécessaire : « *premièrement, qu'une partie (A) ait cru à tort que le document à rectifier contenait une clause ou une disposition particulière, ou éventuellement ne contenait pas une clause ou une disposition particulière qu'il contenait finalement par erreur ; deuxièmement, que l'autre partie (B) ait eu connaissance de l'omission ou de l'inclusion et que celle-ci était due à une erreur de (A) ; troisièmement, que (B) ait omis de signaler l'erreur à (A)* »¹⁹³⁹. Le demandeur devra donc prouver, d'une part qu'il était dans l'erreur concernant la conformité de l'*instrumentum* final à l'accord préalable des parties, et d'autre part, que l'autre partie avait connaissance de cette erreur et ne l'a pas averti. La *rectification* étant un *equitable remedy*, la sanction de ce comportement repose sur l'idée suivante : le défendeur à l'action en *rectification* avait connaissance de l'erreur du demandeur et ne s'est pas manifesté, de telle sorte qu'il devient *unconscionable*¹⁹⁴⁰ pour lui de se fonder sur les termes de l'*instrumentum* final¹⁹⁴¹.

464. Un mécanisme indiscutablement subjectif. Une telle explication n'est pas sans rappeler la *rectification* pour erreur commune dans le cas d'un simple accord préalable, les deux étant fondées sur la notion de loyauté, de bonne foi ou de morale contractuelles. À ce titre, Lord HOFFMANN, favorable à une méthode objective en matière d'erreur commune, précise que la

¹⁹³⁷ Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505, [1981] 1 All ER1077, (1981) 41 P. & C.R. 345.

¹⁹³⁸ En réalité, il énonce une quatrième : il faut, selon lui, que le défendeur bénéficie de l'erreur de son cocontractant. Ce critère ne fit pas l'unanimité, v. Lord Justice EVELEIGH, *ibid.*, n° 521.

¹⁹³⁹ Lord Justice BECKLEY, *ibid.* n° 354 : « *first, that one party (A) erroneously believed that the document sought to be rectified contained a particular term or provision, or possibly did not contain a particular term or provision which, mistakenly, it did contain; secondly, that the other party (B) was aware of the omission or the inclusion and that it was due to a mistake on the part of (A); thirdly, that (B) has omitted to draw the mistake to the notice of (A). And I think there must be a fourth element involved, namely that the mistake must be one calculated to benefit (B). If these requirements are satisfied, the court may regard it as inequitable to allow (B) to resist rectification to give effect to (A)'s intention on the ground that the mistake was not, at the time of execution of the document, a mutual mistake* ».

¹⁹⁴⁰ C'est-à-dire « *moralement inacceptable* », « *morally unacceptable* », cf. *Cambridge Dictionary*, Cambridge : CUP, 2020, sens 1. [En ligne] <https://dictionary.cambridge.org/fr/> (page consultée le 19/08/2020)

¹⁹⁴¹ Terence EHERTON, « *Contract formation and the fog of rectification* », Élocution du 24 avril 2015 prononcé devant la Court Suprême du Royaume-Uni, p. 2 : « *It seems reasonably clear that under current case law rectification for unilateral mistake will not normally be granted unless the defendant[...] has acted in such a way as to make it unconscionable for the defendant to rely on the terms of the written contract and to deny that the contractual term in question was as intended and believed by the claimant* ». [En ligne] <https://www.judiciary.uk/announcements/speech-by-sir-terence-etherton-contract-formation-and-the-fog-of-rectification> (page consultée le 19/02/2020)

rectification pour erreur unilatérale est « très préoccupée par les états subjectifs de l'esprit des parties »¹⁹⁴², notamment pour déterminer si le défendeur avait connaissance de l'erreur commise par son cocontractant. Il est possible d'avancer un argument en faveur d'une méthode objective : il serait moins hasardeux de déterminer objectivement le sens de l'accord préalable et de vérifier si l'attitude du défendeur « a conduit le demandeur à croire raisonnablement que les termes qu'il envisageait avaient été acceptés par le défendeur »¹⁹⁴³. Néanmoins, la jurisprudence montre que le point central du raisonnement des juges anglais réside dans la connaissance par le défendeur de l'erreur commise par le demandeur. Les juges s'en tiennent à une méthode indiscutablement subjective en matière de *rectification* pour erreur unilatérale : « [l]a *rectification* de l'erreur unilatérale est, dans une large mesure, un exemple de la théorie subjective l'emportant sur l'approche objective »¹⁹⁴⁴.

465. La connaissance de l'erreur du demandeur. Le juge anglais est confronté à une recherche épineuse : il doit, dans le cas d'une action en *rectification* pour erreur unilatérale, déterminer si le défendeur avait connaissance de l'erreur commise par son cocontractant. La *rectification* pour erreur unilatérale a été mise en œuvre dans un arrêt rendu en 1961 par la *High Court of Justice*¹⁹⁴⁵. Le juge retient qu' « une partie peut obtenir la *rectification* en apportant la preuve au-delà de tout doute raisonnable, d'une part, qu'elle croyait qu'une clause particulière était incluse dans le contrat, et d'autre part que l'autre partie a conclu le contrat en omettant cette clause tout en sachant que la première partie la croyait incluse »¹⁹⁴⁶. Après quelques hésitations¹⁹⁴⁷, il fut retenu que la simple connaissance par l'autre partie de la croyance de l'autre suffit. Il n'est pas nécessaire de prouver une quelconque malhonnêteté¹⁹⁴⁸, quoique

¹⁹⁴² Lord HOFFMANN in *Kowloon Development Finance Ltd, Hong Kong Court of Final Appeal*, 10 mai 2013, [2013] HKCFA 35, n° 20.

¹⁹⁴³ David MCLAUCHLAN, « The “drastic” remedy of *rectification* for unilateral mistake », *LQR*, vol. 124, 2008, p. 624.

¹⁹⁴⁴ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.79, p. 514 : « *Unilateral mistake rectification is by-and-large an example of the subjective theory trumping the objective approach* ».

¹⁹⁴⁵ *A. Roberts & Co. Ltd. and Another v. Leicestershire County Council, High Court of Justice (Chancery Division)*, 2 mai 1961, 2 WLR 1000, [1961] Ch. 555 : « *a party was entitled to rectification of a contract if he proved beyond reasonable doubt that he believed a particular term to be included in the contract and that the other party concluded the contract with the omission or a variation of that term in the knowledge that the first party believed that term to be included* ».

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, n° 555.

¹⁹⁴⁷ *Riverlate Properties Ltd. v. Paul, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* 8 avril 1974, [1974] 3 WLR 564 ; [1975] Ch. 133 : les juges exigèrent la présence d'une « *sharp practice* » traduisible par « *une façon de se comporter, en affaires, qui est malhonnête mais pas illégale* » cf. *Cambridge Dictionary*, Cambridge : CUP, 2020, sens 1. [En ligne] <https://dictionary.cambridge.org/fr/> (page consultée le 23/08/2020)

¹⁹⁴⁸ *A. Roberts & Co. Ltd. and Another v. Leicestershire County Council, High Court of Justice (Chancery Division)*, 2 mai 1961, 2 WLR 1000, [1961] Ch. 555, n° 570 ; Lord Justice EVERLEIGH et Lord Justice BRIGHTMAN in *Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*,

cette notion puisse avoir un rôle à jouer¹⁹⁴⁹. En tout état de cause, l'attention du juge est donc concentrée, après qu'il a établi objectivement le sens de l'accord préalable, sur « *l'état d'esprit et l'attitude du défendeur* »¹⁹⁵⁰ à l'action en *rectification* pour erreur unilatérale. De nombreuses décisions le confirment¹⁹⁵¹.

466. Le seuil de connaissance de l'erreur du cocontractant. La question se pose en effet de savoir comment les juges déterminent que le défendeur savait son cocontractant dans l'erreur, et quel degré de connaissance satisfait ce critère. Les juges pourraient exiger la preuve que le défendeur savait sans équivoque quelle était l'intention contractuelle du demandeur ou se contenter de la preuve que le défendeur ne pouvait ignorer l'intention contractuelle. La jurisprudence montre que le critère de connaissance de l'intention est satisfait si le défendeur avait effectivement connaissance de l'erreur¹⁹⁵² mais aussi s'il « *a fermé les yeux de manière irréfléchie* »¹⁹⁵³ sur l'existence de l'erreur, autrement dit si le juge estime qu'il aurait dû en avoir connaissance. Dans un arrêt rendu en 1983¹⁹⁵⁴, l'un des juges de la *High Court of Justice* proposa une classification des formes que peut prendre la connaissance par le défendeur de l'erreur du demandeur: « *(i) la connaissance effective ; (ii) le fait de fermer délibérément les yeux sur l'évidence ; (iii) le fait de ne pas procéder, délibérément et par imprudence, aux vérifications qu'un homme honnête et raisonnable ferait ; (iv) la connaissance de circonstances qui indiqueraient les faits à un homme honnête et raisonnable ; et (v) la connaissance de circonstances qui mettraient un homme honnête et raisonnable sur le qui-vive* »¹⁹⁵⁵. Un arrêt

21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505 ; [1981] 1 All ER 1077 ; (1981) 41 P. & C.R. 345, resp. n^{os} 520 et 521 ; *Palo Alto Ltd v. Alnor Estates Ltd, Upper Tribunal (Tax and Chancery)*, 31 juillet 2018, [2018] UKUT 231 (TCC) ; [2018] L. & T.R. 29.

¹⁹⁴⁹ V. *infra* n^o 466.

¹⁹⁵⁰ David MCLAUCHLAN, « The “drastic” remedy of rectification for unilateral mistake », *LQR*, vol. 124, 2008, p. 624.

¹⁹⁵¹ *Riverlate Properties Ltd. v. Paul, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* 8 avril 1974, [1974] 3 WLR 564, [1975] Ch. 133 ; *Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505, [1981] 1 All ER 1077, (1981) 41 P. & C.R. 345 ; *Agip SpA v. Navigazione Alta Italia SpA (The Nai Genova and The Nai Superba), England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 déc. 1983, [1984] 1 Lloyd's Rep. 353 ; *Commission for the New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 fév. 1995, [1995] 2 WLR 677, [1995] Ch. 259.

¹⁹⁵² « *Actual knowledge* », v. *Agip SpA v. Navigazione Alta Italia SpA (The Nai Genova and The Nai Superba), England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 déc. 1983, [1984] 1 Lloyd's Rep. 353.

¹⁹⁵³ Paul S. DAVIES, « Rectification versus interpretation: the nature and scope of the equitable jurisdiction », *CLJ*, vol. 75, n^o 1, 2016, p. 83.

¹⁹⁵⁴ *Baden v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA, High Court of Justice (Chancery Division)*, 25 avril 1983, 1993] 1 WLR 509 ; [1992] 4 All ER 161, n^o 250.

¹⁹⁵⁵ *Justice GIBSON in Baden v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA, High Court of Justice (Chancery Division)*, 25 avril 1983, 1993] 1 WLR 509 ; [1992] 4 All ER 161, n^o 250 : « *(i) actual knowledge; (ii) wilfully shutting one's eyes to the obvious; (iii) wilfully and recklessly failing to make such inquiries as an honest and reasonable man would make; (iv) knowledge of circumstances which*

ultérieur adopte cette classification¹⁹⁵⁶ et l'affine en précisant que le défendeur doit être rangé dans l'une de ces catégories en fonction du caractère peu diligent de son attitude : « *s'il soupçonnait une irrégularité mais ne s'est pas renseigné parce qu'il "ne voulait pas savoir" (catégorie (ii)) ou parce qu'il considérait que cela "ne le concernait pas" (catégorie (iii)), c'est tout autre chose. Un tel comportement est malhonnête, et les personnes qui en sont coupables ne peuvent pas se plaindre si [...] elles sont traitées comme si elles avaient une connaissance effective* »¹⁹⁵⁷. Un cocontractant qui, aux yeux du juge, ignorerait délibérément des indices indiquant l'existence d'une erreur ou ne procédant pas à une vérification en présence de ces indices sera considéré comme ayant connaissance de l'erreur. En revanche, les deux dernières catégories ne permettent pas de retenir une telle connaissance. La malhonnêteté du défendeur n'est pas exigée lorsqu'une véritable connaissance effective est prouvée. Inversement, lorsqu'aux yeux du juge le défendeur semblait ou pouvait soupçonner l'existence d'une erreur, l'erreur réside dans le fait de ne pas avoir informé le demandeur.

467. La connaissance effective. Dans une affaire importante en la matière¹⁹⁵⁸, la *Court of Appeal* eut à connaître des faits suivants : un bail à durée déterminée conclu en 1970 prévoyait une révision du loyer au bout de cinq ans et précisait que le nouveau loyer devait être celui « qui aurait été convenu » entre le bailleur et le preneur. Les parties avaient l'intention, d'après la correspondance échangée, d'inclure une clause d'arbitrage pour le cas où elles n'arriveraient pas à s'entendre. Or cette clause ne fut pas insérée dans le document final rédigé par le bailleur. Les juges estimèrent qu'il était établi, grâce à une conversation téléphonique entre les représentants des parties¹⁹⁵⁹, que le preneur s'était rendu compte de l'absence de la clause dans le contrat au moment de sa formation et s'était gardé de le signaler. Il s'agissait en l'espèce d'une connaissance effective.

468. L'ignorance délibérée. Dans un arrêt plus récent de 1995¹⁹⁶⁰, la *Court of appeal* se prononça à propos d'un contrat de bail qui avait fait l'objet de ce qui s'apparente en droit français à une cession de contrat. Le cessionnaire souhaitant exercer un droit qui en réalité était

would indicate the facts to an honest and reasonable man; (v) knowledge of circumstances which would put an honest and reasonable man on inquiry ».

¹⁹⁵⁶ *Commission for the New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 fév. 1995, [1995] 2 WLR 677 ; [1995] Ch. 259, n° 280.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, n° 281.

¹⁹⁵⁸ *Thomas Bates & Son Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 1980, [1981] 1 WLR 505, [1981] 1 All ER 1077, (1981) 41 P. & C.R. 345.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, n° 513.

¹⁹⁶⁰ *Commission for the New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 fév. 1995, [1995] 2 WLR 677 ; [1995] Ch. 259.

personnel au cédant et n'avait pas été transmis avec le contrat de bail, il engagea avec le cédé une discussion au cours de laquelle il déclara vouloir bénéficier de tous les droits du cédant. Il envoya ensuite au cédé une lettre indiquant : « *Vous avez confirmé lors de notre réunion que vous traiterez [le cessionnaire] à tous égards comme ayant les mêmes droits et avantages que [le cédant] en vertu de la documentation initiale* ». Le cédé envoya une lettre de confirmation à son tour. Le cessionnaire signifia peu de temps après son intention d'exercer le droit en principe personnel au cédant. Le litige fut résolu sur le fondement d'une interprétation stricte du contrat selon laquelle la cession, à défaut de terme exprès en ce sens, ne pouvait être lue comme conférant au cessionnaire ce droit particulier. Les remarques concernant la *rectification* sont donc des *obiter dicta*. La *Court of Appeal* retint, à l'unanimité, que « *lorsque A a l'intention que B se trompe dans l'interprétation de l'accord et s'est conduit de telle sorte qu'il a détourné l'attention de B de la découverte de l'erreur par des déclarations fausses et trompeuses, et que B commet effectivement cette erreur [...] alors, bien que A ne sache pas réellement, mais soupçonne simplement, que B se trompe, [...] la rectification peut être accordée. Le comportement de A est immoral et il ne peut pas exiger l'exécution du contrat conformément à sa lettre stricte [...]* »¹⁹⁶¹. En l'espèce, les juges retinrent que, si le demandeur n'avait pu établir une connaissance effective de l'erreur, il avait pu en revanche montrer que le défendeur avait délibérément fermé les yeux sur l'erreur évidente et s'était conduit d'une façon malhonnête de façon à induire le contractant en erreur. Par conséquent, bien que la connaissance effective n'ait pu être établie, les agissements du défendeur laissaient penser qu'il soupçonnait l'existence d'une erreur, puisqu'il œuvrait pour qu'elle se produise, et s'est gardé d'informer son cocontractant. L'ignorance délibérée et le silence malhonnête étant réunis, la *rectification* aurait été accordée, d'autant qu'il ne fait aucun doute qu'il serait moralement inacceptable pour le défendeur de se fonder sur un acte final qui est le fruit d'une erreur qu'il a lui-même provoquée. En réalité, que le défendeur ait une connaissance effective de l'erreur ou qu'il la suspecte¹⁹⁶²,

¹⁹⁶¹ Lord Justice STUART-SMITH in *Commission for the New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 fév. 1995, [1995] 2 WLR 677 ; [1995] Ch. 259, n° 280 : « *where A intends B to be mistaken as to the construction of the agreement, so conducts himself that he diverts B's attention from discovering the mistake by making false and misleading statements, and B in fact makes the very mistake [...] then notwithstanding that A does not actually know, but merely suspects, that B is mistaken [...] rectification may be granted. A's conduct is unconscionable and he cannot insist on performance in accordance to the strict letter of the contract [...]* ». Lord Justice EVANS et Lord Justice FARQUHARSON ont exprimé leur plein accord, *ibid.*, resp. n°s 289 et 296.

¹⁹⁶² *Commission for the New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 24 fév. 1995, [1995] 2 WLR 677 ; [1995] Ch. 259.

les juges considèrent le for intérieur du défendeur ce qui en fait un mécanisme subjectif¹⁹⁶³. La *rectification* est indéniablement fondée recherche du for intérieur de l'une des parties ce qui rapproche sensiblement l'office du juge français et l'office du juge anglais.

469. La contrainte inévitable d'une des parties. La *rectification* pour erreur commune est difficile à obtenir pour le demandeur¹⁹⁶⁴. Il en va de même, et à plus forte raison, pour la *rectification* pour erreur unilatérale. En effet, celle-ci « a pour conséquence d'imposer au défendeur un contrat qu'il n'a pas conclu et n'a pas eu l'intention de conclure, et de libérer le demandeur d'un contrat qu'il a conclu, bien que n'ayant pas eu l'intention de le faire »¹⁹⁶⁵. Le défendeur n'a, ni objectivement ni subjectivement, conclu le premier « contrat », l'accord préalable qui s'imposera pourtant à lui, et le demandeur est libéré du second « contrat » désignant l'acte final, auquel il n'adhérait pas subjectivement, mais qu'il a objectivement conclu. La *rectification* pour erreur unilatérale a ainsi été qualifiée de « correctif drastique »¹⁹⁶⁶. Le rapprochement qu'elle constitue entre office du juge français et office du juge anglais, dans la mesure où elle constitue une recherche du for intérieur d'une des parties, est donc nuancé par sa rare application. En outre, le mécanisme de *rectification* dans son ensemble connaît aujourd'hui, pour diverses raisons, un champ d'application résiduel.

¹⁹⁶³ V. pour un exemple d'absence de connaissance de l'erreur par le défendeur : *Classic Property Developments (South East) Ltd v. Islam*, *High Court of Justice (Chancery Division)* 22 oct. 2015, [2015] EWHC 2958 (Ch) ; [2016] 1 P. & C.R. DG13.

¹⁹⁶⁴ V. *supra* n° 460.

¹⁹⁶⁵ Lord Justice BLACKBURN in *George Wimpey UK Ltd. v. VI Construction Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 3 fév. 2005, [2005] EWCA Civ 77, n° 75.

¹⁹⁶⁶ David McLAUHLAN, « The “drastic” remedy of rectification for unilateral mistake », *LQR*, vol. 124, 2008, p. 608.

B) Le champ d'application résiduel de la *rectification*

470. Deux notions distinctes. Il convient de distinguer clairement la notion de *rectification* à proprement parler de l'interprétation correctrice. Cette notion voisine qui s'est progressivement développée à travers la conception moderne de la *construction* du contrat bénéficie d'un champ d'application large qui ne laisse qu'une place restreinte à la *rectification* (1). En outre, le régime de l'interprétation correctrice, bien qu'il présente des similitudes avec la *rectification* en ce qu'il permet d'aligner la formulation de l'*instrumentum* avec l'intention des parties, n'est pas tout à fait identique (2).

1) Le développement d'une notion voisine concurrente : l'interprétation correctrice

471. Un développement progressif. Trois affaires montrent l'étendue du pouvoir du juge en matière de correction des *instrumentum* par le biais de la *construction* du contrat. Dans un arrêt de 1996¹⁹⁶⁷, la *House of Lords* eut à connaître d'un contrat de réassurance¹⁹⁶⁸ qui prévoyait, par l'utilisation de l'expression « sommes payées », que le réassuré devait verser les sommes dues au titre du contrat d'assurance primaire à l'assuré avant de demander réparation de son préjudice à son réassureur¹⁹⁶⁹. Les juges décidèrent que l'intention des parties était d'inscrire « sommes payables », ce qui dispensait le réassuré de payer l'assuré avant de se tourner vers son réassureur. Dans un autre arrêt de 1997¹⁹⁷⁰, un contrat de bail stipulait que le preneur pouvait mettre fin au contrat en signifiant un préavis écrit d'au moins six mois au bailleur et que le contrat prendrait alors fin « *au troisième anniversaire de la date de début du bail* »¹⁹⁷¹. Le preneur signifia par courrier le préavis précisant que les contrats de bail se termineraient ainsi le 12 janvier 1995 au lieu du 13 janvier 1995. La *House of Lords* retint que la signification du préavis était licite, autrement dit que l'expression « 12 janvier » devait raisonnablement s'interpréter comme visant le « 13 janvier ». Cette jurisprudence introduisit la possibilité pour le juge d'ignorer des erreurs dans le choix des mots ou dans la syntaxe et

¹⁹⁶⁷ Charter Reinsurance Co. Ltd v. Fagan, *House of Lords*, 24 mai 1996, [1997] A.C. 313.

¹⁹⁶⁸ « *Opération par laquelle un assureur (dit cédant) jugeant trop lourds ou dangereux pour lui les risques qu'il a acceptés s'en décharge partiellement (au-delà de son plein de conservation) sur un autre assureur (dit cessionnaire), tout en demeurant intégralement tenu vis-à-vis de l'assuré [...]* », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadriège, 2020, p. 846.

¹⁹⁶⁹ Il s'agit en réalité d'une clause courante dans les contrats d'assurance puisqu'elle a pour objectif de définir et donc de limiter les sommes garanties par l'assureur : *ultimate net loss clause*.

¹⁹⁷⁰ V. *supra* n° 356 l'arrêt Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945 ; [1997] A.C. 749.

¹⁹⁷¹ Mannai Investment Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd, *House of Lords*, 21 mai 1997, [1997] 2 WLR 945 ; [1997] A.C. 749, n° 749.

figurant dans l'*instrumentum*¹⁹⁷², et de laisser ainsi de côté l'interprétation littérale afin de prendre en compte le « contexte ». Cela consacre la méthode d'interprétation contextuelle du contrat mais également l'utilisation de l'interprétation contractuelle comme d'un outil de correction de l'*instrumentum* empiétant sur la *rectification*. Enfin, dans l'arrêt *Investors Compensation Scheme* de 1997, Lord HOFFMANN précise, nuanciant encore la règle de lecture littérale¹⁹⁷³, que « *si la conclusion s'impose, à partir du contexte du contrat, que le langage en l'espèce dysfonctionne, le droit ne demande pas au juge d'attribuer aux parties une intention qui n'aurait visiblement pas pu être la leur* »¹⁹⁷⁴. Par conséquent, il est permis aux juges anglais de corriger l'*instrumentum* en l'interprétant en conformité avec ce qu'il est raisonnable de penser que la volonté des parties fut au moment de la conclusion du contrat, quand bien même celui-ci contiendrait des erreurs ou des imperfections de langage.

472. Les critères de l'interprétation correctrice. La jurisprudence anglaise a établi deux critères de mise en œuvre de l'interprétation correctrice : « *il doit y avoir une erreur manifeste dans l'instrumentum ; deuxièmement, la correction qui doit être apportée afin de remédier à l'erreur doit apparaître clairement* »¹⁹⁷⁵. Les deux critères reprennent en réalité les éléments de l'interprétation contextuelle. En effet, l'erreur manifeste de rédaction n'apparaît que si le juge a pu déterminer quelle était la volonté normale¹⁹⁷⁶ des parties, par la prise en compte du contexte de conclusion du contrat, permise par la *purposive approach*¹⁹⁷⁷, à travers le standard de la personne raisonnable. De même, la correction à apporter découle de la volonté ainsi déterminée.

473. La relation entre l'interprétation du contrat et l'interprétation correctrice du contrat. En matière d'interprétation correctrice du contrat, « *il doit apparaître clairement que*

¹⁹⁷² Alors même que les juges anglais n'acceptent « *pas facilement que soient commises des erreurs de langage, en particulier dans les documents officiels* », ce qui justifie de donner, par principe, aux mots leur « *sens naturel et ordinaire* », Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28 ; [1998] 1 All ER 98 ; [1998] 1 WLR 896, n° 913.

¹⁹⁷³ V. *supra* n° 355.

¹⁹⁷⁴ Lord HOFFMANN in *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society*, *House of Lords*, 19 juin 1997, UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896, n° 913 : « [...] *we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had* ».

¹⁹⁷⁵ *East v. Pantiles (Plant Hire)*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 1^{er} janv. 1982, [1982] 2 EGLR 111 : « *Two conditions must be satisfied: first, there must be a clear mistake on the face of the instrument; secondly, it must be clear what correction ought to be made in order to cure the mistake. If those conditions are satisfied, then the correction' [sic] is made as a matter of construction* ».

¹⁹⁷⁶ V. *supra* n° 264.

¹⁹⁷⁷ V. *supra* n°s 352s.

quelque chose a mal tourné dans la formulation, et doit aussi apparaître clairement ce qu'une personne raisonnable aurait compris que les parties aient voulu dire »¹⁹⁷⁸. La frontière entre la *construction* pure et d'interprétation correctrice est peu étanche. Les affaires citées en matière de *construction*, notamment les arrêts *Mannai* et *Investors Compensation Scheme*, sont à la fois des autorités en la matière, puisqu'elles constituent les arrêts fondateurs de la conception moderne de l'interprétation du contrat par le juge anglais, mais également des applications d'interprétation correctrice. En réalité, il y aurait une différence entre donner un sens au contrat par le processus d'interprétation conçu strictement, et le corriger, résultat de l'interprétation correctrice, qui serait simplement l'issue contingente de certains processus de construction. Autrement dit, toute interprétation, toute *construction*, ne donnerait pas lieu à une correction de l'*instrumentum*. Néanmoins, l'interprétation selon la conception moderne correspond à l'interprétation réalisée à la lumière du contexte de conclusion du contrat. Une correction de l'*instrumentum* par les juges suppose de réparer la trahison, commise par le langage de l'*instrumentum*, de l'accord véritable des parties. Or, le langage n'a-t-il pas nécessairement trahi la volonté d'une des parties puisqu'il y a précisément litige sur le sens du contrat ? Cela renvoie à la question de l'existence même d'un litige relatif à l'interprétation du contrat lorsque ce dernier est défini comme un accord de volontés¹⁹⁷⁹. Les parties ont *cru* s'entendre, mais chacune a donné à l'*instrumentum* le sens qui lui convenait. Il s'agit donc pour le juge d'adopter l'un des sens qui lui sont proposés. Dès lors, l'interprétation serait toujours correctrice : pour l'une partie elle constitue une correction qui lui est favorable, et pour l'autre une correction qui lui est défavorable. En ce sens, la distinction entre l'interprétation à proprement parler et la *rectification* est extrêmement ténue et appelle une clarification de la part des juges anglais¹⁹⁸⁰.

474. Le champ d'application résiduel de la *rectification*. Les décisions qui ont développé la méthode moderne d'interprétation sont en effet parfois critiquées pour empiéter sur la *rectification* et contourner ses critères de mise en œuvre plus stricts. En effet, en définitive, « *dans le droit moderne, la technique de l'interprétation assume une grande partie*

¹⁹⁷⁸ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101 ; [2009] 3 WLR 267 ; [2009] UKHL 38, n° 25 : « [...] *it should be clear that something has gone wrong with the language and that it should be clear what a reasonable person would have understood the parties to have meant* ».

¹⁹⁷⁹ V. *supra* n° 176.

¹⁹⁸⁰ Richard BUXTON, « “Construction” and Rectification after *Chartbrook* », *CLJ*, vol. 69, n° 2, 2010, pp. 253-262 ; Paul S. DAVIES, « Negotiating the boundaries of admissibility », *CLJ*, vol. 70, n° 1, 2011, p. 27.

de la tâche traditionnellement censée relever du recours équitable qu'est la rectification »¹⁹⁸¹. Les mécanismes d'interprétation correctrice et de *rectification* sont similaires en ce qu'ils permettent de donner à l'*instrumentum* non seulement un sens, mais un sens souvent éloigné de la signification littérale de l'acte. Cependant, ils présentent une différence notable en ce que, si la question de l'interprétation d'un contrat se présente facilement lors de la vie du contrat¹⁹⁸², à l'inverse, la *rectification* nécessite, pour être mise en œuvre, un type d'erreur de formulation particulier difficile à caractériser devant une juridiction¹⁹⁸³. L'interprétation correctrice est donc, en théorie, plus facile à obtenir pour le justiciable que la *rectification*, plus rarement admise. En outre, leurs régimes juridiques diffèrent considérablement.

2) La persistance d'une différence de régimes juridiques

475. Des divergences importantes. Malgré leurs similitudes, l'interprétation correctrice et la *rectification* se distinguent par deux éléments non négligeables. La différence principale entre l'interprétation du contrat et la *rectification* réside dans la recevabilité des éléments extrinsèques. En effet, si la méthode moderne d'interprétation du contrat a ouvert la voie à la prise en compte du contexte de conclusion du contrat, ce contexte est en pratique particulièrement restreint¹⁹⁸⁴. En revanche, il est beaucoup plus étendu en matière de *rectification* ; la place inégale des éléments extrinsèques constitue ainsi un facteur de distinction majeur entre les deux mécanismes (a). Un second critère permet de les dissocier : il s'agit de leur conséquence matérielle sur l'*instrumentum*, l'interprétation n'en ayant aucune tandis que la *rectification* entraîne la correction matérielle de l'acte (b).

a) La place inégale des éléments extrinsèques

476. Des incohérences. La recevabilité différenciée des éléments extrinsèques au contrat est un facteur de distinction non négligeable entre l'interprétation et la *rectification* du contrat mais ce traitement inégal n'est pas entièrement justifié eu égard à la prétendue nature objective du mécanisme de *rectification* (i). De plus, en dépit de l'irrecevabilité de principe de

¹⁹⁸¹ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.20, p. 491 : « [...] in the modern law the technique of interpretation has taken over much of the work traditionally supposed to be the province of the equitable remedy of rectification ».

¹⁹⁸² Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.28, p. 493.

¹⁹⁸³ V. *supra* n° 441.

¹⁹⁸⁴ V. *supra* n° 377.

certaines éléments extrinsèques en matière d'interprétation, la réalité procédurale engendre une confusion technique indéniable entre les deux mécanismes (ii).

i) Une différence contestable dans la prise en compte des éléments extrinsèques

477. La recevabilité de la preuve des échanges antérieurs à la conclusion du contrat.

En France, la conception de l'interprétation contractuelle englobe en quelque sorte le processus de *rectification* anglais. Cela se vérifie également en termes de régime juridique puisque les juges français admettent par principe tous les éléments extrinsèques par nature susceptibles d'éclairer la volonté réelle des parties. À l'inverse, en droit anglais, l'une des principales différences entre l'interprétation et la *rectification* réside dans l'admission de ces éléments. En effet, en matière de *rectification*, les juges doivent déterminer quel est l'accord préalable à la rédaction de l'*instrumentum* final¹⁹⁸⁵. À cet égard, il est donc logique que soient admis les échanges précontractuels : le mécanisme même de *rectification* l'exige car, à défaut, la détermination de l'existence et du contenu de l'accord préalable à la rédaction de l'*instrumentum* serait impossible. Les juges anglais considèrent donc tous les éléments à leur disposition. Il s'agit notamment des rédactions antérieures du contrat, des échanges précontractuels et des déclarations d'intentions subjectives qu'elles renferment¹⁹⁸⁶.

478. La *rectification*, un mécanisme empreint d'une méthode subjective. Au premier abord, il serait possible de penser que la différence est ténue entre l'interprétation et la *rectification* dans la mesure où, si le juge prend en compte le contexte de conclusion du contrat dans l'interprétation correctrice, le mécanisme est très semblable à celui de la *rectification*, fondée sur ce qui ressemble fort pour le juriste français à une forme de volonté réelle des parties. Cependant, il faut rappeler que l'interprétation correctrice est issue de l'évolution d'une méthode traditionnelle objective. Bien que le littéralisme ne soit plus le principe dominant l'interprétation du contrat, le juge recherche encore, non pas la volonté réelle telle qu'elle est conçue dans le principe d'interprétation française¹⁹⁸⁷, mais la volonté qu'il est raisonnable de penser que les parties aient eue au moment de la conclusion du contrat. Au contraire, dans la *rectification*, l'objet de la recherche du juge se rapprocherait de la volonté réelle des parties, ce que corroborent la recevabilité et la prise en compte des négociations précontractuelles en la matière¹⁹⁸⁸. La considération des négociations précontractuelles, fort susceptible de mettre en

¹⁹⁸⁵ V. *supra* n^{os} 445s.

¹⁹⁸⁶ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n^o 1.24, p. 16. V. également *supra* n^o 452.

¹⁹⁸⁷ V. *supra* n^o 342.

¹⁹⁸⁸ V. *supra* n^o 477.

lumière ce qu'entendait chaque partie par l'utilisation de tel mot ou de telle expression, est pleinement admise dans la *rectification*. Or si l'on admet que les négociations précontractuelles sont un outil d'interprétation subjective par excellence¹⁹⁸⁹, le mécanisme de la *rectification*, en autorisant sans réserve la consultation des échanges précontractuels, s'apparente ainsi à un mécanisme inspiré d'une méthode subjective, bien plus que l'interprétation contextuelle où les échanges précontractuels sont en principe exclus. La différence serait donc de taille entre l'interprétation contextuelle et la *rectification*.

479. La *rectification*, un mécanisme empreint d'une méthode objective. Cependant, en matière d'interprétation c'est l'utilisation de la personne raisonnable qui donne à la méthode retenue par les juges anglais une forte tendance objective en dépit de l'abandon du littéralisme strict¹⁹⁹⁰. Il convient donc de vérifier si le juge a recours la personne raisonnable dans la *rectification*, auquel cas la qualification de mécanisme subjectif devra être nuancée. Les critères de la mise en œuvre de la *rectification* tels qu'ils ont été définis dans l'arrêt de principe de 2002¹⁹⁹¹ ne font aucune mention de la personne raisonnable, ou d'une lecture raisonnable de l'*instrumentum*. Cependant, la *rectification* étant fondée sur l'expression d'une intention commune continue, il convient de se reporter à la façon dont est décelée cette intention commune. Si le juge a recours à la personne raisonnable, il réintroduit de l'objectivité dans un mécanisme au premier abord subjectif. Or la *rectification* pour erreur commune est empreinte d'une méthode objective seulement dans l'hypothèse où il existe un contrat à proprement parler. Dans le cas d'une action en *rectification* pour erreur commune et en présence d'un accord préalable¹⁹⁹², la méthode du juge est fondée sur le for intérieur des parties. Il en va de même pour l'action en *rectification* pour erreur unilatérale. Ainsi que l'a souligné un juge, il pourrait être préférable, afin de garantir une utilité à la *rectification*, notamment si les négociations

¹⁹⁸⁹ Les échanges précontractuels entre les parties sont des lettres, des emails, dans des termes souvent non juridiques que les parties manient plus facilement pour exprimer leur souhait contractuel et sont donc une ouverture nette vers la volonté réelle, v. *supra* n° 375.

¹⁹⁹⁰ V. *supra* n° 358.

¹⁹⁹¹ *Swainland Builders Ltd v. Freehold Properties Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 avril 2002, [2002] EWCA Civ 560, [2002] 2 EGLR 71. V. *supra* n° 441.

¹⁹⁹² V. *supra* n° 448 pour la définition de l'accord préalable comme d'un simple « *consensus entre les parties* », cf. Justice SIMONDS in *Crane v. Hegeman-Harris Co. Inc., High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 fév. 1939, [1971] 1 WLR 1390, p. 1391

précontractuelles devaient être admises en matière d'interprétation du contrat¹⁹⁹³, d'en faire un outil purement subjectif¹⁹⁹⁴.

À la différence contestable de régimes juridiques entre la *rectification* et l'interprétation correctrice quant à la prise en compte des négociations précontractuelles s'ajoute la confusion engendrée par la réalité procédurale car les deux actions sont souvent intentées ensemble.

ii) La confusion engendrée par la réalité procédurale

480. Deux demandes stratégiquement associées. L'action en *rectification* présente la particularité, et l'avantage, par rapport à l'action en interprétation, de permettre la recevabilité des pièces issues des négociations précontractuelles. Or la question se pose de savoir si les plaideurs ne plaident pas systématiquement les deux, l'interprétation en vue d'obtenir une interprétation correctrice qui va dans leur sens, et la *rectification*, en vue d'obtenir la modification matérielle de l'acte. La question a son importance, car si tel est le cas, l'avocat versera aux débats des éléments de preuve recevables pour l'action en *rectification*, notamment les négociations précontractuelles, qui ne le sont pas pour l'action fondée sur l'interprétation. Les juges auraient donc connaissance de ces éléments alors qu'ils examineraient le bien-fondé de l'action en interprétation. La réponse est positive : la *rectification* est « une action qui est invariablement ajoutée au litige relatif à l'interprétation contractuelle afin d'exposer les négociations précontractuelles au contrôle des juges »¹⁹⁹⁵. Cette réalité est reconnue par les juges eux-mêmes¹⁹⁹⁶. Le conseil de chaque partie serait en effet très peu avisé de ne pas cumuler ces deux fondements si l'un devait échouer devant les juges¹⁹⁹⁷. Outre la possibilité d'obtenir par la *rectification* ce qui ne serait pas accordé par l'interprétation, l'action en *rectification* est un excellent moyen de « contourner les règles d'irrecevabilité des preuves qui entravent l'exercice d'interprétation »¹⁹⁹⁸, à savoir notamment l'exclusion des négociations

¹⁹⁹³ V. *supra* n° 387.

¹⁹⁹⁴ Johan STEYN, « Interpretation: Legal Texts and their Landscape » in Basil MARKESINIS (dir.), *The Clifford Chance Millenium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, 2000, pp. 79-81.

¹⁹⁹⁵ Janet O'SULLIVAN, « Say What You Mean and Mean What You Say: Contractual Interpretation in the House of Lords », *CLJ*, vol. 68, n° 3, 2009, p. 512 : « [rectification is] a plea which is invariably added in litigation about contractual interpretation in order to expose the priori negotiations to judicial scrutiny ».

¹⁹⁹⁶ Lord HOFFMANN in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101, [2009] 3 WLR 267 ; [2009] UKHL 38, n° 35 : « [...] evidence of the pre-contractual negotiations is almost invariably tendered in support of an alternative claim for rectification » ; « [...] la preuve des négociations précontractuelles est presque invariablement présentée à l'appui d'une demande subsidiaire de rectification ».

¹⁹⁹⁷ Richard BUXTON, « “Construction” and Rectification after *Chartbrook* », *CLJ*, vol. 69, n° 2, 2010, p. 253.

¹⁹⁹⁸ Gerard MCMEEL, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, OUP, 2^{ème} éd., 2011, n° 17.63, p. 507.

précontractuelles et les intentions subjectives qu'elles contiennent. L'interprétation correctrice et la *rectification* sont donc des notions voisines aux régimes et conséquences juridiques distincts mais la stratégie contentieuse des justiciables devant les juridictions n'aide pas à la distinction entre les deux dans l'esprit du plaideur et surtout du magistrat.

481. L'artifice de l'exclusion des négociations précontractuelles en matière d'interprétation. Il est ainsi possible de se demander, pour tous les arrêts rendus sur le fondement de la *construction* du contrat et énonçant une interprétation correctrice, le rôle qu'ont joué les éléments de preuve admis en raison de l'action en *rectification*. Ainsi, dans l'arrêt de principe rendu en 2009¹⁹⁹⁹, l'une des juges admet, à propos de la décision de la cour : « *Je n'aurais pas trouvé si facile de parvenir à cette conclusion si nous n'avions pas eu connaissance de l'accord auquel les parties étaient parvenues sur cet aspect de leur opération au cours des négociations qui ont abouti au contrat officiel* »²⁰⁰⁰. Autrement dit, la connaissance des négociations précontractuelles par les juges a joué un rôle décisif dans la tâche d'interprétation du contrat litigieux qui leur été confiée. Cet arrêt constitue la seule admission explicite de cette réalité, mais il y a fort à parier qu'il ne s'agit pas là d'un cas isolé. En effet, comment demander au juge anglais de faire abstraction, pour trancher le litige relatif à l'interprétation, de toutes les informations acquises lors de la lecture des pièces soumises relativement à l'action en *rectification* ? Une telle considération serait de nature à lever l'irrecevabilité de principe qui pèse sur les négociations précontractuelles²⁰⁰¹. La difficulté pourrait être résolue, quoique de façon peu satisfaisante, par l'ordre d'examen des fondements de l'action en justice du demandeur : les juges pourraient considérer, dans un premier temps, la question relative à l'interprétation correctrice puis, dans un second temps, la *rectification*. Cela leur permettrait de ne pas être influencés par les éléments de preuve plus nombreux fournis dans le cadre de l'action en *rectification*, à condition de ne pas revenir sur leur verdict en ce qui concerne l'interprétation à la lumière de ces nouveaux éléments.

La place inégale des négociations précontractuelles dans les actions en *rectification* et en interprétation correctrice ne semble pas justifiée. En outre, une autre différence dans les régimes

¹⁹⁹⁹ Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101 ; [2009] 3 WLR 267 ; [2009] UKHL 38.

²⁰⁰⁰ Baroness HALE OF RICHMOND in Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Others, *House of Lords*, 1^{er} juill. 2009, [2009] AC 1101 ; [2009] 3WLR 267 ; [2009] UKHL 38, n° 99 : « *I would not have found it quite so easy to reach this conclusion had we not been aware of the agreement which the parties had reached on this aspect of their bargain during the negotiations which led to the formal contract* ».

²⁰⁰¹ V. *supra* n°s 387s.

juridiques de ces deux mécanismes interroge : l'une a pour effet la modification matérielle de l'*instrumentum* tandis que l'autre non.

b) L'inégale modification matérielle de l'*instrumentum*

482. La modification matérielle de l'*instrumentum* dans la *rectification*. Dans le cas de l'interprétation correctrice, les juges expliquent et énoncent le sens qu'ils donnent aux termes de l'*instrumentum*, mais ce dernier demeure inchangé dans sa rédaction, ce qui constitue une différence majeure avec la *rectification*. « [Le] processus classique d'interprétation [...] permet à la cour de corriger une erreur d'écriture évidente dans un document afin de le rendre conforme à l'intention évidente des parties. Bien que le document soit rectifié au sens large - ce processus est en effet parfois nommé *rectification de common law* - il ne s'agit pas d'une *rectification au sens correct du terme*. Il s'agit d'un exercice d'interprétation »²⁰⁰². En revanche, en matière de *rectification*, l'*instrumentum* est modifié matériellement et formellement, c'est-à-dire que les juges énoncent explicitement la nouvelle formulation adoptée. Par exemple, dans un arrêt de 1981²⁰⁰³, la *High Court of Justice* eut à connaître d'un contrat de vente portant sur un terrain. Par erreur, le plan annexé à l'acte de vente indiquait que l'objet de la vente était une parcelle de terrain qui n'était en réalité pas destinée à être cédée. Le juge, décidant du bien-fondé de l'action en *rectification*, ordonna la modification du plan annexé au contrat ainsi que la modification des registres cadastraux anglais.

483. L'absence de modification matérielle dans l'interprétation correctrice. Certains auteurs regrettent que les juges n'adoptent pas un véritable processus de réécriture de l'*instrumentum* dans le cadre de l'interprétation correctrice car cela serait plus clair pour les parties²⁰⁰⁴. Cependant, il peut faire sens, eu égard à la nature de la *construction*, de ne pas formuler explicitement la nouvelle formulation : la « *construction* » n'est qu'une interprétation des termes employés dans l'*instrumentum*, c'est-à-dire que le juge se prononce sur la façon dont ces termes doivent être compris, il en précise le sens. À l'inverse, l'essence même de la *rectification* est la réécriture de l'*instrumentum*.

²⁰⁰² Lord MARTIN NOURSE in *Holding & Barnes Plc v. Hill House Hammond Ltd, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 20 juill. 2001, [2001] EWCA Civ 1334, n° 47 : « [...] the classical process of construction [...] enables the court to correct an obvious clerical error in a document that it may conform with the obvious intention of the parties. Although in a loose sense the document is rectified, indeed the process is sometimes referred to as common law rectification, it is not rectification in the correct sense. It remains an [sic] exercise in construction ».

²⁰⁰³ *Blacklocks v. J. B. Developments (Godalming) Ltd, High Court (Chancery Division)*, 2 avril 1981, [1981] 3 WLR 554 ; [1982] Ch. 183.

²⁰⁰⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 17-023, p. 911.

Conclusion du Chapitre 2

484. Le recul important du littéralisme en droit anglais. L'apparition de la *contextual approach* a profondément modifié la méthode d'interprétation des contrats retenue par les juges anglais. D'une primauté absolue de la lettre sur l'esprit, les juges anglais ont progressivement retenu la prise en compte d'éléments extrinsèques en demeurant toutefois fidèles à la conception objective du contrat. Ce mouvement de « contextualisation » de la méthode d'interprétation anglaise marque un net recul de la *parol evidence rule* faisant de la méthode anglaise une méthode hybride difficile à caractériser. L'efficacité nuancée des clauses d'intégralité, valables en droit anglais et en droit français, a renforcé le recul de la *parol evidence rule*. Les juges anglais reconnaissent facilement la validité de ces clauses, mais plus difficilement leur valeur car ils ne manquent pas de mécanismes pour conclure à leur inefficacité. La validité de ces clauses ne permet finalement qu'un retour mitigé de la *parol evidence rule*. Par conséquent, ce pilier de la méthode objective anglaise est toujours en déclin.

485. Une absence d'identité de méthodes d'interprétation. Néanmoins, il faut se garder de qualifier la méthode anglaise de subjective, en dépit de l'abandon du littéralisme strict comme principe régnant seul sur l'interprétation des contrats. En effet, d'une part, le refus des juges anglais de prendre en compte certaines circonstances entourant la conclusion du contrat est tenace, et la prise en compte du comportement subséquent des parties et des négociations est si timide qu'il est difficile de déterminer la position des juges anglais sur ce point. D'autre part, ces éléments sont systématiquement considérés eux-mêmes à travers le prisme d'une personne raisonnable, second pilier de la méthode objective d'interprétation, ne laissant pas de place à une véritable conception subjective de la volonté contractuelle comparable à la conception retenue par les juges français.

486. Coexistence du littéralisme et de l'approche contextuelle. Les juges anglais ont diversifié les outils d'interprétation à leur disposition et emploient une pluralité de mécanismes au sein d'une même affaire, en sous-pesant les résultats offerts par les différentes méthodes afin d'aboutir à l'interprétation qui leur semble la plus proche de la volonté des parties dans le respect de la morale contractuelle dont ils fixent les contours. En effet, « *l'interprétation est un exercice composite, ni irrévocablement littéral, ni immanquablement téléologique* »²⁰⁰⁵. Ainsi,

²⁰⁰⁵ Thomas BINGHAM *M. R.* in *Arbuthnott v. Fagan, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 30 juill. 1993, [1995] C. L.C 1396, n° 1400 : « *Construction is a composite exercise, neither uncompromisingly literal nor unswervingly purposive* ».

il faut retenir que le littéralisme et l'approche contextuelle ont chacun leur place dans le contentieux de l'interprétation du contrat en droit positif anglais et n'ont pas vocation à s'exclure mutuellement²⁰⁰⁶. Cette ouverture est similaire à la souplesse de la méthode d'interprétation des juges français qui optent rarement pour un outil ou une méthode d'interprétation au détriment de l'autre, mais qui conjuguent le plus souvent les deux puisqu'ils utilisent à la fois la recherche de volonté interne mais également des outils objectifs d'interprétation du contrat.

487. Des correctifs anglais subsidiaires en France. La méthode subjective d'interprétation du contrat adoptée par les juges français a connu de telles évolutions qu'il est également difficile de parler d'une interprétation purement subjective du contrat. Cependant, la jurisprudence attribue nettement aux correctifs français issus de la méthode objective (le standard de la personne raisonnable et l'interprétation *in favorem*) un caractère subsidiaire par rapport à la méthode d'interprétation subjective : la conception subjective du contrat est tenace et fonde indéniablement le droit positif français. En revanche, la subsidiarité des correctifs est beaucoup moins nette en droit positif anglais. En effet, sans que disparaisse le pilier de la méthode objective que constitue le standard de la personne raisonnable, l'approche contextuelle a remplacé le littéralisme strict comme principe d'interprétation des contrats : les juges, appliquant ainsi une version redéfinie de la méthode objective, sont tenus d'observer la convention à travers les yeux d'une personne raisonnable réelle car placée dans le contexte de conclusion du contrat.

488. La *rectification*, seul facteur d'une subjectivisation de la méthode anglaise d'interprétation du contrat. Après le mouvement de contextualisation de leur méthode d'interprétation, les juges anglais ont ouvert la voie à une modification de la lettre du contrat plus difficilement conciliable avec leur attachement à une méthode objective d'interprétation. Le mécanisme de la *rectification* va plus loin qu'un simple abandon du littéralisme en tant que principe d'interprétation. Il opère une véritable subjectivisation de la méthode anglaise d'interprétation du contrat car il permet la réécriture de l'*instrumentum* en fonction de ce que les parties entendaient réellement par les termes employés. En conséquence, la *rectification* constitue la seule véritable ouverture du droit positif anglais vers la méthode subjective. Il convient cependant de noter que, s'il est heureux que la méthode de lecture littérale se soit

²⁰⁰⁶ David MCLAUCHLAN, « Continuity, not change, in contract interpretation? », *LQR*, vol. 133, n° 4, 2017, p. 547.

assouplie car cela donne au juge un panel d'outils diversifiés en matière d'interprétation du contrat, la *rectification* est très rarement retenue par les juges anglais. Elle reste une exception qui permet au juge, seulement dans les cas les plus flagrants d'erreur, de rectifier les maladresses de langage commises par les parties dans la rédaction de leur contrat. Le champ d'application restreint de la *rectification* révèle sa nature d'exception à la *parol evidence rule*, au littéralisme, et, en toile de fond, à la conception objective du contrat, qui sont les piliers traditionnels du droit anglais des contrats. L'existence de la *rectification* constitue indéniablement une profonde remise en question de ces principes, la limitation de son champ d'application constitue vraisemblablement une volonté de limiter le bouleversement qu'elle peut opérer.

489. L'heureuse combinaison des méthodes d'interprétation. Il est difficile, en droit positif français comme en droit positif anglais²⁰⁰⁷, d'isoler les méthodes d'interprétation. Les juges français combinent la recherche de la volonté interne à l'aide d'éléments extrinsèques avec le recours au concept de personne raisonnable ou l'interprétation *in favorem* ou *contra proferentem* de la même façon que les juges anglais combinent le littéralisme et la contextualisation de leur interprétation par la *contextual approach*. Cet exercice conjoint du principe d'une méthode, objective en Angleterre et subjective en France, avec des éléments importés de la méthode opposée, mais adaptés à la culture juridique hôte, rapproche les deux systèmes. *In fine*, l'interprétation judiciaire du contrat se réalise à travers l'utilisation d'une boîte à outils dont les juges font usage selon le besoin. Cela est heureux. Il n'est pas possible ni souhaitable de concevoir le contrat hors du contexte de sa conclusion. Qu'elle soit conçue objectivement ou subjectivement, la volonté contractuelle est fort difficile à déceler et priver le juge d'éléments permettant d'éclairer le sens de *l'instrumentum* semble contre-productif.

²⁰⁰⁷ V. *supra* n° 368.

Conclusion du Titre 2

490. L'interprétation objective, instrument d'un rapprochement marqué. Le rapprochement de l'office des juges français et anglais par le biais de l'interprétation objective est manifeste. En effet, ils utilisent la même lecture littérale de *l'instrumentum* dans le but de prévenir les interprétations judiciaires les plus excessives. Les juges sont soumis à la volonté des parties lorsque celle-ci encadre leur pouvoir d'interprétation par le biais des clauses d'interprétation et des avenants interprétatifs. Ils mettent en œuvre le standard de la personne raisonnable de façon à cerner la volonté contractuelle la plus probable. Ils sont parfois contraints d'abandonner la recherche même de la volonté contractuelle et d'avoir recours, non pas à une interprétation à proprement parler, mais à un critère éminemment objectif fondé sur la qualité des parties.

491. L'interprétation subjective, instrument d'un rapprochement nuancé. En revanche, le rapprochement de l'office des juges français et anglais par le biais de l'interprétation subjective est plus tempéré. L'interprétation contextuelle mise en œuvre par le juge anglais constitue un recul considérable de la *parol evidence rule*. Cette dernière n'a en outre pas été rétablie par la validité des clauses d'intégralité. Cependant, l'interprétation contextuelle ne peut être assimilée à l'interprétation particulièrement subjective opérée par le juge français car il n'est pas question de rechercher une volonté réelle. Cette constatation est renforcée par le refus tenace de la recevabilité et de l'examen des preuves issues des négociations précontractuelles en matière d'interprétation. Néanmoins, un élément permet de voir une convergence plus marquée : il s'agit de la *rectification* dont la nature de mécanisme subjectif peut être décelée à travers les décisions rendues en la matière et les principes qui sous-tendent l'ensemble de règles de l'*equity*.

492. Un faisceau d'indices commun aux deux systèmes. Les juges aussi bien français qu'anglais emploient un faisceau d'indices : l'interprétation de *l'instrumentum*, la recherche de la volonté contractuelle, est réalisée et ne peut être réalisée qu'à travers la combinaison de plusieurs des outils mis à la disposition du juge. En effet, la volonté contractuelle, qu'elle soit conçue subjectivement ou objectivement, apparaît rarement de façon évidente. En effet, ainsi que l'exprime bien l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qu'il s'agisse de « *déterminer l'intention d'une partie* » conçue subjectivement, « *ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable* », c'est-à-dire la volonté vraisemblable, « *il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des*

négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties »²⁰⁰⁸. Autrement dit, quelle que soit la conception de la volonté contractuelle qui est retenue, seule l'alliance de plusieurs indices concordants peut permettre aux juges de dégager un sens.

493. Emprunts de correctifs et méfiance. L'alliance de ces indices ne s'organise pas de la même façon dans le raisonnement du juge français et du juge anglais. Ils utilisent des outils semblables d'interprétation du contrat, mais certains sont prépondérants dans un système et regardés avec une certaine méfiance dans l'autre, en raison de traditions juridiques et de conceptions du contrat profondément différentes. La pratique et l'importation de mécanismes juridiques d'un pays à l'autre viennent difficilement à bout de ces résistances culturelles.

494. L'étendue de l'office du juge. L'interprétation du contrat correspond, en droit français comme en droit anglais, à la recherche de la volonté contractuelle. Cette notion de volonté contractuelle est conçue différemment par le juge anglais et par le juge français, mais l'idée est la même : le juge doit s'en remettre à ce que les parties ont voulu. Ses prérogatives s'en trouvent donc limitées. Néanmoins, l'étude du contrôle judiciaire laissait deviner les prémisses d'un office particulièrement étendu du juge français qui dispose de nombreux outils pour contrôler l'intégrité du consentement ainsi que la licéité du contenu du contrat. L'étendue importante de l'office du juge français se précise avec l'étude de l'interprétation du contrat. L'attention portée à la volonté subjective permet au juge français de recourir à un ensemble d'indices plus variés que ceux mis à la disposition du juge anglais.

²⁰⁰⁸ Art. 8, 3) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne », Nations Unies, fév. 2011. [En ligne] <https://www.uncitral.org> (page consultée le 11/03/2019)

Conclusion de la Partie 1

495. La mise en œuvre d'une conception classique du contrat. L'élaboration d'outils nombreux et variés dédiés à la protection accrue du consentement, à la vérification de la licéité des stipulations contractuelles et à l'interprétation du contrat correspond à la mise en œuvre d'une conception classique du contrat. Il s'agit d'un contrat qui est la chose des parties, car il est l'expression de leur volonté. Il revient alors aux juges de s'assurer de l'intégrité du consentement des contractants par lequel ils ont exprimé leur volonté individuelle. Il revient également aux juges de vérifier la conformité des stipulations contractuelles à l'ordre public, qui constitue une limite classique à la volonté individuelle. Enfin, il revient aux juges de déceler le sens de l'*instrumentum*, afin de donner effet à la volonté des parties. Même si cette dernière n'est pas conçue de la même façon par le juge français et par le juge anglais, et que les outils ne sont pas identiques, la protection du consentement, la vérification de la licéité du contrat et la recherche de la volonté contractuelle montrent qu'est mise en œuvre, dans ces contentieux, une conception classique du contrat. Le juge est alors garant de la sécurité contractuelle au sens où il accompagne le contrat, tel qu'il a été voulu par les parties.

496. Les prémisses d'une nouvelle mission du juge : la recherche d'une justice contractuelle. En droit français, la protection de l'intégrité du consentement au contrat s'est enrichie d'un nouveau vice nommé l'abus de dépendance économique qui présente la particularité d'être centré sur une particulière faiblesse du cocontractant. Cette préoccupation apparaissait déjà à travers le recul du devoir de s'informer et le développement de l'obligation précontractuelle d'information. De la même façon, l'enrichissement de l'ordre public français d'un volet de protection d'un contractant faible est annonciateur d'une autre mission du juge, qui dépasse celle de la vérification des conditions de validité du contrat. Elle procède d'une autre conception de ce dernier : le contrat émane de parties contractantes qui ne sont pas toujours sur un pied d'égalité pour s'assurer que leurs intérêts sont intégrés à la convention. Devant cette inégalité des pouvoirs de négociation, le juge est amené à développer une nouvelle mission : garantir la justice contractuelle.

Deuxième partie - Le juge garant de la justice contractuelle : le contrat, chose des parties et du juge

497. L'omniprésence du juge en droit substantiel. Une conception traditionnelle du contrat est mise en œuvre dans la préservation de la sécurité juridique, lorsque le juge exerce la mission de contrôle de l'intégrité du consentement et de protection de l'ordre public. Selon cette même conception traditionnelle, le juge qui interprète le contrat doit se référer à la volonté des parties. Cependant, se dégagent de certains mécanismes, notamment l'extorsion du consentement d'un contractant faible et la sanction de l'ordre public de protection, une nouvelle conception du contrat qui appelle à plus de justice contractuelle. Se dessinent alors de nouveaux contours, élargis, de l'office du juge. Ces nouvelles conceptions du contrat et de l'office du juge en matière contractuelle se confirment avec l'étude de l'intervention du juge en cas de déséquilibre économique dans le contrat. De tiers au contrat, le juge devient parfois un rédacteur qui contrôle le contrat, puisqu'il en détermine le contenu ou prononce son anéantissement, le contrat devenant alors la chose des parties et du juge en tant que *negotium* (**Titre 1**).

498. Une présence plus nuancée en droit procédural. L'office du juge en matière contractuelle s'inscrit dans un cadre procédural précis. Il convient d'exposer les spécificités de la procédure civile anglaise par rapport à la procédure civile française, car les deux systèmes présentent des divergences importantes. La France distingue le droit procédural du droit substantiel dans sa législation. Il existe deux codes principaux relatifs à la procédure civile, le Code de procédure civile et le Code de l'organisation judiciaire. La distinction apparaît également dans les travaux de la doctrine française : les manuels de droit des contrats sont distincts des manuels de droit de la procédure civile²⁰⁰⁹. En droit anglais, il est *a priori* plus difficile de distinguer le droit substantiel du droit procédural, car la *common law* s'est formée à travers la procédure²⁰¹⁰. Cependant, la législation relative à la procédure est aujourd'hui

²⁰⁰⁹ Par ex., l'éditeur Dalloz, dans sa collection Précis, propose un manuel de droit des contrats et un manuel de procédure civile : v. respectivement François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, 1800 p. et Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, 2000 p.

²⁰¹⁰ V. *supra* n° 5.

distincte de la législation relative au droit substantiel du contrat²⁰¹¹. Toutefois, des différences essentielles se dégagent en matière procédurale entre le système français et le système anglais.

Tout d'abord, le modèle du procès a été conçu, en France comme en Angleterre, sur le mode accusatoire. Ce modèle laisse une large place aux parties car ces dernières font valoir des intérêts privés²⁰¹², par opposition au but poursuivi par la procédure pénale. Il s'en déduit que le procès est en principe « *la chose des parties* »²⁰¹³. Toutefois, si le modèle du procès anglais demeure principalement accusatoire, le modèle du procès français est aujourd'hui « *de type mixte* »²⁰¹⁴, à mi-chemin entre le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire, en ce que le juge français s'est vu progressivement octroyé plus de prérogatives dans le déroulement de la procédure. Par conséquent, le juge français a vocation à se trouver moins en retrait de la procédure que le juge anglais.

En outre, une importante différence existe en ce qui concerne l'appel en matière civile. En effet, « [le] principe français du double degré de juridiction n'existe pas en Angleterre »²⁰¹⁵. En France, tout jugement est susceptible d'appel²⁰¹⁶, sauf dispositions contraires²⁰¹⁷, afin de contester ce qui aurait été mal jugé devant une juridiction. En Angleterre, le justiciable qui souhaite former un appel doit en demander l'autorisation²⁰¹⁸. Cette demande est d'abord formulée auprès de la juridiction dont le plaideur conteste la décision²⁰¹⁹. Si celle-ci refuse, le plaideur peut alors demander l'autorisation d'interjeter appel à la cour supérieure²⁰²⁰. Un tel processus est inconnu du droit procédural français. Au milieu de ces divergences procédurales, se dessinent les contours de l'office des juges français et anglais en matière contractuelle. Dans

²⁰¹¹ Les *Acts of Parliament* relatifs au contrat, v. *supra* n° 23, sont distincts des *Civil Procedure Rules* entrées en vigueur le 26 avril 1999 et des *Civil Practice Directions* développées par les juridictions elles-mêmes en vue d'explicitier leur fonctionnement.

²⁰¹² Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n° 509, p. 442.

²⁰¹³ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 8, p. 6.

²⁰¹⁴ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 447, p. 383. V. aussi : Anaïs DANET, « Principes directeurs du procès », *Rep. proc. civ.*, oct. 2020 (actu. janv. 2023), n° 5.

²⁰¹⁵ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 136.

²⁰¹⁶ Art. L. 543 du C. de pr. civ. : « *La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ».

²⁰¹⁷ Qui sont assez nombreuses. Elles ont trait notamment à la valeur du litige lorsque celle-ci est inférieure à 5 000€, cf. art. R. 721-6 du C. de commerce pour le tribunal de commerce, art. D. 1462-3 du C. du travail pour le conseil de prud'hommes, art. R. 211-3-24 du COJ pour le tribunal judiciaire.

²⁰¹⁸ *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, 2007 c.15, s.13(3) pour la *Court of Appeal* et 14B pour la *Supreme Court*. [En ligne] <https://www.Legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/contents> (page consultée le 13/10/2020)

²⁰¹⁹ *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, 2007 c.15, s.13(4).

²⁰²⁰ *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, 2007 c.15, s.13(5).

le cadre du procès, le contrat devient parfois, en tant qu'objet du litige, la chose des parties et du juge (**Titre 2**).

Titre 1 – La détermination judiciaire du contenu du contrat : le contrat comme *negotium*, chose des parties et du juge

499. L'injustice contractuelle. « *Tous les systèmes juridiques montrent un certain souci de la justice du contrat et développent des techniques variées pour contrôler le contenu substantiel du contrat* »²⁰²¹. Le droit anglais montre une tendance à sanctionner l'attitude peu éthique d'un contractant, de façon toutefois extrêmement ponctuelle, par l'anéantissement du contrat. Les sanctions multiples et élaborées de l'intégrité du consentement en droit anglais le montrent²⁰²². Le juge anglais est donc garant d'une certaine forme de justice contractuelle par le biais d'une protection élaborée du consentement. Cette considération du caractère moral du comportement du cocontractant au stade de la formation du contrat n'est pas absente des préoccupations du droit français qui a également élaboré une théorie des vices du consentement. Cependant, en ce qui concerne le déséquilibre économique du contrat, le droit anglais se montre fortement opposé à l'intervention judiciaire aux fins de protéger un contractant d'un *bad bargain*²⁰²³. L'expression « déséquilibre contractuel », très présente dans la littérature juridique française, n'est pas employée dans la littérature juridique anglaise. À l'inverse, le droit français permet au juge français d'intervenir de façon fréquente, selon des mécanismes très variés, pour rééquilibrer un contrat dont les prestations ne semblent pas égalitaires. La justice contractuelle, au sens d'équilibre économique du contrat, n'occupe pas la même place dans les préoccupations des juges français et des juges anglais.

500. Les deux temps de l'injustice contractuelle. L'injustice contractuelle peut être présente dès la formation du contrat. Le juge intervient alors sur le contenu d'un contrat initialement déséquilibré (**Chapitre 1**). L'injustice contractuelle peut également apparaître après la formation du contrat, lors de son exécution. Le juge intervient sur alors le contenu du contrat devenu déséquilibré (**Chapitre 2**).

²⁰²¹ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 195.

²⁰²² V. *supra* n^{os} 31s.

²⁰²³ V. *supra* n^o 28.

Chapitre 1 – L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat initialement déséquilibré

501. Les deux principales formes de contrôle du contenu initial du contrat par le juge. L'intervention du juge dans le lien contractuel peut prendre plusieurs formes. Diverses classifications sont possibles selon des critères de distinction variés. Il existe notamment une classification courante dans la doctrine française²⁰²⁴ : le juge peut fixer le sort du contrat en ordonnant la résolution, la révision, l'annulation, l'exécution forcée du contrat, ou sa survie en octroyant des dommages et intérêts à l'un des contractants. Ce n'est pas la classification qui sera retenue ici car l'objectif de l'étude et de rendre compte, certes de l'objet de l'intervention du juge, mais aussi et surtout de l'étendue et de la forme de son intervention. Par conséquent, il sera important d'établir une distinction selon que le juge décide de la survie du contrat ou de l'anéantissement du contrat.

Les juges français et les juges anglais disposent d'un pouvoir d'anéantissement rétroactif du contrat pour non-respect des conditions de formation de celui-ci. Ces conditions de formation sont, ou sont devenues, avant tout des outils au service de la justice contractuelle car elles visent à sanctionner un contrat lorsqu'il présente un déséquilibre entre les obligations respectives des parties dès sa formation (**Section 1**). Les juges français et les juges anglais disposent également d'un pouvoir de réécriture du contrat, en vue de rééquilibrer les prestations initialement déséquilibrées dans un souci de justice contractuelle (**Section 2**).

Section 1 – L'anéantissement du contrat excessivement déséquilibré

502. Des principes initiaux communs, des évolutions divergentes. En France comme en Angleterre, l'immixtion judiciaire dans le contenu du contrat en vue de son rééquilibrage a initialement été conçue comme une impossibilité (§ 1). Ce refus initial de l'immixtion judiciaire dans le contenu contractuel aux fins de le rééquilibrer s'est cependant infléchi, de façon plus prononcée en France qu'en Angleterre (§ 2).

²⁰²⁴ Jean DÉPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français. A. Droit privé » in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, RIDC, vol. 16, n° 4, 1964, p. 769 ; Pascal ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in François COLLART DUTILLEUL, Cédric COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p. 107 ; Paul GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes » in Sophie LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Larcier, coll. Contrats et patrimoine, 2010, p. 104 ; Denis MAZEAUD, « Les sanctions droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in Cécile CHAINAIS, Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 240.

§ 1 - Le refus initial commun de l'immixtion judiciaire dans le contenu contractuel

503. Deux notions distinctes. Le droit français et le droit anglais insistaient initialement sur le principe selon lequel le juge n'a pas à intervenir dans le contenu contractuel pour chercher à équilibrer les obligations réciproques des parties qui sont par principe considérées comme équivalentes (A). Cependant, les juges français et les juges anglais peuvent être amenés à contrôler l'existence d'un équilibre minimal des prestations en vérifiant la présence de contreparties réciproques (B).

A) Un principe commun d'absence de contrôle judiciaire de l'équivalence des prestations

504. L'équivalence subjective. Traditionnellement, le droit des contrats français est fondé sur l'idée que « [seule] *la volonté des Hommes peut les obliger* », ce qui explique que le contrat revête la force obligatoire une fois la volonté exprimée²⁰²⁵. Cette conception, qui sous-tend toute la matière contractuelle²⁰²⁶, explique que le juge ne soit pas chargé de comparer la valeur des prestations réciproques initialement consenties et qu'il ne dispose pas du pouvoir de rééquilibrer le contrat s'il devait constater un déséquilibre. Classiquement, l'équilibre en matière contractuelle est de nature subjective : c'est celui des individus et de leur volonté. Une telle conception ne conduit pas à un total désintérêt de l'équilibre objectif des prestations contractuelles, mais elle conduit à une présomption de l'existence d'un tel équilibre.

505. Le postulat de l'équivalence des prestations en France. Du postulat que les contractants sont de forces égales de négociation, l'on déduit que les prestations ou avantages réciproques sont équivalents, ou tout du moins doivent être « *regardés comme équivalents* », comme le précise l'article 1108 du Code civil à propos des contrats commutatifs²⁰²⁷. Certains auteurs lisent dans cette disposition une véritable présomption d'équivalence²⁰²⁸. Par conséquent, l'article 1108²⁰²⁹, en concordance avec les principes classiques, « *semble se*

²⁰²⁵ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. Phil. Dr.*, t. 26, Sirey, 1981, p. 35.

²⁰²⁶ V. *supra* n° 4.

²⁰²⁷ Il n'en est pas de même pour le contrat d'adhésion qui se conclut par l'acquiescement d'une partie, considérée comme faible, aux clauses contractuelles proposées voire imposées par l'autre. Le postulat de l'égalité des volontés ne s'applique pas et il existe aujourd'hui un mécanisme de contrôle des clauses abusives dans ces contrats posé par l'art. 1171 du C. civil. V. *infra* n° 633.

²⁰²⁸ Denis BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, t. 320, LGDJ, coll. BDP, 1999, n° 20, p. 10.

²⁰²⁹ Qui reprend le contenu de l'ancien art. 1104 du C. civil.

contenter plutôt d'une apparence d'équivalence plus que d'une réelle effectivité de cette équivalence »²⁰³⁰ car il déduit de l'équilibre des volontés l'équilibre des prestations contractuelles. Le juge français se contente de contrôler l'existence de contreparties à travers la notion de cause, puis de contenu du contrat.

506. La notion initiale de cause. L'ancien article 1131 du Code civil exigeait l'existence d'une cause comme condition de formation du contrat²⁰³¹, c'est-à-dire une chose en échange d'une autre. La cause correspond à la « *contrepartie convenue* » par les parties²⁰³². Elle crée une « *interdépendance des prestations qui caractérise le contrat synallagmatique* »²⁰³³ et constitue donc un « *rempart contre le [...] déséquilibre contractuel absolu, c'est-à-dire un engagement souscrit sans contrepartie ou sans contrepartie réelle* »²⁰³⁴. La notion de cause a donné lieu à une production doctrinale très abondante²⁰³⁵ qui montre les controverses dont la cause a pu faire l'objet tant au niveau de sa définition et de ses fonctions que de son utilité même²⁰³⁶. Selon une conception dualiste de la cause, il existe une cause subjective qui fait référence à la raison pour laquelle on contracte, par exemple l'achat d'une maison pour y

²⁰³⁰ Denis BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, t. 320, LGDJ, coll. BDP, 1999, n° 19, p. 9.

²⁰³¹ Ancien art. 1131 C. civil : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

²⁰³² Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 788.

²⁰³³ Philippe SIMLER, « Fasc. 10 : Contrats et obligations. – Cause. – Notion : unité ou dualité ? », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 10 mars 2010, (actu. 1^{er} mars 2016), n° 12.

²⁰³⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 401, p. 450.

²⁰³⁵ V. notam. : Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 1923, Dalloz, p. 3 ; Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; Pierre CATALA, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois*, n° 21, 2008, p. 2365 ; Jean-Pascal CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP G*, n° 29, 1998. I. 152 ; René DAVID, « Cause et consideration », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II., 1960, Dalloz-Sirey, p. 111 ; Michel DÉFOSSEZ, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause de l'obligation », *RTD civ.*, 1985, p. 521 ; Jacques GHESTIN, « En relisant "De la cause des obligations" de Henri Capitant », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 115 ; Jacques GHESTIN, « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP G*, n° 41, 2006. I. 177 ; Jacques GHESTIN, « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP G*, n° 49, 2006. I. 194 ; Jean-Marie GUÉGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.*, 1999, p. 352 ; Xavier LAGARDE, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, *LPA*, n° 70, 2007, p. 6. Sur l'utilité de la théorie de la cause : Xavier LAGARDE « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.*, 2007, chron. 740 ; Basil S. MARKESINIS, « La notion de consideration dans la Common Law. Vieux problèmes et nouvelles théories », *RIDC*, 1983, p. 735 ; Basil. S. MARKESINIS, « Cause and Consideration: A Study in Parallel », *CLJ*, vol. 37, n° 1, 1978, p. 53 ; Raymond MARTIN, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *JCP G*, 1983, I, 3100 ; Jacques MAURY, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RIDC*, n° 3, 1951, p. 485 ; Denis MAZEAUD, « La cause », in *1804-2004. Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p. 451 ; Pierre VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *Rev. crit. jur. Belge*, 1970, p. 328.

²⁰³⁶ V. la doctrine anti-causaliste, présente jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle : Antoine-Nicolas-Joseph ERNST, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions*, Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, 1826, t. 1 ; Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1905, t. II, n° 1037 ; Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, LGDJ, 1957, n° 287.

habiter, et une cause objective qui fait référence à la contrepartie de l'obligation du contractant²⁰³⁷. La cause subjective est donc la cause du contrat et la cause objective la cause de l'obligation. La première a été utilisée par les juges comme outil de moralisation du contrat²⁰³⁸ et la seconde comme outil de garantie d'un « *équilibre minimal* » dans le contrat²⁰³⁹. En effet, elle a d'abord pour vocation à permettre aux juges de s'assurer de la simple existence de la contrepartie dans le contrat synallagmatique, sans égards pour sa valeur²⁰⁴⁰. C'est encore le cas aujourd'hui. Dans un arrêt de 2019, la cour d'appel de Bordeaux²⁰⁴¹ eut à connaître d'un contrat conclu en 2011 portant sur la vente d'une maison à usage d'habitation. Quelques mois après la signature de l'acte authentique, les acquéreurs avaient fait constater par le biais d'une expertise que l'état de l'immeuble était tel qu'il ne permettait pas d'y habiter. L'expertise ayant eu lieu seulement quelques mois après la signature de l'acte, le juge en déduisit que l'état de l'immeuble était nécessairement déjà le même au jour de la vente. Par conséquent, la contrepartie de la vente, à savoir la remise d'une maison à usage d'habitation, était impossible dès la formation du contrat. Le juge prononça donc la nullité de la vente pour absence de cause sur le fondement de l'article 1131 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la réforme du droit des contrats²⁰⁴².

507. La notion moderne de contenu du contrat. À l'occasion de la réforme du droit des contrats, le Rapport présenté 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 obligations²⁰⁴³ précise que : « *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*

²⁰³⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 400, p. 447.

²⁰³⁸ V. *supra* n°s 116s.

²⁰³⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 396, p. 444.

²⁰⁴⁰ Le principe de l'indifférence de l'équivalence des prestations connaît de très nombreuses exceptions en droit français telles que, en ce qui concerne un déséquilibre *ab initio*, la lésion, v. *infra* n° 527, l'abus dans la fixation du prix v. *infra* n° 533 ou encore la sanction de l'engagement disproportionné du débiteur, v. *infra* n° 540, de la sanction des clauses abusives v. *infra* n° 620, et en ce qui concerne un déséquilibre apparu lors de l'exécution, la contrôle judiciaire du prix, v. *infra* n° 585 et la révision pour imprévision v. *infra* n° 714.

²⁰⁴¹ CA Bordeaux, 20 déc. 2019, n° 19/01587.

²⁰⁴² V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 fév. 2021, n° 18/20722 : le contrat d'inscription d'un adolescent dans une école de cascade, souscrit par ses parents, est nul pour absence de cause sur le fondement de l'art. 1131 du C. civil dans la mesure où la participation aux entraînements était subordonnée à la délivrance d'un certificat médical que le médecin traitant de l'adolescent avait refusé de fournir. Or un tel certificat est dépourvu, d'après les médecins experts consultés par les juges, de valeur médicale de telle sorte qu'il existe une « impossibilité juridique » pour le contractant à fournir le certificat demandé. Par conséquent, la cause de l'engagement de l'école faisait défaut, à savoir le certificat, de telle sorte que le contrat était nul pour absence de cause.

²⁰⁴³ *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25.

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 aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion ». L'actuel article 1128 du Code civil a remplacé la notion de cause par celle de contenu du contrat. Néanmoins, si le vocabulaire a changé, il n'en demeure pas moins que le droit français demeure « *causaliste* »²⁰⁴⁴. Le contenu du contrat n'est certes pas défini par le Code civil et a fait l'objet de critiques²⁰⁴⁵, mais le rapport présenté au Président de la République précise : « *L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées* ». L'une de ces fonctions était précisément le contrôle d'un déséquilibre dans le contrat, et le contenu du contrat revêt indéniablement cette même fonction. Il est ainsi possible de dire que « *la nouvelle formulation est loin d'avoir révolutionné la matière* »²⁰⁴⁶. La jurisprudence le confirme. Le nouvel article 1169 dispose : « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » ce qui a permis à la jurisprudence de conserver le contrôle de l'existence d'une contrepartie à travers l'appréciation de la cause. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles²⁰⁴⁷, qui rejeta en l'espèce la nullité pour absence de cause, précisa que « *si la notion de cause comme contrepartie a été supprimée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, elle est maintenue dans certaines de ses fonctions notamment par l'article 1169 du code civil qui dispose qu' "un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire"* ». La fonction à laquelle il est fait référence est celle de l'équilibre minimal des prestations contractuelles qui trouve toujours à s'appliquer à travers l'usage que font les juges du fond du nouvel article 1169 du Code civil.

508. La consideration et la cause. Le droit anglais ne connaît pas la théorie de la cause telle qu'elle s'est développée en droit français²⁰⁴⁸. Néanmoins, « *la notion de consideration est*

²⁰⁴⁴ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 284, p. 245.

²⁰⁴⁵ V. par. ex. : Muriel FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, p. 639 ; Matthieu POUMARÉDE, « Le contenu du contrat (1) », *RDI*, 2016, p. 331.

²⁰⁴⁶ Auteur inconnu, « Art. 1128 - Fasc. unique : Contrat. – Validité du contrat. – Énumérations des conditions », *in JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 19 sept. 2019.

²⁰⁴⁷ CA Versailles, 14^{ème} ch., 3 juin 2021, n° 20/05517.

²⁰⁴⁸ J-P WALTON, « Cause et consideration dans le droit anglais des obligations », *RTD civ.*, 1919, p. 469.

souvent assimilée à la notion de cause du droit français »²⁰⁴⁹. Cette assimilation n'est pas tout à fait opportune notamment car la *consideration* n'a jamais eu vocation à remplir une fonction de moralisation du contrat au contraire de la cause dans sa conception subjective. La *consideration* est un « élément nécessaire à une promesse pour qu'elle devienne contractuelle », autrement dit, elle ne peut être rapprochée que de la conception objective de la cause, à savoir la cause de l'obligation²⁰⁵⁰. En effet, « [la] théorie de la *consideration* est fondée sur l'idée de réciprocité : “quelque chose qui a une valeur aux yeux de la loi” doit être donné pour qu'une promesse devienne contraignante en tant que contrat »²⁰⁵¹. Il faut aussi noter que le droit anglais raisonne en termes de promesses et non d'obligations²⁰⁵². Le contrat n'est pas conçu comme une convention créatrice d'obligations, comme c'est le cas en droit français. Le contrat, dans l'esprit du droit anglais, a pour objet l'échange et l'acceptation de promesses, et l'exécution réciproque constitue l'objet de ces promesses. Les notions d'objet du contrat, entendu en droit français comme le « résultat global »²⁰⁵³ que les parties cherchent à atteindre, et d'objet de l'obligation, désignant en droit français la « prestation due » par le débiteur au créancier, se confondent²⁰⁵⁴.

Plus précisément, à partir du milieu du 15^{ème} siècle, se développa en Angleterre l'idée que ce qui est donné en échange, le paiement, rendait la promesse juridiquement contraignante et le *promisor* susceptible d'être attiré en justice pour non-respect de sa promesse²⁰⁵⁵. La *consideration*, qui désigne la contrepartie, le *quid pro quo*, a donc été conçue comme l'outil qui permettrait de faire la distinction entre les contrats contraignants dont l'inexécution donnait naissance à une action d'*assumpsit*²⁰⁵⁶, et les promesses à titre gratuit, c'est-à-dire dépourvues de contrepartie, faites sans véritable intention de créer un contrat. Le Professeur Mindy CHEN-WISHART précise que de telles promesses à titre gratuit ont une fonction sociale de renforcer les liens de solidarité entre des individus qui ont vocation à s'entraider naturellement au cours de

²⁰⁴⁹ Michael PATCHETT-JOYCE, « Angleterre et Irlande », in René RODIÈRE (dir.), *Objet, cause et lésion du contrat*, A. Pedone, 1980, p. 138.

²⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 138.

²⁰⁵¹ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. Selfridge & Co Ltd, *House of Lords*, 26 avril 1915, [1915] UKHL 1, [1915] AC 847 : « The doctrine of consideration is based on the idea of reciprocity: that “something of value in the eye of the law” must be given for a promise in order to make it enforceable as a contract ».

²⁰⁵² Le terme « obligation » tel qu'il est compris en droit français est étranger au droit anglais. Cela s'explique par l'histoire du droit anglais, cf. René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 72, pp. 52s. V. *supra* n° 26.

²⁰⁵³ Anne-Sophie LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, LGDJ, coll. BDP, 2005, n° 354.

²⁰⁵⁴ Michael PATCHETT-JOYCE, « Angleterre et Irlande », in dir. R. RODIÈRE, *Objet, cause et lésion du contrat*, A. Pedone, 1980, p. 131.

²⁰⁵⁵ V. *supra* n° 5.

²⁰⁵⁶ V. *supra* n° 5

leur relation²⁰⁵⁷. Si était octroyée au *promisee* la possibilité d'agir en justice contre le *promisor*, la solidarité naturelle qui se noue entre certains individus dans certains types de relations serait en péril. Par conséquent, en droit anglais, les contrats à titre gratuits ne sont contraignants que s'ils ont été faits « *by deed* », c'est-à-dire que la volonté de gratifier a été consignée dans un document écrit signée par les parties²⁰⁵⁸. A première vue, la cause et la *consideration* sont similaires en ce qu'elles représentent la contrepartie dans le contrat synallagmatique. Cependant, la cause objective a reçu une interprétation très large en matière de donation, car l'intention libérale constitue la cause objective du donateur. Une telle conception éloigne considérablement la cause et la *consideration* car cette dernière a précisément toujours été conçue comme l'obstacle à la validité des contrats à titre gratuits. Pour cette raison, il est préférable de retenir que « *la cause française diffère substantiellement de la notion anglaise de consideration* »²⁰⁵⁹.

509. Définition et illustration de la *consideration*. La notion de *consideration* a été formellement définie par la doctrine, avec l'approbation des juges anglais, comme « [l]'acte ou l'abstention de l'une des parties, ou la promesse qui en découle, est le prix pour lequel la promesse de l'autre partie est achetée, et la promesse ainsi donnée à titre onéreux est contraignante »²⁰⁶⁰. Dans un arrêt de principe rendu par la *Court of Appeal*²⁰⁶¹, une entreprise avait fait paraître dans plusieurs journaux une annonce selon laquelle elle donnerait 100 livres à toute personne qui utiliserait un de leur médicament trois fois par jour selon les prescriptions indiquées et contracteraient certaines maladies notamment un rhume. Une patiente ayant utilisé le médicament et ayant attrapé un rhume, elle contacta la société qui refusa de payer. La demanderesse agit alors en paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'inexécution du contrat. La question fut alors de savoir s'il y avait effectivement contrat et notamment si la demanderesse avait apporté une *consideration*. La *Court of Appeal* retint l'existence d'une *consideration* au motif que la demanderesse avait effectué la prestation convenue et donc avait

²⁰⁵⁷ Mindy CHEN-WISHART, « In Defence of Consideration », *OUCLJ*, vol. 13, n° 1, 2013, p. 211.

²⁰⁵⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-172, p. 178. V. également *supra* n° 5.

²⁰⁵⁹ Catherine VALCKE, « Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law – An Exercise in Comparative Legal Rhetoric », in *Exploring Contract Law*, (dir. Jason NEYERS), 2008, nbp 18, p. 84 : « [...] *the French cause differs substantially from the English notion of consideration* ».

²⁰⁶⁰ Frederick POLLOCK, *Principles of contract*, Stevens & Sons, 8^{ème} éd., 1911, p. 175, cité par Lord DUNEDIN, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. Selfridge & Co Ltd*, 26 avril 1915, [1915] UKHL 1, [1915] AC 847, n° 855 : « *An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable* ».

²⁰⁶¹ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company, England and Wales Court of Appeal*, 7 déc. 1892, (1892) EWCA Civ 1, (1893) 1 QB 256.

fourni une contrepartie en échange des 100 livres. En l'espèce, l'objet du contrat était constitué par l'exécution de la promesse de contracter un rhume, et cette promesse constituait également l'objet de l'obligation de la demanderesse. La confusion entre objet de l'obligation et objet du contrat est permise en droit anglais par le raisonnement en termes de promesses, et non d'obligation.

510. L'indifférence de l'équivalence des prestations en Angleterre. La doctrine de la *consideration* contient expressément la règle selon laquelle il ne doit pas y avoir contrôle de l'équivalence des prestations. En effet, si une *consideration* doit être présente, elle ne doit pas nécessairement être « *adequate* »²⁰⁶². Autrement dit, le droit anglais ne requiert pas que la contrepartie consentie par l'un des contractants ait la même valeur que la contrepartie consentie par l'autre. Dans le contrôle de l'existence de la *consideration*, les juges ne s'interrogent pas sur l'appréciation de la valeur exacte de la prestation et donc ne se préoccupent pas de déterminer si le contrat conclu est économiquement déséquilibré au détriment de l'une des parties. En effet, les cours « *ne rechercheront pas si le marché entre les parties est juste ou équilibré [car] il appartient aux parties, et non aux juges, d'établir l'équilibre dans leur contrat* »²⁰⁶³. Le droit anglais refuse donc *a priori* clairement au juge le pouvoir d'intervenir dans le contrat pour rééquilibrer les prestations réciproques consenties pour les mêmes raisons que le droit français. Le juge anglais est seulement chargé de constater l'existence d'une chose consentie au cocontractant en échange d'une autre.

Cette approche est bien illustrée par les décisions anglaises dans lesquelles les juges admettent comme constituant une *consideration* des objets de faible valeur voire des objets de valeur « *insignifiante* »²⁰⁶⁴. C'est le cas dans un arrêt de principe rendu par la *House of Lords* en 1960²⁰⁶⁵. La société Nestlé demandait à ses clients qu'ils lui fassent parvenir, en échange d'un gramophone, un *schilling*, ainsi que trois emballages de barres chocolatées. La société refusant de livrer le gramophone, une cliente agit en vue d'obtenir l'exécution du contrat. Les juges retinrent qu'en dépit de leur caractère dérisoire, les emballages vides constituaient une part de la contrepartie de la prestation due par le client et que, si elle était reçue, la société était

²⁰⁶² Haigh v. Brooks, *Court of the Queen's Bench*, 1^{er} janv. 1839, (1840) 10 A. & E. 309, 113 Eng. Rep. 119 ; Wild v. Tucker, *High Court of Justice (King's Bench Division)*, 9 avril 1914, [1914] 3 K.B. 36.

²⁰⁶³ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 121.

²⁰⁶⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-031, p. 95.

²⁰⁶⁵ Chappell & Co Ltd v. Nestlé Co Ltd, *House of Lords*, 18 juin 1959, (1960) A.C. 87.

dans l'obligation d'exécuter sa propre prestation. Au sujet de l'absence d'équivalence de valeur des promesses échangées, un juge précisa : « *Un grain de poivre ne cesse pas d'être une consideration valable s'il est établi que le bénéficiaire de la promesse n'aime pas le poivre et qu'il jettera la grain* »²⁰⁶⁶. De même, dans un arrêt rendu en 1842²⁰⁶⁷, une épouse avait conclu un contrat avec les exécuteurs testamentaires de son mari qui avait exprimé le souhait que sa veuve demeure dans sa maison après son décès. L'épouse avait alors accepté la jouissance de la maison en échange de la somme d'une livre sterling par an et à condition qu'elle la maintienne en bon état. Les juges ont estimé qu'il s'agissait d'une *consideration* suffisante. De façon similaire, en droit français, une contrepartie qui n'est pas équivalente à celle reçue ne permet pas au juge de remettre en question le contrat pour absence de cause. Dans un arrêt du 4 juillet 1995²⁰⁶⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel « [avait] justement déduit que, même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause ». En droit français comme en droit anglais, il suffit donc, pour former un contrat, qu'il y ait des obligations réciproques sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient de valeur identique.

Ni la cause ni la *consideration* n'ont donc en principe pour vocation de permettre aux juges d'intervenir en vue d'assurer l'équivalence des prestations contractuelles. En revanche, elles ont indéniablement toutes les deux pour objectif de permettre au juge de contrôler, au titre d'une forme *a minima* d'équilibre contractuel, l'existence d'une contrepartie.

B) L'exigence commune de l'existence d'une contrepartie comme garantie d'un équilibre contractuel minimal

511. La réciprocité. La *consideration*, comme la cause, font appel à l'idée de réciprocité : une promesse ne sera valide et donc ne permettra la formation d'un contrat que si « *quelque chose ayant de la valeur aux yeux du droit* »²⁰⁶⁹ est donné au premier contractant par l'autre et vice versa. Plus précisément, la *consideration* a été définie dans l'arrêt *Currie*²⁰⁷⁰ comme « *un droit, un intérêt, un bénéfice ou un avantage pour une partie, soit en une*

²⁰⁶⁶ Lord SOMERVELL OF HARROW *in ibid.*, p. 11 : « *A peppercorn does not cease to be good consideration if it is established that the promisee does not like pepper and will throw away the corn* ».

²⁰⁶⁷ Thomas v. Thomas, *Court of Queen's Bench*, 5 fév. 1842, (1842) 2 Q.B. 851.

²⁰⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *D.*, 1997, p. 206 A.-M. LUCIANI ; *D.*, 1996, p. 11, G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1995, p. 881 J. MESTRE ; *RTD com.*, 1996, p. 315, B. BOULOC ; *CCC*, 1995, comm. 181, note L. LEVENEUR : à la suite d'une erreur d'étiquetage, la bague achetée avait été acquise pour un prix inférieur à sa valeur véritable.

²⁰⁶⁹ Thomas v. Thomas, *Court of Queen's Bench*, 5 fév. 1842, (1842) 2 Q.B. 851.

²⁰⁷⁰ Currie v. Misa, *Exchequer Chamber*, (1875) L.R. 10 Ex. 153.

abstention, un préjudice, une perte ou une responsabilité donnée, subie ou assumée par l'autre partie »²⁰⁷¹. En pratique, le plus souvent, cette perte et cet avantage sont en réalité la même chose envisagée sous des angles différents. Ainsi, le paiement effectué par l'acheteur constitue une *consideration* en échange de la promesse du vendeur de livrer la chose et peut être perçu comme une perte subie par l'acquéreur ou un avantage consenti au vendeur²⁰⁷². Cette définition a cependant suscité des difficultés et des critiques²⁰⁷³, mais l'élément de réciprocité n'a jamais été remis en question. Or le contrôle de la réciprocité par le juge permet de garantir l'existence d'un équilibre contractuel minimal.

512. La contrepartie, garantie d'un équilibre contractuel minimal. La cause comme la *consideration* garantissent toutes les deux un équilibre minimal des prestations contractuelles. Elles fixent un seuil d'équilibre indispensable dans tout contrat synallagmatique dans lequel « *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »²⁰⁷⁴ à titre onéreux²⁰⁷⁵. En effet, il s'agit simplement pour le juge de constater la présence ou l'absence de contrepartie, et non pas de l'évaluer ce qui supposerait de sa part une démarche différente. Son travail serait, d'une part, plus complexe puisqu'il serait question d'apprécier la valeur d'une prestation et la comparer à celle promise en échange et, d'autre part, cela constituerait une démarche plus interventionniste. La cause et la *consideration*, en ce qu'elles sont synonymes de contrepartie, garantissent une forme d'« *équilibre minimal* »²⁰⁷⁶ du contrat en ce que ne sont valablement formés des contrats comportant un certain degré de réciprocité dans les obligations

²⁰⁷¹ Justice LUSH in *Currie v. Misa, Exchequer Chamber*, (1875) L.R. 10 Ex. 153 : « *A valuable consideration is a sense of law which may consist either in some right, interest, profit or benefit occurring to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other* ».

²⁰⁷² Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-007, p. 81.

²⁰⁷³ La définition traditionnelle de la *consideration* telle que posée par l'arrêt *Currie* a parfois été considérée comme insuffisante notamment car il semble étrange, alors que les deux parties comptent *a priori* tirer un bénéfice du contrat, que les juges admettent qu'une perte subie par une partie constitue une contrepartie suffisante. Une autre définition a été proposée par Sir Frederick POLLOCK qui précise que l'acte ou l'abstention par une partie, ou la promesse d'un acte ou d'une abstention, est « *le prix auquel la promesse (du cocontractant) est achetée. La promesse ainsi donnée comme élément de valeur lie les contractants* », cf. Frederick POLLOCK, *Principles of Contract*, 13^{ème} éd, p. 133, cité par Edwin PEEL, *op. cit.*, n° 3-007, p. 81. Une telle définition exclut elle-aussi toute mise en balance des prestations. En conséquence, elle conforte l'idée selon laquelle la *consideration* est un mécanisme d'équilibre des prestations minimal à travers le contrôle de la simple existence d'une contrepartie. Cette définition est celle retenue dans l'arrêt *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge & Co Ltd* et constitue aujourd'hui la conception généralement retenue, cf. René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 134, p. 98.

²⁰⁷⁴ Art. 1106 C. civil.

²⁰⁷⁵ Contrat dans lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* », cf. art. 1107 C. civil.

²⁰⁷⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 395, p. 444.

contractuelles. Cet équilibre minimal est assuré par le juge qui contrôle l'existence de la contrepartie comme élément de formation du contrat. Dans les contrats synallagmatiques tels qu'ils sont connus du droit français, la question de prestations réciproques se comprend facilement : « *la cause de l'obligation de chacune des parties résidait en effet dans l'objet de l'obligation de l'autre* »²⁰⁷⁷.

513. La sanction de l'absence d'équilibre minimal. La cause et la *consideration* sont toutes les deux des conditions de formation de ces contrats. En conséquence, l'absence de cause ou de *consideration* entache l'acte juridique de nullité, autrement dit, la disparition rétroactive de l'acte juridique pour défaut d'une condition de formation. Le contrat est nul en droit français, *void* en droit anglais. La sévérité de la sanction reflète l'importance du mécanisme utilisé. L'existence d'une contrepartie est indispensable à la formation du contrat : le déséquilibre qu'il y aurait dans un contrat où l'un des contractants fait ou donne quelque chose pour ne rien recevoir est considéré comme si intolérable qu'il est impensable que le contrat voie le jour.

Si le refus initial de l'immixtion judiciaire dans le contenu du contrat est commun au droit français et au droit anglais, ce principe a connu un infléchissement dans les deux systèmes.

§ 2 - L'inégale constance du refus de l'immixtion judiciaire dans le contenu contractuel

514. Une extension inégale du contrôle judiciaire. La préoccupation de l'équilibre des prestations a justifié, en France comme en Angleterre, d'octroyer aux juges un pouvoir élargi de contrôle de l'équivalence des contreparties (A). En revanche, le juge français dispose d'outils d'intervention supplémentaires par rapport au juge anglais (B).

A) L'élargissement inégal du contrôle judiciaire de l'équivalence

515. L'élargissement du contrôle en France. Les juges français ne se contentent pas toujours de constater l'existence de la contrepartie à travers les notions de contenu et de cause. Ils ont parfois élargi ces notions afin de contrôler l'équivalence de valeur des prestations. En revanche, le juge anglais demeure fidèle à la tradition de ne pas contrôler cet élément (1). La sanction des clauses abusives issues du droit de l'Union permet aux juges nationaux de conclure à l'anéantissement du contrat dans certains cas (2).

²⁰⁷⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 408, p. 459.

1) L'élargissement inégal de la cause et de la *consideration*

516. La cause comme outil d'intervention judiciaire. La contrepartie dérisoire a pu être analysée par les juges comme une absence de cause susceptible de rendre nul le contrat sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil²⁰⁷⁸. En effet, le droit français exige que le prix soit sérieux, autrement dit qu'il ne soit pas dérisoire²⁰⁷⁹. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 septembre 2011²⁰⁸⁰, a estimé que « *la cour d'appel [avait] retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause* ». De même, dans un arrêt rendu le 23 octobre 2007²⁰⁸¹, la Cour précise que « *la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité [...] fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat* ». La troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt rendu le 20 décembre 1971²⁰⁸², « *que l'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée* », implique « *la stipulation d'un loyer sérieux* ». La contrepartie dérisoire stipulée dès la formation du contrat est assimilée à une absence de contrepartie. La cause insuffisante équivaut à une absence de cause qui rend le contrat nul²⁰⁸³. La faible contrepartie n'équivaut en revanche pas à un prix dérisoire. Par exemple, lorsque suite à une erreur d'étiquetage une bague est vendue au prix de 101 000 francs alors que sa valeur réelle était 460 000 francs, c'est à bon droit que le juge du fond retient que la contrepartie n'est pas dérisoire²⁰⁸⁴. Le juge du fond, tenu de contrôler l'existence d'une cause, doit dès lors, contrôler dans une certaine mesure le caractère sérieux et suffisant de la contrepartie afin de déterminer la validité du contrat.

²⁰⁷⁸ « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

²⁰⁷⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris : Dalloz, 2022, 13^{ème} éd., n° 410, p. 462.

²⁰⁸⁰ Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *D.*, 2012, p. 459, S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2011, p. 2711, D. MAZEAUD ; *RDI*, 2011, p. 623, M. POUMARÈDE ; *LPA*, 2012, n° 9, p. 8, A.-S. LOUIS-PUGET ; *RDC*, n° 1, 2012, p. 45, É. SAVAUX ; *LPA*, n° 242, 2012, p. 15, D. SINDRES ; *LEDIU*, n° 10, 2011, p. 7, B. VIAL-PEDROLETTI ; *LEDC*, n° 10, 2011, p. 6, M. LATINA ; *Constr. – Urb.*, n° 11, 2011, comm. 160, C. SIZAIRE ; *CCC*, n° 12, 2011, comm. 252, L. LEVENEUR ; *Loyers et Copr.*, n° 11, 2011, comm. 285, B. VIAL-PEDROLETTI ; *JCP N*, n° 1, 2012, 1001, B. WALTZ ; *JCP G*, n° 3, 2012, doct. 63, Y.-M. SERINET.

²⁰⁸¹ Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ.* IV, 2007, n° 226 ; *D.*, 2008, p. 954, G. CHANTEPIE ; *AJDI*, 2008, p. 795, F. COHET-CORDEY ; *RTD com.*, 2008, p. 408, B. BOULOC ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 234, T. GENICON ; *LPA*, n° 26, 2008, p. 6, D. HOUTCIEFF ; *BJS*, n° 2, 2008, p. 90, A. COURET ; *Defrénois*, n° 24, 2007, p. 1729, R. LIBCHABER ; *CCC*, n° 3, 2008, 65, L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 9, 2008, comm. 1281, H. LÉCUYER ; *JCP G*, n° 6, 2008, 10024, N. ROGET ; *Dr. des soc.*, n° 12, 2007, comm. 209, H. LÉCUYER ; *JCP G*, n° 47, 2007, 3123, M.-C. ROUAULT ; *JCP E*, n° 48, 2007, 2476 ; *JCP N*, n° 46, 2007, act. 727.

²⁰⁸² Civ. 3^{ème}, 20 déc. 1971, n° 70-13540, *Bull. civ.* III, 1971, n° 644.

²⁰⁸³ Civ. 3^{ème}, 11 fév. 2014, n° 12-25756, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 184, 2014, p. 15, D. HOUTCIEFF.

²⁰⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ.* I, 1995, n° 303, p. 212, *Bull. civ.* I, 1995, n° 303, p. 212, *D.*, 1997, p. 206 A.-M. LUCIANI ; *D.*, 1996, p. 11, G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1995, p. 881 J. MESTRE ; *RTD com.*, 1996, p. 315, B. BOULOC ; *CCC*, 1995, comm. 181, note L. LEVENEUR.

517. La nullité pour vileté du prix et la lésion. La nullité pour vileté du prix sanctionnée par la cause se rapprocherait alors de la lésion, dont le but est précisément de vérifier, non pas l'existence des contreparties, mais leur équivalence²⁰⁸⁵. La difficulté qui se pose au regard de cette tendance jurisprudentielle est donc l'identité de la lésion et de la cause lorsque cette dernière est utilisée pour permettre au juge d'annuler la vente à vil prix. La lésion est posée par l'article 1168 du Code civil comme un mécanisme exceptionnel d'intervention du juge pour sanctionner le déséquilibre entre les prestations contractuelles : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* »²⁰⁸⁶. Par conséquent, la lésion, « *préjudice très particulier subi par l'un des contractants du fait du déséquilibre existant, à la formation du contrat, entre les prestations* »²⁰⁸⁷, ne permettra que rarement au juge d'intervenir dans le contrat.

518. L'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie. L'expression « *vileté du prix* » n'est pas anodine. L'adjectif vil permettait de qualifier une chose ou une attitude qui a une très faible valeur²⁰⁸⁸. Un tel jugement est délicat à opérer pour le juge qui n'annulera donc que les contrats dans lesquels le déséquilibre est flagrant. La question est alors de savoir où se situe le seuil du déséquilibre, à partir de quel moment le prix devient vil. Le juge évalue donc la valeur de la prestation ; il ne s'agit plus pour lui de seulement constater son existence.

Dans un arrêt rendu en 2021 par la cour d'appel de Bordeaux²⁰⁸⁹, les juges eurent à connaître d'un compromis de vente portant sur des parcelles de terrain constructible pour un prix total de 3 500 euros. L'acquéreur assigna les vendeurs en vente forcée des terrains. Les vendeurs tentèrent de faire valoir la vileté du prix. La cour d'appel précisa que « *[l]a vileté du prix doit s'entendre d'un prix dérisoire ou inexistant* ». Le juge constata que les vendeurs avaient déjà vendu des parcelles similaires pour des prix d'environ 2 500 euros pour environ sept ares de terrain et d'environ 1 400 euros pour trois ares et demi. Le juge se fonda sur cette comparaison et en déduisit que le prix convenu en l'espèce de 3 500 euros ne pouvait être

²⁰⁸⁵ Philippe JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Thèse, Université Paris I, 2002, dactyl., n° 438, p. 406.

²⁰⁸⁶ Reprend l'ancien art. 1118 C. civ : « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* ».

²⁰⁸⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 427, p. 488.

²⁰⁸⁸ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874, sens 1 [En ligne] <https://www.littre.org/definition/vil> (page consultée le 27/09/2022)

²⁰⁸⁹ CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 17 juin 2021, n° 18/03193.

déclaré dérisoire de telle sorte que la demande devait être rejetée. Un produit en croix réalisé avec le prix et la superficie de la première vente permet d'obtenir un prix d'environ 5 000 euros et un prix de 5 400 pour la seconde vente. L'écart avec le prix en l'espèce n'est que d'environ 1 500 euros ce qui peut sembler insuffisant pour déclarer le prix vil. Néanmoins, le juge ne précise pas avoir fait le calcul. Il rappela que « *le caractère dérisoire du prix doit s'apprécier au jour de la vente soit en l'espèce à la date du compromis* », de sorte que l'évaluation établie ultérieurement par l'expert ne pouvait servir de référence. Le juge apprécie le caractère sérieux du prix au moment de la conclusion du contrat car la clause est une condition de formation du contrat. En outre, le caractère sérieux s'apprécie par rapport à l'ensemble contractuel²⁰⁹⁰.

519. La limite de l'aléa. L'existence d'un aléa empêche le juge de retenir la vileté du prix. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²⁰⁹¹, eut à connaître d'un contrat de coproduction d'un film conclu entre deux sociétés de production. La convention fixait les modalités de leur collaboration et octroyait notamment une option d'achat en faveur d'une des sociétés, portant sur la quote-part de droits et produits détenus par l'autre société. Le bénéficiaire de l'option fit valoir son droit pour un prix d'environ 12 000 euros selon le calcul prévu par le contrat. Le cocontractant refusa de considérer que ses droits avaient été cédés, précisant qu'eu égard au succès du film, classé le plus rentable de l'année 2014, le prix de l'option d'achat est dérisoire. Le contractant fit valoir un rapport d'un expert judiciaire dans les domaines du cinéma et de la télévision selon lequel la quote-part sur les droits du film pouvait être évaluée à une somme d'environ 162 000 euros. Il ajouta en outre que le calcul prévoyait que plus le film générait de recettes, dont le cocontractant percevait une partie, moins le prix de l'option d'achat était élevé. Or il aurait, selon le contractant, dû augmenter lorsque le film été particulièrement rentable ce qui était précisément le cas en l'espèce. La cour réfute l'existence d'une vileté du prix pour plusieurs raisons. L'argument principal réside dans le caractère aléatoire de la clause relative à l'option d'achat : le prix de l'option d'achat dépendait du montant des recettes perçues, lequel dépendait du succès du film qui n'était pas connu au moment de la conclusion du contrat. La clause était donc aléatoire au sens du second alinéa de l'ancien article 1104 du Code civil²⁰⁹². Les deux parties avaient connaissance du risque de perte

²⁰⁹⁰ CA Montpellier, ch. com., 23 mars 2021, n° 18/04187 : la clause stipulant le prix s'insérait dans un ensemble contractuel comprenant une cession de part sociales et un contrat de bail formant un tout indivisible et procurant au vendeur un avantage réel. Par conséquent, le prix n'était pas dérisoire.

²⁰⁹¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 1 juin 2021, n° 19/09537.

²⁰⁹² « *Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ».

ou de gain généré par une telle clause. Le rapport de l'expert établi sur la base de données connues, à la suite du succès du film, ne pouvait être pris en compte. Le juge ajoute que le contractant avait activement participé à la rédaction du contrat, et particulièrement était l'auteur de la clause litigieuse. Dans de telles circonstances, il ne pouvait donc se plaindre de sa rédaction malheureuse.

Dans un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon²⁰⁹³, les juges eurent à connaître d'un compromis de vente au prix payable sous la forme d'un viager avec un bouquet de 28 000 euros et une rente annuelle viagère de 4 200 euros payable d'avance par mensualités jusqu'au décès des deux époux vendeurs. Ces derniers, âgés de 83 et 64 ans au moment de la vente, s'étaient réservé un droit d'usage et d'habitation durant leur vie. Au décès de l'un des époux, ses ayants-droits agirent en vue d'obtenir la nullité de la vente sur le fondement du caractère dérisoire du prix. Ils précisèrent notamment que la rente et le bouquet étaient très inférieurs aux montants qu'aurait générés le placement de la somme correspondant à la valeur vénale du bien grevé d'un droit d'usage et d'habitation viager. La cour d'appel exposa son raisonnement de façon détaillée. Elle précisa que *« lorsque le vendeur s'est réservé la jouissance du bien vendu, l'appréciation du caractère sérieux du prix se fait par comparaison entre le montant de la rente et l'intérêt que procurerait le capital représenté par la propriété grevée de cette réserve »*. Elle se livra à une évaluation du droit d'usage et d'habitation à hauteur de 1 000 euros qu'elle multiplia par le nombre d'années égales à l'espérance de vie des vendeurs²⁰⁹⁴ et par le nombre de douze mois. Elle fit la soustraction de cette somme et du montant du bouquet au montant de la valeur du bien immobilier. Au résultat, environ 50 000 euros, fut appliqué un taux hypothétique d'intérêts de cinq pour cent ce qui aboutit à un revenu annuel d'environ 3 000 euros, inférieur à la rente versée. En conséquence, la cour retint le caractère sérieux du prix et déboute les héritiers de leur demande en nullité.

La demande d'annulation sur le fondement de la vileté du prix est susceptible de se heurter à de nombreux obstacles. Outre la prescription quinquennale de l'action²⁰⁹⁵, il arrive régulièrement que le demandeur ne mette pas forcément le juge en mesure de constater la vileté

²⁰⁹³ CA Lyon, 1^{ère} ch. civ. B, 23 fév. 2021, n° 17/06834.

²⁰⁹⁴ La cour retient espérance de vie de quinze ans, ce qui est généreux considérant l'âge avancé de l'époux qui était en réalité seul propriétaire du bien. La cour effectue également le calcul avec une espérance de vie de dix ans et obtient un résultat équivalent à la rente ; elle en conclut que le prix était sérieux.

²⁰⁹⁵ CA Bastia, ch. civ., 1^{ère} section, 19 mai 2021, n° 19/00796 : *« l'action en nullité d'un contrat pour vileté du prix, qui ne tend qu'à la protection de l'intérêt privé du vendeur, relève du régime des actions en nullité relative et se prescrit par cinq ans, conformément aux dispositions de l'article 1304 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 »*.

du prix. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Agen en 2020²⁰⁹⁶, les juges eurent à connaître d'un contrat de vente en nue-propriété pour la somme d'environ 61 000 euros. L'ayant-droit du vendeur se contentait de faire référence à une valeur locative qu'elle fixait unilatéralement à 450 euros et versa aux débats des photographies de l'immeuble, « *sans expliquer en quoi cette seule valeur, à la supposer pertinente, permettrait de remettre en cause le prix de vente de la nue-propriété* ». Ces éléments ne permettaient pas au juge de constater la vileté du prix : la demande est à juste titre rejetée²⁰⁹⁷.

Le juge reconnaît parfois la vileté du prix dans les décisions étudiées²⁰⁹⁸. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2020²⁰⁹⁹, les juges se prononcèrent sur un contrat de bail conclu entre deux associations culturelles ayant décidé de soumettre leur contrat aux règles du bail commercial. Le loyer stipulé était de douze euros mensuels. La cour rappela que la stipulation d'un loyer était une condition de validité du bail, commercial ou ordinaire. Elle ajouta que « *s'il peut être modique ou comporter des prestations en nature, ne doit être jamais être vil, faute de quoi le bail est dépourvu de cause* ». Or en l'espèce, l'ampleur des biens mis à disposition, à savoir le bâtiment principal d'une surface de 1 500 mètres carrés, un atelier, un hangar et un terrain suggérait que le loyer devait être plus substantiel. En outre, la cour considéra que le seul fait qu'une clause du bail mît à la charge du preneur toutes les réparations, mêmes les plus grosses²¹⁰⁰, ne dispensait pas les parties de stipuler un véritable loyer en contrepartie de la remise de l'immeuble. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence²¹⁰¹, le juge eut à connaître d'un acte de promesse de vente stipulant un prix d'environ 126 000 euros. Le juge examina en l'espèce les offres d'achat faites au vendeur ultérieurement à la conclusion de la promesse de vente, une fois qu'un architecte ait confirmé la constructibilité

²⁰⁹⁶ CA Agen, 1^{ère} ch. civ., 25 mai 2020, n° 17/01450.

²⁰⁹⁷ V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 26 mai 2020, n° 17/14551 : s'agissant d'un contrat de cession de parts sociales. La cour d'appel rejeta la demande car les parties n'apportaient pas la preuve de la valeur vénale des parts cédées et les « concessions réciproques » consenties par les parties et mentionnées dans le contrat de cession n'étaient pas explicitées de telle sorte qu'il était impossible de savoir si le prix avait été fixé en faveur du cédant ou du cessionnaire. La cour n'était pas en mesure de constater la vileté du prix ; elle ajouta en outre que la somme reçue par le cédant était deux fois celle du capital qu'il avait initialement investi ce qui indiquait une absence de vileté.

²⁰⁹⁸ Une recherche menée sans limite de date avec l'ancien art. 1131 du C. civil dans sa rédaction antérieure à la réforme du 10 février 2016 et les mots clés « vileté », « prix », « cause », « contrat » a rendu deux cent trente-cinq résultats. Sur douze décisions étudiées en détail, cinq concluent à la vileté du prix ; six à l'absence de vileté ; une déclare l'action prescrite.

²⁰⁹⁹ CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 3 juin 2020, n° 18/20312 :

²¹⁰⁰ Cela était autorisé avant l'entrée en vigueur de la loi « PINEL », loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises *JORF* n° 0140 du 19 juin 2014, texte n° 1, qui a donné lieu à l'art. R. 145-35, 1°, du C. de commerce. Une telle clause constituait en réalité une clause usuelle dans les baux commerciaux.

²¹⁰¹ CA Aix-en-Provence, ch. 1-1, 5 janv. 2021, n° 19/16719.

de la parcelle. Les sommes proposées aux vendeurs étaient situées entre 600 000 et un million d'euros. Le juge précisa qu'il « *ressort de ces éléments concordants que le prix proposé [par le promettant] n'est ni réel, ni sérieux* » et annula la promesse de vente. La référence à des offres formulées par des professionnels de la construction semble pertinente pour établir le caractère vil du prix proposé par l'acquéreur non-professionnel. L'écart entre les sommes ne laissait aucun doute sur le caractère déséquilibré du contrat.

520. La sanction de la fraude. La vileté du prix stipulé dans une vente avec faculté de rachat²¹⁰² est un indice²¹⁰³ de l'existence d'un pacte comissoire illicite²¹⁰⁴. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Nîmes en 2021²¹⁰⁵, un contrat de vente avec faculté de rachat portait sur la résidence principale des époux vendeurs qui ne purent exercer la faculté de rachat avant le terme prévu. Ils agirent en vue de voir reconnaître la vileté du prix. La cour rappela que le critère est celui de la vileté du prix stipulé par rapport à la valeur de l'immeuble. En l'espèce, le prix de vente était de 245 000 euros et la valeur vénale du bien de 320 000 euros. Le juge précisa que, selon l'usage, la vente avec faculté de rachat justifie une minoration de la transaction de quinze pour cent dès lors que le bien est occupé ce qui était le cas en l'espèce. Le juste prix aurait alors été de 315 000 euros. Le juge précisa que le prix stipulé était donc « *faible au regard des valeurs du marché, mais compatible avec l'équilibre de la transaction, excluant ainsi la fraude alléguée* »²¹⁰⁶. Par conséquent, le prix n'était pas vil et la demande des époux fut rejetée.

Le caractère très élevé du coût de la faculté de rachat peut quant à lui être l'indice d'un prêt usuraire²¹⁰⁷, interdit par l'article L. 314-6 du Code de la consommation²¹⁰⁸. Dans un arrêt

²¹⁰² Prévues aux art. 1659s du C. civil, la vente avec faculté de rachat, aussi appelée vente à réméré, est un « *pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement* » des dépenses occasionnées par l'acquéreur.

²¹⁰³ Avec la relocation immédiate au vendeur et la fréquence des achats à réméré effectués par la même personne, cf. CA Nîmes, 2^{ème} ch. civ., section A, 14 janv. 2021, n° 19/00815.

²¹⁰⁴ « *Clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur qu'il deviendra propriétaire de la chose gagée ou hypothéquée en cas de non-paiement* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 764. Or un vil prix indique que le propriétaire se déleste de son bien immobilier pour un prix dérisoire qu'il pourra facilement repayer.

²¹⁰⁵ CA Nîmes, 2^{ème} ch. civ., section A, 14 janv. 2021, n° 19/00815.

²¹⁰⁶ V. dans le même sens : CA Nîmes, 2^{ème} ch. civ., section A, 12 nov. 2020, n° 19/02669.

²¹⁰⁷ Art. L. 314-6 C. conso. : « *Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier [...]* »

²¹⁰⁸ Ancien art. L. 313-1 du C. conso, abrogé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016.

rendu par la cour d'appel de Paris en 2020²¹⁰⁹, les juges eurent à connaître d'une vente avec faculté de rachat, conclue au prix de 60 000 euros environ pour un bien estimé à 135 000 euros. Le vendeur avait déclaré exercer la faculté de rachat par le paiement du prix fixé à 96 000 euros. La cour rappela que les parties sont en principe libres de convenir d'un prix de rachat supérieur au prix de vente. Elle nota en revanche qu'en l'espèce, le prix de rachat était « *très supérieur au prix de vente [...] lui-même très en dessous de la valeur du bien* ». Elle en déduit que le prix de vente avait été fixé exclusivement en fonction du besoin de financement de la vendeuse ce qui indique que l'opération était un prêt. En outre, le taux du prêt était usuraire, puisque l'opération conduisait à rémunérer à hauteur de 35 000 euros le financement accordé à la vendeuse pour une durée de vingt-et-un mois. Une telle opération s'apparentait à un prêt à un taux usuraire illicite²¹¹⁰.

521. La *consideration* comme outil mesuré de l'intervention judiciaire. En Angleterre, le refus de prendre en compte la valeur de la prestation promise en échange n'est pas aussi net que le laisse penser l'attachement du juge anglais à la liberté contractuelle. La règle selon laquelle « *consideration need not be adequate* » semble se heurter à une autre règle de la doctrine de la *consideration*. En effet, si le droit anglais n'exige pas que la *consideration* soit « *adequate* », c'est-à-dire que les prestations ne doivent pas nécessairement être équivalentes, il exige néanmoins que la *consideration* ait une certaine valeur²¹¹¹. Une prestation ou promesse ne constituera une *consideration* que si « *la loi lui reconnaît une certaine valeur économique. Elle doit avoir une valeur même si celle-ci ne peut être précisément quantifiée* »²¹¹². Dans un arrêt rendu en 1833²¹¹³, les juges furent saisis d'une affaire dans laquelle un père léguait dans son testament une certaine somme à l'un de ses fils et promettait de ne pas en réclamer le remboursement si ce dernier « *cess[ait] à l'avenir de se plaindre de n'avoir pas été traité aussi bien que ses frères* ». Le juge considéra que le fils n'avait « *pas le droit de se plaindre de toutes façons car le père pouvait effectuer la distribution de sa propriété comme il l'entendait* ». En conséquence, la promesse de ne pas se plaindre ne pouvait constituer une *consideration* car elle n'avait aucune valeur économique. Un auteur, commentant cet arrêt, ajoute que la *consideration* ne peut être « *jugée [que] trop vague, notamment car elle n'est pas*

²¹⁰⁹ CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 19 juin 2020, n° 18/20600.

²¹¹⁰ V. dans le même sens : CA Paris, 19 juin 2020, n° 18/206007.

²¹¹¹ « *Consideration must be of some value* », cf. White v. Bluett, *Exchequer Chamber*, (1833) 23 L.J. Ex. 36 ; Thomas v. Thomas, *Court of Queen's Bench*, 5 fév. 1842, (1842) 2 Q.B. 851.

²¹¹² Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 3-027, p. 93.

²¹¹³ White v. Bluett, *Exchequer Chamber*, (1833) 23 L.J. Ex. 36.

appréciable en termes monétaires »²¹¹⁴. Une telle remarque laisse penser que l'évaluation des prestations se fait nécessairement en termes économiques ce qui peut sembler, à première vue, plus raisonnable et plus facile à mettre en œuvre pour le juge. Du point de vue de l'équilibre du contrat, il faut noter que la *consideration* demeure strictement un outil d'équilibre minimal du contrat. La contrepartie promise doit simplement avoir une valeur économique sans que cette valeur soit évaluée précisément par le juge et comparée à celle de la prestation réciproque.

522. Les *unconscionable bargains*. L'absence d'équivalence économique entre les prestations réciproques, autrement dit une « *inadequate consideration* », ne peut en principe justifier l'annulation du contrat en droit anglais²¹¹⁵. Cependant, les juges anglais ont développé, à travers les règles d'*Equity*, un mécanisme leur permettant, de façon très exceptionnelle, de sanctionner les contrats présentant un écart important entre les prestations réciproques des contractants, à condition que l'un des contractants se soit retrouvé dans une position de particulière faiblesse vis-à-vis de l'autre. Ces contrats sont nommés « *unconscionable bargains* ». Par exemple, dans un arrêt de 1787 de la *Court of Chancery*²¹¹⁶, un homme vivant dans la pauvreté avait reçu en héritage une propriété valant 1 700£, qu'il vendit pour 200 guinées, soit à l'époque 210£. Il obtint l'annulation du contrat par le tribunal, au motif qu'un tel contrat avait été « *conclu de façon inappropriée* »²¹¹⁷. En effet, le juge retint que le vendeur avait été surpris par cette soudaine fortune et n'était pas en mesure de défendre ses intérêts, n'ayant eu, au moment de la conclusion du contrat, aucun moyen de connaître la vraie valeur de sa propriété. La conduite de l'acquéreur était *unconscionable* dans la mesure où il a exploité la faiblesse du vendeur pour en retirer un avantage²¹¹⁸. Par conséquent, le premier critère de *l'unconscionable bargain* réside dans la conduite malhonnête de l'un des contractants, et non dans l'inadéquation des prestations²¹¹⁹. Dans un arrêt de 2009²¹²⁰, la *High Court of Justice* eut à connaître d'une convention conclue entre un mineur et un syndicat, *The Union of Democratic*

²¹¹⁴ René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 129.

²¹¹⁵ V. *supra* n° 510.

²¹¹⁶ Evans v. Llewellyn, *Court of Chancery*, 5 mars 1787, 29 E.R. 1191.

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 1194.

²¹¹⁸ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 10-046, p. 529.

²¹¹⁹ En ce sens, l'*unconscionable bargain* est à première vue très semblable à l'*undue influence*, v. sur cette notion *infra* n°s 91s. Cependant, l'*undue influence* repose sur des hypothèses très précises d'influence d'un des contractants sur l'autre partie, ce qui rend sa reconnaissance très rare. Par conséquent, la notion d'*unconscionable bargain* permettrait de sanctionner certaines hypothèses qui échappent au champ d'application de l'*undue influence*.

²¹²⁰ Strydom v. Vendside Ltd, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 18 août 2009, [2009] EWHC 2130 (QB).

Mine Workers, détenant une société de gestion des sinistres, selon laquelle le mineur devrait verser au syndicat une certaine somme, si sa demande portée devant le tribunal par le syndicat était accueillie. Le client souhaitait obtenir la réparation de son préjudice corporel causé par le syndrome de Raynaud²¹²¹ contracté à l'occasion de son travail. En parallèle, en raison du nombre grandissant de salariés concernés par ce syndrome et de demandes en réparation soumises aux tribunaux, un programme gouvernemental octroyait aux syndicats une certaine somme, à condition qu'il soit fait droit à la demande par la juridiction. En l'espèce, le syndicat avait reçu les honoraires payés par le salarié ainsi que par le gouvernement. Le mineur agit alors en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées, prétendant que le contrat conclu avec le syndicat était un *unconscionable bargain*, dans la mesure où le syndicat avait été payé deux fois pour le même travail et aurait dû faire connaître l'existence du programme gouvernemental. Le tribunal de première instance avait rejeté la demande et la *High Court of Justice* confirma cette décision. Elle précisa que, pour qu'un juge reconnaisse l'existence d'un *unconscionable bargain*, il fallait qu'une partie « ait été désavantagée d'une manière ou d'une autre par rapport à l'autre partie, que cette dernière ait exploité ce désavantage d'une manière moralement fautive et que la transaction qui en résulte soit excessive et oppressive »²¹²². L'absence d'équivalence entre les prestations constitue donc seulement l'un des critères de l'*unconscionable bargain*, les critères principaux résidant dans l'exploitation de la faiblesse du cocontractant. En l'espèce, le juge estima qu'il y avait effectivement une disparité entre les pouvoirs de négociation respectifs des parties, puisque le salarié s'en était remis à l'expérience et aux moyens plus importants du syndicat en matière de demandes de réparation de préjudices corporels. En revanche, il fut jugé que la conduite du syndicat n'était pas malhonnête, car ce dernier n'avait pas d'obligation de divulguer l'existence d'un éventuel second paiement au moment de la formation du contrat. En outre, le contrat n'était pas excessif et oppressif car la somme à verser était plafonnée à 300£ et n'était due qu'en cas de succès de l'action. L'*unconscionable bargain* nécessitant la réunion de trois critères relatifs à la conduite malhonnête du contractant et l'avantage excessif qui lui est conféré par le contrat, il n'est pas d'application très étendue. Pour cette raison, et parce qu'il est avant tout basé sur le

²¹²¹ Perte de sensibilité dans les doigts due à l'utilisation répétée de machines ou outils de travail provoquant des vibrations.

²¹²² *Strydom v. Vendside Ltd, The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 18 août 2009, [2009] EWHC 2130 (QB), n° 36 : « before the court will consider setting a contract aside as an unconscionable bargain, one party has to have been disadvantaged in some relevant way as regards the other party, that other party must have exploited that disadvantage in some morally culpable manner, and the resulting transaction must be overreaching and oppressive ».

comportement immoral du contractant, il ne permet pas de remettre en question la règle selon laquelle il n'est pas nécessaire que les prestations soient équivalentes pour qu'un contrat soit valablement formé en droit anglais. Cette règle conserve donc plus de vivacité en droit anglais qu'en droit français.

523. La crainte de l'arbitraire. En droit français, la place laissée à la cause comme instrument de l'équilibre contractuel a renforcé le rôle du juge, ce qui fait craindre l'arbitraire judiciaire. Le juge peut, à travers la cause, « *rééquilibrer et réécrire la loi contractuelle* »²¹²³. Pour certains auteurs, il conviendrait pourtant de laisser les contractants décider de leurs intérêts²¹²⁴. Certains auteurs sont cependant plus optimistes²¹²⁵. En effet, le juge est au plus proche du litige et donc le mieux placé pour apprécier le déséquilibre des prestations contractuelles. Si le droit tient à la protection de l'équilibre des prestations, il ne peut exclure le juge du processus de garantie de cet équilibre. Le législateur français s'en remet sciemment au juge dès qu'il utilise des expressions telles que « *déséquilibre significatif* »²¹²⁶, ou encore « *exécution excessivement onéreuse* »²¹²⁷. En outre, la sanction de l'anéantissement du contrat ne s'analyse pas en une réécriture. Le juge ne détermine pas de façon positive le contenu du contrat mais écarte le contrat déséquilibré. La sanction reste grave, mais peut-être moins intrusive qu'une réécriture à proprement parler²¹²⁸.

À travers la cause et la *consideration*, les juges français et anglais apprécient l'existence d'une contrepartie. Le déséquilibre de la contrepartie prévue au contrat peut entraîner la nullité de la convention. L'anéantissement rétroactif du contrat peut également intervenir dans une hypothèse moins évidente : celle de la présence d'une clause abusive.

2) L'anéantissement du contrat en raison d'une clause abusive

²¹²³ Denis MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », obs. Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ.* IV, 1996, n° 261, p. 223, *Defrénois*, n° 5, 1997, p. 333 ; *D.* 1997, p. 121, A. SÉRIAUX ; *CCC*, 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; *D.* 1997, p. 175, P. DELEBECQUE ; *D.*, 1997, chron. 145, C. LARROUMET ; *RTD civ.*, 1998, p. 213, N. MOLFESSIS ; *RTD com.*, 1997, p. 319, B. BOULOC.

²¹²⁴ Alain FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 1885, 2^{ème} éd., p.410 : « *Qui dit contractuel dit juste* ».

²¹²⁵ Jean-Marie GUEGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, *D.*, 1999, p. 358.

²¹²⁶ V. *infra* n°s 622s.

²¹²⁷ V. *infra* n°s 723s sur la révision pour imprévision.

²¹²⁸ V. *infra* n° 755.

524. Une sanction non-systématique. La clause jugée abusive par le juge national est en principe « *réputée non écrite* »²¹²⁹ ou « *dépourvue d'effet contraignant* »²¹³⁰. La Directive du Conseil relative aux clauses abusives demandait aux législateurs nationaux de prévoir une telle sanction. Elle ajoutait également que les États membres devront prévoir que « *le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* »²¹³¹. Le Code de la consommation français prévoit ainsi que « [le] *contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses* »²¹³². Le *Consumer Rights Act* dispose quant à lui que « [l]orsqu'une clause d'un contrat de consommation ne lie pas le consommateur en raison de la présente Partie, le contrat continue, dans la mesure du possible, à produire ses effets à tous autres égards »²¹³³. Le principe, en matière de sanction des clauses abusives, est donc la disparition de la clause et la survie du contrat dans son ensemble, sous une forme partiellement réécrite par le juge²¹³⁴. Néanmoins, il est prévu que le contrat conclu avec un consommateur ne puisse subsister sans la clause²¹³⁵. Il revient au juge national d'apprécier l'impossibilité de la subsistance du contrat sans la clause jugée abusive.

525. L'impossible subsistance du contrat sans la clause abusive. Les législations relatives aux clauses abusives ne guident pas le juge national dans son appréciation de la possibilité pour le contrat de demeurer en l'absence de la clause jugée abusive. La Cour de Justice de l'Union Européenne a cependant pu apporter quelques éclairages. Dans un arrêt rendu le 15 mars 2012²¹³⁶, la CJUE fut saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation de l'article 6, paragraphe 1 de la directive du Conseil relative aux clauses abusives. En l'espèce, un contrat de prêt portant sur une somme de 5 000 euros avait été conclu par des consommateurs avec une banque, prêteur professionnel. Le contrat contenait de nombreuses clauses abusives qui devait

²¹²⁹ Art. L. 241-1, al. 1^{er}, du C. conso.

²¹³⁰ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s62(1) : « *not binding on the consumer* ».

²¹³¹ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE du 21 avril 1993, L95/29, art. 6, §1.

²¹³² Art. L. 241-1, al. 2, du C. conso.

²¹³³ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s67 : « *Where a term of a consumer contract is not binding on the consumer as a result of this Part, the contract continues, so far as practicable, to have effect in every other respect* ».

²¹³⁴ V. *infra* n° 638.

²¹³⁵ L'art. 1171 du C. civil ne mentionne pas la possibilité pour le juge de prononcer l'anéantissement du contrat dans son ensemble.

²¹³⁶ CJUE, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *JCP G*, n° 24, 2012, 720, note G. PAISANT ; *Europe*, n° 5, 2012, comm. 221, M. MEISTER ; *RTD eur.*, 2012, p. 666, C. AUBERT DE VINCELLES ; *D.*, 2013, p. 945, H. AUBRY ; *RTD com.* 2012, p. 386, D. LEGEAIS ; *LEDC*, n° 5, 2012, p. 3, S. BERNHEIM-DESVAUX.

être déclarées privées d'effet. Cependant, la juridiction de renvoi avait constaté que la déclaration de nullité de ce contrat de crédit serait plus avantageuse pour les consommateurs. Cela leur permettait en effet de ne payer que des intérêts de retard plutôt que l'ensemble des frais afférents au crédit accordé qui étaient beaucoup plus importants. La Cour de Justice précisa que l'article 6 de la Directive impliquait que le juge national ne puisse « *se fonder uniquement sur le caractère éventuellement avantageux pour l'une des parties, en l'occurrence le consommateur, de l'annulation du contrat concerné dans son ensemble* ». En revanche, la directive n'empêchait pas les États membres de prévoir « *qu'un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel et contenant une ou plusieurs clauses abusives est nul dans son ensemble lorsqu'il s'avère que cela assure une meilleure protection du consommateur* ». En l'absence d'une telle législation plus favorable, le juge ne peut se fonder sur le seul intérêt du consommateur pour conclure à l'anéantissement de l'ensemble du contrat.

L'hypothèse de l'anéantissement du contrat, c'est-à-dire l'hypothèse d'une clause abusive qui soit fondamentale pour la survie du contrat, a plus de chance de se produire lorsque la clause obscure²¹³⁷ porte sur l'objet ou le prix du contrat²¹³⁸. En effet, l'objet, c'est-à-dire la prestation convenue ainsi que le prix consiste en des éléments essentiels de la formation du contrat. Si la clause qui les fixe est jugée abusive, sa disparition entraîne l'impossibilité pour le contrat de subsister. Dans un tel cas, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé dans un arrêt rendu en 2014²¹³⁹ que le juge national est libre de remplacer la clause abusive ayant vocation à entraîner la disparition du contrat par une disposition supplétive. En revanche, la CJUE a également précisé dans un arrêt rendu en 2013²¹⁴⁰ que le juge ne peut procéder à la réfaction de la clause abusive, c'est-à-dire à la diminution du prix initialement stipulé. En l'espèce, il s'agissait d'une clause pénale figurant dans un contrat de bail et dont le montant était particulièrement élevé. Les preneurs avaient invoqué l'exercice du « *pouvoir modérateur du juge* » que la CJUE refusa finalement de reconnaître. La clause ne portait donc pas sur l'objet du contrat ou le prix mais la solution a été transposée à ces clauses susceptibles d'entraîner

²¹³⁷ Art. L. 212-1, al. 3 du C. conso : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

²¹³⁸ Yves PICOD et Nathalie PICOD, *Commentaire du C. conso*, Dalloz, 24 juin 2021.

²¹³⁹ CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, CCC, 2014, comm. 202, obs. G. RAYMOND ; *RTD eur.*, 2014, p. 715, C. AUBERT DE VINCELLES ; *Europe*, n° 6, 2014, 274, M. MEISTER ; *JCP E*, n° 39, 2014, 148 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP G*, n° 19, 2014, 564, D. BERLIN ; *LEDB*, n° 6, 2017, p. 7, R. ROUTIER ; *Gaz. Pal.*, n° 170, 2014, p. 16, S. PIÉDELIEVRE.

²¹⁴⁰ CJUE, Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c. Jahani BV, 30 mai 2013, aff. C-488/11, n° 59, *LEDC*, n° 7, 2013, p. 2, S. BERNHEIM-DESSAUX ; *Europe*, 2013, comm. 321, A. BOUVERESSE ; *RTD eur.*, 2013, p. 559, n° 3, C. AUBERT DE VINCELLES ; *RLDA*, 2013, n° 84, p. 49, L. LALOT.

l'anéantissement du contrat dans un arrêt rendu par la CJUE²¹⁴¹ en 2015. Cette dernière précise qu'une telle faculté accordée au juge « *contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives* »²¹⁴².

Si le refus initial de l'immixtion judiciaire dans le contenu du contrat est commun au droit français et au droit anglais, ce principe n'a pas connu un égal infléchissement dans les deux systèmes. Les juges français et les juges anglais ont, à travers respectivement les notions de cause et de *consideration*, pu faire œuvre de rééquilibrage du contrat. Cependant, certains mécanismes de contrôle de l'équivalence des prestations contractuelles réciproques sont propres au juge français et sont inconnus du juge anglais.

B) Les mécanismes de contrôle de l'équivalence propres au juge français

526. De nombreux mécanismes d'anéantissement du contrat par le juge français sont inconnus du juge anglais. Il s'agit de la lésion (1), de l'abus dans la fixation du prix (2) et de l'engagement disproportionné du débiteur (3).

1) La lésion, un outil inexistant en droit anglais

527. La lésion dans la vente d'immeuble. Si, *a priori*, « *l'on peine à trouver un équivalent à la lésion* »²¹⁴³ en droit anglais, une règle identique fut créée en droit anglais par Sir William GRANT, *Master of the Rolls* dans un arrêt rendu en 1810 par *la Court of Chancery*²¹⁴⁴ sous le nom de règle des *reversions*. Le droit français et le droit anglais des contrats ont développé des notions juridiques comparables de lésions relatives à la vente pour immeuble²¹⁴⁵. Ces mécanismes ont été initialement créés dans un but pragmatique de conserver la fortune dans la famille²¹⁴⁶, mais ils constituent également aujourd'hui des outils

²¹⁴¹ CJUE, *Unicaja Banco SA c. José Hidalgo Rueda, Caixabank SA c. Manuel María Rueda Ledesma, Caixabank SA c. José Labela Crespo e.a., Caixabank SA c. Alberto Galán Luna e.a.* 21 janv. 2015, aff. jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *RDC*, n° 3, 2015, p. 607, A. TENEBBAUM ; *CCC*, n° 4, 2015, chron. 2, obs. C. AUBERT DE VINCELLES.

²¹⁴² *Ibid.*, n° 31.

²¹⁴³ Ciara KENNEFICK, « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *RDC*, n° 4, 2013, pp. 1531s.

²¹⁴⁴ *Gowland v. De Faria, Court of Chancery*, 21 fév. 1810, 34 E.R. 8, (1810) 17 Ves Jr 20.

²¹⁴⁵ Le droit français connaît également l'erreur dans le partage portant sur « *l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable* » ce qui s'apparente à une forme de lésion de l'un des copartageants, v. art. 887s du C. civil.

²¹⁴⁶ Napoléon se demanda s'il pouvait être « *dans les principes de la justice civile de sanctionner un acte par lequel un individu sacrifie dans un moment de folie l'héritage de ses pères et le patrimoine de ses enfants à*

d'intervention judiciaire dans un objectif de justice contractuelle. En outre, le juge français se voit conférer un pouvoir plus étendu que le juge anglais en matière de lésion susceptible d'anéantir le contrat, à plus forte raison que la lésion en matière d'immeubles a disparu en Angleterre.

528. La lésion des sept douzièmes. Le droit français exige, pour autoriser le juge à annuler la vente, que le vendeur soit lésé des sept douzièmes de la valeur du bien²¹⁴⁷. Le seuil de la lésion est donc *a priori* clair puisqu'il s'agit d'une valeur mathématique. Lorsque le vendeur agit, la valeur du bien est établie grâce à « *trois experts qui seront tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix* »²¹⁴⁸. La sollicitation de trois experts laisse deviner à quel point la détermination de la valeur d'une chose constitue une tâche compliquée. L'objectif est de déterminer au plus près la valeur réelle du bien, ce qui exige l'avis de trois personnes sélectionnées pour leur compétence²¹⁴⁹. Il faut remarquer qu'au contraire de certaines dispositions autorisant le juge à intervenir dans un but de rééquilibrage du contrat et donc, *in fine*, de justice contractuelle, le législateur ne fait pas référence à un concept indéterminé, tels que les expressions « manifestement excessif » ou « excessivement onéreux », mais à une fraction²¹⁵⁰ de la valeur réelle du bien. L'utilisation d'une telle méthode de calcul a pour conséquence de faire entièrement reposer l'intervention judiciaire sur le rapport d'expertise.

Le législateur ayant fait le choix de limiter l'office du juge en fondant le mécanisme de lésion sur un calcul et la prépondérance du rapport d'expertise, une étude approfondie de l'appréciation des critères de mise en œuvre de la lésion n'est pas nécessaire. Il convient cependant de donner quelques exemples. Du 1^{er} juin 2020 au 30 juin 2021, quatorze arrêts de cour d'appel ont été fondés sur l'article 1674 du Code civil ce qui est très peu. La lésion dans la vente immobilière représente une part peu importante du contentieux. Sur ces quatorze décisions, douze constituent des rejets de l'existence d'une lésion²¹⁵¹ et deux seulement

l'emportement de sa passion », cf. Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq, 1836 p. 58. De même, Sir L. SHADWELL, *Vice Chancellor*, précisa qu'il y a « *une règle posée par cette cour et fondée sur l'idée générale selon laquelle cette cour ne laissera pas un héritier se voir réduit à la pauvreté [...]* » dans l'arrêt *Portmore v. Taylor*, (1831) 4 Sim 182, n° 213.

²¹⁴⁷ Art. 1674 du C. civil.

²¹⁴⁸ Art. 1679 du C. civil.

²¹⁴⁹ Nommées d'office à moins que les parties se soient mises d'accord, v. art. 1680 du C. civil.

²¹⁵⁰ Déterminée arbitrairement par le législateur. Il était tout aussi possible de considérer qu'un vendeur lésé de la moitié de la valeur du bien doit bénéficier d'un mécanisme de justice contractuelle.

²¹⁵¹ Dont un rejet dû à l'écoulement du délai prescription de 2 ans : CA Nancy, 1^{ère} ch. civ., 18 janv. 2021, n° 20/00537.

reconnaissent l'existence d'une lésion aboutissant à la rescision du contrat de vente²¹⁵². Dans ces derniers arrêts, les juges du fond se contentent de constater l'absence d'éléments remettant en cause la justesse du rapport d'expertise et de vérifier l'application du calcul à la valeur du bien. Leur office est donc *a priori* relativement limité.

529. Une certaine marge d'appréciation. La lecture des décisions révèle que le juge doit retenir la valeur du bien au jour de la conclusion du contrat²¹⁵³ ce qui suppose que le rapport d'expertise prenne en compte ce facteur²¹⁵⁴. En outre, parmi les douze décisions de rejet de la prétention, trois seulement sont fondées sur l'absence de lésion à hauteur des sept douzièmes après expertise du bien vendu et application du calcul fixé par le législateur²¹⁵⁵. Le juge dispose du pouvoir d'ordonner ou de refuser l'expertise sollicitée par le demandeur qui invoque la lésion. Ce dernier doit mettre en mesure le juge, par des estimations préalables complètes, d'évaluer le caractère vraisemblable de l'existence d'une lésion²¹⁵⁶. À défaut, le juge rejettera la demande d'expertise ce qui représente la majorité des décisions de rejet étudiées²¹⁵⁷. Enfin, le juge reste libre d'apprécier l'existence d'un aléa qui fera échec à la demande en rescision pour lésion²¹⁵⁸. En effet, le caractère aléatoire d'une vente immobilière s'oppose à ce qu'elle puisse faire l'objet d'une action en rescision pour lésion parce que les chances de gain ou risque de pertes sont inconnues par les parties dès la conclusion du contrat. Le vendeur ayant accepté cette incertitude, il ne peut s'estimer lésé du juste prix. En matière de vente d'immeuble, l'hypothèse du contrat de vente aléatoire réside dans la vente avec une réserve d'un droit à usage et habitation au profit du vendeur²¹⁵⁹. Dans un tel cas, la durée de vie du vendeur étant inconnue, il est impossible de déterminer quand l'acquéreur pourra jouir du bien et l'occuper. En présence d'une réserve d'un droit à usage et habitation, l'acquéreur pourrait soit tirer un avantage conséquent si le vendeur venait à décéder rapidement ; à l'inverse, il pourrait devoir

²¹⁵² CA Aix-en-Provence, 1^{ère} et 5^{ème} ch. réunies, 24 juin 2021, n° 19/03945 ; CA Versailles, 3^{ème} ch., 22 oct. 2020, n° 19/03028.

²¹⁵³ Art. 1675 du C. civil.

²¹⁵⁴ CA Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 5 fév. 2021, n° 19/03212.

²¹⁵⁵ CA Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 5 fév. 2021, n° 19/03212 ; CA Paris, 6 nov. 2020, n° 18/012847 ; CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 6 nov. 2020, n° 18/01284.

²¹⁵⁶ Art. 1677 du C. civil.

²¹⁵⁷ CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 12 mars 2021, n° 20/08650 : la cour reproche notamment au demandeur de ne pas avoir pris en compte la valeur du droit d'usage et d'habitation dans le calcul de la valeur du bien. V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 12 mars 2021, n° 20/08650 ; CA Lyon, 1^{ère} ch. civ. B, 2 fév. 2021 – n° 20/03042 ; CA Paris, 12 mars 2021, n° 20/086507 ; CA Aix-en-Provence, 1^{ère} et 5^{ème} ch. réunies, 4 fév. 2021, n° 18/06493 ; CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 11 juin 2020, n° 18/06080. V. *contra* CA Bourges, ch. civ., 4 fév. 2021, n° 19/00945 ;

²¹⁵⁸ Noël ARAUD, *Rescision pour cause de lésion et contrats aléatoires*, th. Toulouse, 1941, p. 58.

²¹⁵⁹ CA Agen, 1^{ère} ch. civ., 2 juin 2021, n° 19/00689.

attendre un certain temps avant de pouvoir occuper les lieux. Sa chance de gain est inconnue et dépend d'un événement incertain à savoir le décès du vendeur. Le contrat est donc aléatoire au sens de l'alinéa second de l'article 1108 du Code civil²¹⁶⁰. Néanmoins, si l'acquéreur avait connaissance de l'imminence du décès du propriétaire, le contrat n'est pas aléatoire²¹⁶¹.

Le juge du fond dispose aussi d'une certaine appréciation dans ce qui entre en compte dans l'évaluation du prix. Dans un arrêt de 2016²¹⁶², la Cour de cassation eut à se prononcer concernant un contrat de vente portant sur deux parcelles de terrain pour le prix d'un euro. L'acte de vente précisait que l'opération présentait un caractère d'intérêt général justifiant la vente à l'euro symbolique. L'immeuble fit ensuite l'objet de deux ventes successives pour des prix avoisinant le million d'euros. Le vendeur initial assigna son cocontractant en rescision de la vente pour lésion. La cour d'appel de Rouen²¹⁶³ avait constaté que le contrat mettait à la charge de l'acquéreur l'obligation de réaliser un projet d'intérêt général et d'assurer les frais de rénovation et d'entretien du site estimés à plus d'un million d'euros. La cour retint que ces obligations constituaient la contrepartie due par l'acquéreur et qu'elle était à ce titre suffisante. Le contrat était donc valablement formé en présence d'une cause et la question de la lésion ne se posait plus. En outre, le juge du fond étant tenu d'apprécier l'existence de la cause au moment de la formation du contrat, la circonstance que le projet de vente à un investisseur privé faisait disparaître les obligations mises à la charge de la commune était indifférente. La Cour de cassation approuva le raisonnement de la cour d'appel et rejeta le pourvoi.

530. La confusion entre la lésion et le défaut de cause pour vileté du prix. Il y a dans la question de la vileté du prix une nécessaire notion de lésion. Cela a pour conséquence une certaine confusion entre la notion d'absence de cause conçue à travers la vileté du prix et la lésion. Le prix insuffisant étant assimilable à la fois à une absence de cause et à une lésion, la distinction n'est pas aisée. La cause ainsi conçue a renforcé le pouvoir d'intervention du juge dans le contrat.

²¹⁶⁰ « [Le contrat] est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

²¹⁶¹ Cette règle est régulièrement rappelée : CA Paris, 12 mars 2021, n° 20/086507 ; CA Agen, 1^{ère} ch. civ., 2 juin 2021, n° 19/00689 ; CA Rennes, 1^{ère} ch., 13 avril 2021, n° 19/02641. Cependant, la preuve de la connaissance de l'imminence du décès n'étant pas facile à apporter, la règle est rarement appliquée. Aucune décision n'a été trouvée sur la période recherchée.

²¹⁶² Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2016, n° 15-22250, inédit, CCC, n° 12, 2016, comm. 250, L. LEVENEUR ; *D.*, 2017, p. 375, M. MEKKI ; *JCP G*, n° 47, 2016, doct. 1257, Y.-M. SERINET ; *JCP N*, n° 6-7, 2017, 1098, S. PIÉDELIEVRE ; *JCP N*, n° 39, 2016, act. 1058.

²¹⁶³ CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 22 avril 2015, n° 14/03959.

Le critère de distinction entre les mécanismes de cause et de lésion se situe dans leur champ d'application. La cause est un élément de la formation du contrat²¹⁶⁴. Elle a donc vocation à sanctionner tous les contrats. En revanche, la lésion est admise par exception à l'article 1168 du Code civil. Ne pouvant créer un nouveau cas de lésion, les juges firent de la vente à vil prix une manifestation de l'absence de cause ce qui leur permet de sanctionner de façon plus systématique les contrats déséquilibrés. Outre son champ d'application général, l'appréciation de l'absence de cause est libre de tout calcul mathématique et repose plutôt sur l'appréciation par le juge du caractère insuffisant de la contrepartie. La cause offre donc au juge une plus grande marge de manœuvre que la lésion.

531. Le seuil de la lésion peu élevé en droit anglais. L'appréciation du seuil de déséquilibre dans le cadre du mécanisme de la lésion présente une grande différence en droit anglais et en droit français. En droit français, la lésion n'est admise dans la vente d'immeuble que lorsque le prix est inférieur aux sept douzièmes de la valeur du bien²¹⁶⁵. En revanche, en droit anglais, n'importe quel écart, aussi infime soit-il, entre la valeur et le prix constituait une lésion. Dans l'arrêt *Foster v. Roberts*²¹⁶⁶, Sir John ROMILLY, *Master of the Rolls*, affirma que « 30 livres manquant à une valeur initiale de 400 livres est une déficience de prix suffisante pour annuler la transaction »²¹⁶⁷. Le juge anglais se montrait donc particulièrement peu exigeant en vérifiant l'adéquation entre le prix et la valeur du bien ce qui le conduirait à annuler régulièrement des conventions. Une telle approche est étonnante au regard de la retenue générale dont fait preuve le juge anglais en matière de contrats. En réalité, l'intervention du juge anglais en matière de *reversions* ne découlait pas d'une préoccupation de la justice contractuelle mais plutôt d'un attachement à la fortune familiale. Le but était de conserver les biens immobiliers au sein de la famille.

532. L'abolition des *reversions* en droit anglais. Le juge anglais se montrait peu exigeant en matière de *reversions* sur l'appréciation du déséquilibre entre le prix et la valeur du bien. Le moindre écart entre le prix et la valeur du bien conduisait à l'annulation du contrat. Il semblerait qu'une intervention aussi radicale ait fini par paraître injustifiée. En effet, le *Law of Property Act* de 1925 prévoit qu' « aucune acquisition passée de bonne foi, sans fraude ou

²¹⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1986, n° 85-11396, *Bull. civ.* I, 1986, n° 301, p. 287 : « la cause, élément nécessaire à la constitution du contrat, doit exister au jour de la formation de celui-ci ».

²¹⁶⁵ Art. 1674 du C. civil.

²¹⁶⁶ *Foster v. Roberts*, *Court of Chancery*, 27 avril 1861, 54 E.R. 708, (1861) 29 Beav 467.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 470 : « I hold, that £30 out of £400 is quite a sufficient deficiency in price, in a matter of this description, to annul the transaction ».

procédé injuste [...] ne peut être remise en question pour la seule inadéquation entre le prix et la valeur »²¹⁶⁸, abolissant ainsi la possibilité pour le juge d'anéantir le contrat lorsque le prix était insuffisant. Lord CRANWORTH, alors *Lord Chancellor*, constata dans un arrêt rendu en 1840²¹⁶⁹ que la règle des *reversions* « a été considérée comme interférant de façon excessive avec le pouvoir discrétionnaire que les personnes capables, tels que définies par les lois de ce pays, possèdent de pouvoir librement disposer de leur propriété »²¹⁷⁰.

Cette abolition semble cohérente avec le principe anglo-saxon de prééminence des stipulations contractuelles. La préoccupation anglaise de ne pas intervenir de façon flagrante dans le contrat semble fondée sur la confiance accordée au contractant qui est jugé suffisamment intelligent et responsable pour défendre ses intérêts. Le même principe de fond sous-tend la jurisprudence relative à la *consideration* et explique que le juge ne s'attarde pas sur la valeur de la prestation promise en échange de celle du contractant²¹⁷¹. Cependant, le *Law of Property Act* précise également que « cette section n'affecte pas le pouvoir des cours d'anéantir ou de modifier les unconscionable bargains »²¹⁷². Par conséquent, le juge peut intervenir pour prononcer l'anéantissement de certains contrats sur le fondement des règles issues d'*equity*²¹⁷³.

Parmi les mécanismes de contrôle de l'équivalence des prestations mis en œuvre uniquement par le juge français figure également, outre la lésion, l'abus dans la fixation du prix.

2) L'abus dans la fixation du prix

533. La détermination du prix. Le paiement du prix constitue l'exécution d'une prestation contractuelle sous forme monétaire²¹⁷⁴. En tant qu'élément du contenu du contrat, le prix est en principe le fruit de la volonté contractuelle des parties. Le juge ne peut donc intervenir pour le fixer lui-même²¹⁷⁵. Cependant, l'existence d'un prix est une condition de validité du contrat puisque ce dernier doit porter sur une obligation « possible et déterminée ou

²¹⁶⁸ *Sales of Reversions Act 1867*, 1867 c. 4, s1. Cette législation fut reprise par le *Law of Property Act 1925*, 1925 c.20, s174(1) : « No acquisition made in good faith, without fraud or unfair dealing, [...] shall be liable to be opened or set aside merely on the ground of under value ».

²¹⁶⁹ Earl of Aldborough v. Henry Norwood Trye, *House of Lords*, 15 juin 1840, (1840) 436 7 E.R. 1136.

²¹⁷⁰ « [The rule] has been considered as interfering a good deal with that proper discretion which persons who are capable, according to the law of this country, of disposing of their own property, ought to be at liberty to exercise ».

²¹⁷¹ V. *supra* n° 508.

²¹⁷² *Law of Property Act 1925*, 1925 c.20, s174(2) : « This section does not affect the jurisdiction of the court to set aside or modify unconscionable bargains ».

²¹⁷³ V. *supra* n° 522 sur les unconscionable bargains.

²¹⁷⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 177, p. 159.

²¹⁷⁵ Néanmoins, le juge peut en réalité réviser le prix dans certains cas : v. *supra* n°s 585s.

déterminable »²¹⁷⁶. Son absence est susceptible d'amener le juge à prononcer la nullité du contrat dans certains cas.

534. L'adaptation à la vie des affaires. Le nouvel article 1163 du Code civil admet que la prestation puisse être seulement déterminable²¹⁷⁷ sans que le contrat n'encoure la nullité. Cette solution est bienvenue en présence de contrats dans lesquels il n'est pas toujours possible de déterminer à l'avance le prix de la prestation. C'est le cas notamment en matière de contrats de prestations de service, et plus largement dans les relations d'affaires organisées par des contrats-cadres. Rencontré le plus souvent « *dans les relations commerciales* »²¹⁷⁸, le contrat-cadre, susceptible d'encadrer divers types d'opérations économiques, correspond à « *un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures* »²¹⁷⁹. Le contrat de prestation de service est nommé « louage d'ouvrage » dans le Code civil. L'article 1710 du Code civil le définit comme « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

Concernant les contrats cadre, la Cour de cassation a pu sanctionner l'indétermination du prix dans le contrat de vente, estimant que l'absence de détermination du prix provoquait la nullité sur le fondement de l'alinéa premier de l'ancien article 1129²¹⁸⁰ qui exigeait que « *l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* »²¹⁸¹. La Haute juridiction modifia son approche par quatre arrêts rendus en Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995²¹⁸². Sur le fondement des anciens articles 1710, 1711, 1134 et 1135 du Code civil, elle

²¹⁷⁶ Art. 1163 du C. civil.

²¹⁷⁷ « *C'est-à-dire qu'il puisse être ensuite déterminé à l'aide d'éléments objectifs indépendant de la volonté des parties, de sorte qu'il n'y ait plus besoin de leur intervention ultérieure* », cf. Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Université, 17^{ème} éd., 2020, n° 1339, p. 452. Il s'agit de la consécration d'une jurisprudence de la Cour de cassation : Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-19791, *Bull. civ. I*, 1997, n° 334, p. 227, *RTD civ.* 1998, p. 898, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1998, p. 396, P.-Y. GAUTHIER ; *Rev. sociétés*, 1998, p. 332, D. RANDOUX ; *BJS*, n° 5, 1997, p. 460, J.-J. DAIGRE ; Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n° 01-17063, *Bull. civ. I*, 2004, n° 327, p. 272, *RTD com.*, 2005, p. 586, B. BOULOC ; *Gaz. Pal.*, n° 162, 2015, p. 17 ; *Dr. et patr.*, n° 137, 2005, P. CHAUVEL ; *Droit rural*, n° 2, 2005, comm. 20, B. GRIMONPREZ.

²¹⁷⁸ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 74, p. 72.

²¹⁷⁹ Art. 1111 C. civil.

²¹⁸⁰ Com. 11 oct. 1978, n° 77-10155, *Bull. civ. IV*, n° 223 ; *D.*, 1979, p. 135, note R. HOUIN ; *RJ com.*, 1979, p. 378, note P. LE TOURNEAU.

²¹⁸¹ Disposition reprise dans l'art. 1163 C. civil.

²¹⁸² Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15 et Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16. V. sur ces arrêts : *D.*, 1995, p. 13, note L. AYNÈS ; *RTD civ.*, 1996, p. 153, J. MESTRE ; *RTD com.*, 1997, p. 7, C. BOURGEON ; *D.*, 1998, p. 1, A. BRUNET et A. GHOZI ; *RTD com.*, 1997, p. 49, D. FERRIER ; *RTD com.*, 1997, p. 19, C. JAMIN ; *RTD com.*, 1997, p. 75, P. SIMLER ; *RTD com.*, 1997, p. 37, T. REVET ; *RTD com.*, 1997, p. 67, M. PÉDAMON ; *RTD com.*, 1996, p. 316, B. BOULOC ; *JCP N*, n° 13,

retint que la validité de la convention qui prévoit la conclusion de contrats ultérieurs ne nécessite pas la détermination du prix de ces contrats dans la convention initiale, sauf dispositions légales particulières.

Ces arrêts relatifs aux contrats-cadre ont été entérinés par la réforme du 10 février 2016, le principe posé à l'article 1163 du Code civil étant celui de l'exigence de la détermination ou de la déterminabilité du prix²¹⁸³, avec deux exceptions explicitement posées pour les contrats-cadre et les contrats de prestation de service²¹⁸⁴. En matière de vente, l'article 1591 dispose que « [le] prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles²¹⁸⁵, les juges eurent à connaître d'un contrat d'abonnement à des revues mensuelles conclu entre un cabinet d'avocat et la société LexisNexis. Les conditions générales de la société LexisNexis prévoyaient que le contrat était renouvelé chaque année au prix en vigueur au jour du renouvellement, l'éditeur se réservant le droit de modifier ses conditions générales et ses tarifs à tout moment. Le cabinet faisait valoir la nullité du contrat en raison du caractère indéterminée et indéterminable du prix de vente à partir de 2013. Le juge fit droit à la demande. Il retint que si la société LexisNexis ne justifiait pas avoir adressé un courrier à ces adhérents pour les informer de la hausse tarifaire pratiquée et que la seule publication des nouveaux tarifs sur son site internet ne saurait remplacer une telle information. Le prix n'était donc pas déterminable. Il n'était pas non plus déterminé car ne figurant pas dans les conditions générales. Le juge prononça la nullité du contrat d'abonnement²¹⁸⁶. L'approche du juge est en revanche différente en matière de contrat-cadre dans lequel le prix peut être fixé unilatéralement par l'une des parties après la formation du contrat.

535. L'abus dans la fixation du prix. Dans l'hypothèse du contrat-cadre, les parties ne se sont pas entendues sur le prix avant que soit effectuée la prestation. Le prix sera donc fixé ultérieurement par un contrat d'application. Très souvent, le contrat-cadre octroie à l'une des

1996, p. 493, D. BOULANGER ; *JCP* 1996, II, 22565, concl. M. JÉOL, note J. GHESTIN ; *Defrénois*, 1996, 747, P. DELEBECQUE ; *JCP E*, n° 5, 1996, comm. 776, L. LEVENEUR ; *LPA*, n° 155, 1995, p. 11, D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *RJDA*, 1996, chron. 3, M.-A. FRISON-ROCHE.

²¹⁸³ Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 165, p. 145 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 1336, p. 1473 ; Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 279, pp. 254 et 255. V. *contra* : Jacques MOURY, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.*, 2017, p. 1209 ; Cyril GRIMALDI, « La fixation du prix », *RDC*, n° 3, 2017, p. 558. Dans les Principes d'Unidroit, le prix n'est pas une condition de validité du contrat, cf. art. 5.1.7.

²¹⁸⁴ Art. 1111 du C. civil.

²¹⁸⁵ CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 22 juin 2018, n° 17/00829.

²¹⁸⁶ V. dans le même sens : CA Dijon, 2^{ème} ch. civ., 17 sept. 2015, n° 13/01848.

parties la faculté de fixer unilatéralement le prix de la prestation en fonction de l'évolution du marché et de diverses circonstances économiques mentionnées dans la convention. Une telle prérogative peut donner lieu à des abus²¹⁸⁷ dans la fixation du prix de la part du contractant²¹⁸⁸. La Cour de cassation a précisé que « *l'abus dans la fixation du prix ne [donne] lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »²¹⁸⁹. Cette solution fut consacrée au second aliéna de l'article 1164 du Code civil issue de la réforme du 10 février 2016. Cet article dispose que, dans l'hypothèse d'un contrat-cadre, « [en] cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». La même solution a finalement²¹⁹⁰ été retenue en matière de contrats de prestations de service²¹⁹¹. Le juge ne dispose donc pas d'un pouvoir de révision du prix mais il peut octroyer des dommages et intérêts ou anéantir le contrat pour le futur. Il lui est demandé non plus de contrôler la validité du contrat-cadre ou de prestation de service en vérifiant le caractère déterminable du prix mais de contrôler l'exécution du contrat en vérifiant l'absence d'abus dans la fixation du prix. La sanction n'est plus la nullité du contrat, classiquement encourue en cas de défaut de formation, mais la résolution du contrat²¹⁹². Le mécanisme de sanction de l'abus dans la fixation du prix constitue « *l'instrument d'un contrôle généralisé des clauses* »²¹⁹³ par le juge qui a ainsi vu croître l'étendue de son office.

²¹⁸⁷ La notion d'abus a fait l'objet de nombreux travaux : Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, t. 337, LGDJ, coll. BDP, 2000 ; Audrey CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, PUAM, coll. IDA, 2006. Pour un éclairage utile en droit québécois : Pierre-Gabriel JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 1, p. 153. V. plus précisément sur l'abus dans la fixation du prix : Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Rev. de la conc. et de la conso.*, n° 92, suppl. juill.-août 1996, p. 13.

²¹⁸⁸ De façon similaire à la fixation de ses honoraires par le mandant, v. *infra* n° 588.

²¹⁸⁹ Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, *D.*, 1995, p. 13, note L. AYNÈS ; *RTD civ.*, 1996, p. 153, J. MESTRE ; *RTD com.*, 1997, p. 7, C. BOURGEON ; *D.*, 1998, p. 1, A. BRUNET et A. GHOZI ; *RTD com.*, 1997, p. 49, D. FERRIER ; *RTD com.*, 1997, p. 19, C. JAMIN ; *RTD com.*, 1997, p. 75, P. SIMLER ; *RTD com.*, 1997, p. 37, T. REVET ; *RTD com.*, 1997, p. 67, M. PÉDAMON ; *RTD com.*, 1996, p. 316, B. BOULOC ; *JCP N*, n° 13, 1996, p. 493, D. BOULANGER ; *JCP* 1996, II, 22565, concl. M. JÉOL, note J. GHESTIN ; *Deffrénois*, 1996, 747, P. DELEBECQUE ; *JCP E*, n° 5, 1996, comm. 776, L. LEVENEUR ; *LPA*, n° 155, 1995, p. 11, D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *RJDA*, 1996, chron. 3, M.-A. FRISON-ROCHE.

²¹⁹⁰ L'art. 7 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, a ajouté la possibilité d'obtenir la résolution du contrat de prestation de service en cas d'abus dans la fixation du prix.

²¹⁹¹ Art. 1165 du C. civil : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat ».

²¹⁹² Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 622, p. 480

²¹⁹³ Loïc 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*, éd. Frison-Roche, 1999, n° 41, p. 46.

536. Le refus d'un pouvoir de révision judiciaire. Le pouvoir de révision judiciaire du prix dans l'hypothèse des contrats cadre était consacré par le projet d'ordonnance publié par le Gouvernement en 2015²¹⁹⁴ mais le législateur a finalement écarté cette solution. Cela révèle une réticence à octroyer au juge une prérogative de révision. De façon similaire, il est possible de considérer que le choix offert au justiciable de solliciter la réparation de son préjudice et non la résolution du contrat est la manifestation d'une certaine prudence du législateur²¹⁹⁵. Ce dernier semble peu enclin à conférer au juge le seul pouvoir de résolution et préfère laisser le contractant choisir entre l'anéantissement du contrat et la survie du contrat accompagnée de l'octroi de dommages et intérêts.

Il pourrait être avancé que l'octroi de dommages et intérêts s'analyse en une révision du prix. Le pouvoir du juge ne serait alors pas si restreint car la révision judiciaire exclue par le législateur reviendrait sous une autre forme. Cependant, les dommages et intérêts ayant pour objectif de réparer le préjudice subi, ils sont par principe fonction de ce préjudice qui « *peut être plus important, si le prix abusif a causé la perte du débiteur, ou plus faible, si le débiteur a pu répercuter une partie du prix qui lui a été imposé sur ses propres débiteurs* »²¹⁹⁶. La réparation n'est pas égale à la part du prix jugée abusive et excessive ; l'octroi de dommages et intérêts ne peut donc pas s'assimiler à une forme de révision judiciaire du prix. Il convenait de le vérifier dans les décisions de justice rendues par les cours d'appel en s'attachant à observer comment le juge mesure les dommages et intérêts à octroyer au contractant victime de l'abus. Cela n'est pas facile à constater car l'abus dans la fixation du prix semble rarement reconnu notamment en raison du défaut de preuve apportée par le contractant qui s'estime victime de l'abus.

Quelques décisions permettent cependant d'aborder la question du calcul du montant des dommages et intérêts octroyés au contractant victime de la fixation abusive du prix. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2011²¹⁹⁷, les juges eurent à connaître d'un contrat d'approvisionnement exclusif octroyant au fournisseur de chair d'escargots la faculté de fixer

²¹⁹⁴ Art. 1163 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». V. art. 1164 concernant les contrats de prestations de services.

²¹⁹⁵ Mathias LATINA, « Contrat : généralités – Sources du droit des contrats », *in Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017, n° 126.

²¹⁹⁶ *Ibid.*, n° 126.

²¹⁹⁷ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 17 fév. 2011, n° 09/05444.

unilatéralement le prix de vente des marchandises vendues avec une évolution chaque année civile. L'acheteur agit en indemnisation de son préjudice causé par l'abus dans la fixation unilatérale du prix de vente par son contractant en raison notamment d'une divergence de prix pratiquée auprès d'autres acheteurs. L'acheteur avait été contraint de pratiquer des prix très bas pour faire face à la concurrence alors qu'il se procurait la marchandise à un prix plus élevé que ses concurrents. Le juge, constatant l'existence d'un abus, ordonna une expertise qu'il confia à « un expert-comptable ayant la faculté de se faire assister d'un technicien spécialiste de l'industrie de la conserve » et ayant pour mission de déterminer le montant des préjudices financiers subis par l'acheteur. Cette solution permet d'entrevoir que le calcul des dommages et intérêts effectué par le juge n'est pas fonction de la part abusive du prix : l'évaluation du préjudice est réalisée de façon indépendante à ce facteur par un expert judiciaire. Cette analyse est renforcée par la constatation que le juge ne s'attachait pas à préciser où commencerait le seuil de l'abus dans le prix fixé, ce qui renforce l'idée que cette circonstance est indifférente dans le calcul de la réparation. Cet arrêt fit l'objet d'un pourvoi fondé sur la violation de l'ancien article 1134 du Code civil qui fut rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation²¹⁹⁸.

Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges²¹⁹⁹, les juges eurent à connaître d'un contrat-cadre de commercialisation de vins. Le contrat prévoyait que le vin commandé par le distributeur ne serait payé qu'en fonction « des affaires faites » c'est-à-dire que le paiement du prix était soumis à la commercialisation du vin par le distributeur. La convention octroyait en outre la faculté à chacune des parties de solliciter la révision du prix en fonction des évolutions du marché. Or le distributeur a, au cours de l'exécution du contrat, divisé par quatre le prix d'achat d'un des vins concernés de façon unilatérale et sans solliciter de concertation avec le viticulteur. Ce dernier fit valoir le caractère potestatif de la clause prévoyant le paiement en fonction de la commercialisation du vin qui ne dépendait que de la volonté du distributeur. Il sollicita également le paiement du prix total du vin ainsi que la résolution du contrat sur le fondement de l'abus dans la fixation du prix. Les juges rejetèrent le caractère potestatif de la clause litigieuse²²⁰⁰. Ils retinrent en revanche l'existence d'un abus dans la fixation unilatérale

²¹⁹⁸ Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 233, note P. STOFFEL-MUNCK ; *D.*, 2015, p. 943, D. FERRIER ; *D.*, 2015, p. 183, J. GHESTIN ; *D.*, 2015, p. 529, S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2015, p. 123, H BARBIER ; *RDC*, n° 2, 2015, p. 293, M. BEHAR-TOUCHAIS ; *LPA*, n° 170, 2015, p. 5 ; *RD rur.*, n° 432, 2015, comm. 67, N. DISSAUX ; *CCC*, n° 2, 2015, comm. 38, M. MALAURIE-VIGNAL ; *JCP G*, n° 51, 2014, act. 1310, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI ; *JCP E*, n° 50, 2014, 1639, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI.

²¹⁹⁹ CA Bourges, ch. civ., 19 oct. 2017, n° 16/01595.

²²⁰⁰ Au motif que le vin était acheté en vrac auprès du viticulteur et « assemblé aux vins d'autres producteurs afin que le goût en résultant corresponde aux attentes des acheteurs ». Par conséquent, sauf à compromettre l'ensemble de son activité économique, le distributeur n'avait pas le loisir de décider unilatéralement d'une absence de

du prix et confirmèrent la décision du tribunal de première instance qui avait prononcé la résiliation du contrat-cadre de commercialisation aux torts exclusifs du distributeur. Elle confirma également la condamnation de ce dernier à verser au viticulteur la somme d'environ 61 000 euros au titre de l'achat du vin dont le prix avait été unilatéralement divisé par quatre²²⁰¹. Cette somme correspond en réalité au prix du vin non payé par le distributeur et non à l'évaluation d'un préjudice subi par le fournisseur qui n'avait pas l'existence d'un dommage. Il serait possible de considérer que la part abusive du prix fixé unilatéralement fait par nature toujours partie du préjudice subi par le contractant mais il est fort probable que le contractant victime de l'abus se garde bien de payer le prix qu'il estime excessif avant d'agir en justice.

537. L'écart entre la valeur de la prestation et le prix. Lorsque l'abus est reconnu, ce qui ne semble pas fréquent à la lecture des arrêts, le juge se fonde notamment sur la valeur de la prestation dont le prix est prétendument abusif. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers en 2020²²⁰², les juges eurent à connaître d'un contrat d'entreprise conclu oralement entre deux particuliers. L'entrepreneur réclamait le paiement des prestations accomplies. Le maître d'ouvrage contesta d'abord l'existence de sa dette, prétendant que le contrat avait été conclu à titre gratuit. Il contesta également le montant de sa dette, estimant le prix fixé de façon abusive. La cour rappela d'abord que le contrat d'entreprise est présumé conclu à titre onéreux. Concernant le montant réclamé, la cour jugea sur le fondement de l'article 1165 nouveau du Code civil que le montant « *n'apparaît pas excessif eu égard aux prestations réalisées* » dont l'entrepreneur a pu apporter une preuve suffisante. Rejetant l'existence d'un abus dans la fixation du prix par le prestataire, la cour fit droit à la demande en paiement de l'entrepreneur. La référence à la valeur de la prestation semble fondée : l'abus dans la fixation du prix est susceptible d'être corroborés par de nombreux éléments²²⁰³, mais il réside principalement dans l'écart de valeur entre la prestation réalisée et le prix réclamé en contrepartie. La prévalence de

commercialisation du seul vin provenant de la récolte du viticulteur. Ce raisonnement donna lieu à une cassation partielle de l'arrêt pour défaut de base légale sur le fondement de l'ancien art. 1134 du C. civil. La Cour de cassation jugea que les juges du fond auraient dû appliquer la clause qu'ils avaient jugée non potestative et donc applicable au litige. Il s'en suivait qu'ils étaient tenus de rechercher si le distributeur avait vendu les quantités de vin dont le paiement lui était réclamé par le viticulteur, *cf.* Com., 29 mai 2019, n° 17-31672, inédit.

²²⁰¹ Cet arrêt illustre bien la possibilité d'un « *abus à la baisse* » dans la fixation du prix en matière de distribution où le rapport de forces entre fournisseurs et distributeurs peut parfois s'inverser, *cf.* Audrey ARSAC-RIBEYROLLES, « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », *LPA*, n° 20, 2006, p. 10.

²²⁰² CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 12 mai 2020, n° 19/00692.

²²⁰³ Par ex. la pratique de prix moins élevés avec d'autres cocontractants, *cf.* CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 17 fév. 2011, n° 09/05444. V. *supra* n° 536.

ce critère est de nature à remettre en question le principe selon lequel ne juge ne saurait contrôler l'équivalence des prestations²²⁰⁴.

538. La résolution du contrat. Quelques arrêts montrent que les plaideurs, ou leurs conseils, ne sont pas toujours attentifs dans leurs demandes à l'office du juge en matière d'abus dans la fixation du prix. Il arrive régulièrement que le contractant s'estimant victime d'un abus sollicite la nullité du contrat plutôt que sa résolution. Or si la nullité est encourue lorsque le prix n'est pas déterminé ou pas déterminable²²⁰⁵, l'abus dans la fixation du prix ne peut être sanctionné que par la résolution du contrat, c'est-à-dire son anéantissement pour le futur. Plusieurs cours ont eu l'occasion de le rappeler. C'est le cas de la cour d'appel d'Orléans²²⁰⁶ qui eut à connaître d'un contrat de fourniture de marchandises stipulant une clause de fixation unilatérale du prix par le fournisseur. La cour précisa que « *l'abus que fait le cas échéant le fournisseur de son pouvoir sur la détermination du prix constitue un manquement à ses obligations, qui l'expose à des dommages et intérêts ou même à la résolution du contrat, mais non à l'annulation du contrat* ». Les juges ne purent que rejeter la demande en annulation. Il arrive également que le contractant sollicite la sanction du réputée non écrit à l'encontre de la clause octroyant la fixation unilatérale du prix à l'autre cocontractant. Dans un arrêt rendu en 2019, la cour d'appel de Paris²²⁰⁷ eut à connaître d'un contrat de franchise²²⁰⁸. Le franchisé faisait valoir une modification brutale du prix de vente des produits distribués constitutive selon lui d'un abus dans la fixation du prix. La cour juge l'existence d'un abus insuffisamment démontrée. Elle ajoute que « *même à supposer que l'abus allégué ait été retenu en l'espèce, il doit être rappelé que la sanction de l'abus dans la liberté de fixation unilatérale du prix ne consiste pas à réputer non écrite la clause relative à la fixation du prix* ». La clause qui octroie à l'un des contractants la prérogative de fixation unilatérale du prix ne peut être réputée non écrite en raison de l'abus qui en a été fait, car elle n'est pas par essence une clause abusive²²⁰⁹. En outre, la cour d'appel de Paris²²¹⁰ a eu à connaître d'un contrat d'approvisionnement exclusif. Elle constata l'existence d'un abus sanctionné par l'octroi de des dommages et intérêts

²²⁰⁴ V. *supra* n° 505.

²²⁰⁵ V. *supra* n° 533.

²²⁰⁶ CA Orléans, 17 déc. 2020, n° 19/031401. V. dans le même sens : CA Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 juin 2019, n° 17/08333.

²²⁰⁷ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2019, n° 18/28097 ; *LEDICO*, 2020, n° 5, p. 2, note C. GRIMALDI.

²²⁰⁸ « *Contrat par lequel le franchiseur, titulaire d'une marque et d'un "savoir-faire" économique ou technique [...] confère à un réseau de franchisés l'usage de ces éléments moyennant des redevances, mais surtout un engagement d'approvisionnement (plus ou moins exclusif)* », cf. Alain BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 281, p. 218.

²²⁰⁹ V. *infra* n° 635.

²²¹⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 17 fév. 2011, n° 09/05444.

à l'acheteur. En revanche, elle rejeta la possibilité pour ce dernier de se considérer libéré de son obligation de paiement de marchandises livrées en vertu de l'exception d'inexécution. En effet, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution doit concerner la contrepartie de la prestation non exécutée par le contractant : lorsque les marchandises ont effectivement été livrées, l'abus dans la fixation du prix ne justifie pas le non-paiement de la livraison.

Il se dégage en outre une gradation dans les sanctions encourue que sont la résolution du contrat et l'octroi de dommages et intérêts au contractant victime de l'abus. Dans le même arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²²¹¹, la cour précisa également que la constatation d'un abus dans la fixation du prix l'autorise seulement « à *allouer le cas échéant une indemnité de nature contractuelle, à condition de prouver le préjudice et, en cas d'abus important, à résilier le contrat* ». Les dommages et intérêts aurait donc vocation à sanctionner un abus léger ; la résiliation aurait vocation à sanctionner un abus important. La gravité variable de l'abus de la faculté de fixation unilatérale du prix justifie une gradation dans les sanctions décidées par le juge.

539. La preuve de l'abus. Comme dans tous les contentieux contractuels, l'exercice par le juge de son pouvoir de sanction dépend en premier lieu de la preuve apportée par les parties. En matière d'abus dans la fixation du prix, il appartient à celui qui se prévaut de l'existence d'un abus dans la fixation du prix par son cocontractant d'apporter la preuve. Une telle preuve peut se faire de diverses façons, en fonction des arguments avancés par le demandeur. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²²¹², les juges eurent à connaître d'un contrat de sous-traitance²²¹³. Le sous-traitant estimait que « *l'indétermination du prix constitu[ait] un abus de droit créant ainsi un déséquilibre financier [...] lui imposant des sacrifices mettant en péril la poursuite de son activité, d'autant que [le donneur d'ordre était] en situation de quasi monopole [sic]* ». La cour rejette la demande d'indemnisation, considérant que le sous-traitant ne fournissait aucun élément de nature à établir la situation de monopole alléguée ou la mise en péril prétendue de l'activité de cette dernière. De façon similaire, dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens en 2019²²¹⁴, les juges eurent à connaître d'un contrat d'entreprise portant sur

²²¹¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2019, n° 18/28097 ; *LEDICO*, 2020, n° 5, p. 2, note C. GRIMALDI.

²²¹² CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 juillet 2020, n° 17/01941.

²²¹³ Situation dans laquelle « *l'entrepreneur chargé par son client de l'exécution d'un "marché", s'adresse, pour certaines opérations nécessitées par cette exécution, à des sous-traitants qui vont intervenir au cours de cette exécution : cette sous-traitance vient se greffer sur le contrat principal qui est un contrat d'entreprise et prend elle-même le moyen d'un contrat de même nature* », cf. Alain BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 613, p. 426.

²²¹⁴ CA Amiens, 1^{ère} ch. civ., 7 nov. 2019, n° 17/05186.

l'établissement d'un plan pour la surélévation d'une partie d'une maison d'habitation conclu entre le maître d'ouvrage propriétaire de la maison et l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage estimait abusif le prix réclamé par l'entrepreneur. La cour ne put faire droit à sa demande, estimant que le maître d'ouvrage n'apportait pas de preuve susceptible de permettre au juge, soit de constater un défaut de qualité de la prestation accomplie ou encore de comparer le prix réclamé avec le prix établi pour des prestations similaires. Il revient au justiciable de mettre en mesure le juge d'apprécier le caractère abusif de la fixation unilatérale du prix en fonction de l'argumentaire choisi.

Parmi les mécanismes de contrôle de l'équivalence des prestations mis en œuvre uniquement par le juge français figure également, outre l'abus dans la fixation du prix, l'appréciation de l'engagement disproportionné du débiteur.

3) L'engagement disproportionné du débiteur

540. Un contrôle limité. Dans des cas restreints, le juge français s'est vu octroyer la possibilité de qualifier le caractère disproportionné de l'engagement du débiteur. En matière de cautionnement, l'article L. 332-1 du Code de la consommation²²¹⁵ dispose : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». En outre, l'article L. 632-1 du Code de commerce, qui s'applique en cas de redressement et de liquidation judiciaires, dispose que « [sont] nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : [...] 2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ». Le juge dispose donc du pouvoir de rendre sans effet certains contrats en raison du caractère disproportionné de l'engagement du débiteur par rapport à ses moyens financiers. Ce pouvoir est limité par le Code de la consommation à un type de contrat, le contrat de cautionnement ; il est limité par le Code de commerce à un type de situation, à savoir la cessation de paiement, tout contrat étant susceptible d'être annulé.

541. Le critère de la disproportion. Ces deux mécanismes offrent au juge le pouvoir de remédier à une disproportion. Le terme est expressément employé dans l'article L. 341-4 du

²²¹⁵ Créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016 et reprenant les termes de l'ancien art. L. 341-4 du C. conso.

Code de la consommation. Il ne figure pas dans la disposition du Code de commerce qui mentionne cependant des obligations qui « *excèdent notablement* » celles de l'autre partie. Dans l'hypothèse de la cessation de paiement²²¹⁶, la société concernée se trouve dans une telle situation de faiblesse qu'elle pourrait consentir à des contrats à des conditions particulièrement désavantageuses pour elle, espérant retrouver une meilleure santé financière. Le critère est bien celui de la disproportion, recherchée entre les obligations de la société en situation de cessation de paiement et son cocontractant²²¹⁷. En matière consumériste, en revanche, la disproportion est explicitement appréciée par rapport aux revenus du débiteur. En matière commerciale, le critère de la cessation de paiement s'apparente à une prise en compte semblable des capacités financières du débiteur pour apprécier la disproportion, mais il ne fait pas explicitement partie de l'évaluation opérée par le juge.

542. L'appréciation de la disproportion entre l'engagement et les revenus. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon²²¹⁸, les juges eurent à connaître d'un contrat de cautionnement par lequel un dirigeant d'entreprise non salarié s'était porté caution solidaire d'une société à hauteur d'une somme d'environ 700 000 euros en principal, intérêts et le cas échéant pénalités ou intérêts de retard, pour une durée de vingt-six ans afin de garantir le remboursement d'un prêt de 400 000 euros en principal. Il revient à la caution qui sollicite la reconnaissance de la disproportion d'apporter la preuve de son patrimoine, de ses revenus et de ses charges et dettes²²¹⁹ afin de mettre en mesure le juge d'apprécier la disproportion. À défaut, le juge devra nécessairement rejeter la demande fondée sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation²²²⁰. En l'espèce, la caution disposait d'un patrimoine de 454 000 euros. La cour d'appel de Lyon rappelle que « [la] disproportion de l'engagement de caution s'apprécie à la date de la conclusion du cautionnement sur la base des éléments alors connus et l'appréciation de la disproportion doit être effectuée au vu des déclarations de la caution concernant ses biens

²²¹⁶ Selon l'art. L. 631-1 du C. de commerce, la cessation de paiement correspond pour une société à « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

²²¹⁷ Qui rappelle le déséquilibre significatif sanctionné par le C. conso. en matière de clauses abusives, v. *infra* n° 622.

²²¹⁸ CA Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 12 mai 2021, n° 19/01636.

²²¹⁹ Les éventuels autres contrats de cautionnement souscrits avant le contrat dont se prévaut le créancier seront pris en compte par le juge pour considérer que les revenus de la caution sont moindres: v. CA Angers, ch. com., section A, 17 nov. 2020, n° 17/00037 : « *En présence d'engagements successifs, l'étude de la situation patrimoniale et du caractère disproportionné de l'engagement se fait de manière distincte pour chaque engagement, étant observé que les engagements antérieurs, deviennent au fur et à mesure de leur souscription une charge nouvelle à prendre en compte dans l'examen de cette disproportion* ».

²²²⁰ V. par ex. : CA Nancy, 5^{ème} ch. com., 14 avril 2021, n° 18/02883 ; CA Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 14 juin 2021, n° 18/04235.

et revenus dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude ». Se fondant sur les éléments de preuve qui leur étaient présentés, les juges estimèrent que l'engagement de la caution, au moment où il avait été pris, était manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine et ses charges.

La cour ajouta qu' « *en présence d'un cautionnement qui n'était pas disproportionné lors de sa conclusion, il est inopérant de rechercher s'il est devenu disproportionné au moment où la caution est appelée ; un cautionnement reste cependant valable, malgré son caractère disproportionné, dès lors que le patrimoine de la caution est suffisant au jour où l'établissement de crédit l'a appelé en paiement* ». Il revenait au créancier d'apporter la preuve que la caution était en mesure d'assumer l'engagement pris, au moment où elle était sollicitée. En l'espèce, les revenus de la caution avaient augmenté et elle avait reçu par donation la nue-propriété d'une maison d'une valeur de 370 000 euros²²²¹. La cour appliqua un barème fiscal de calcul en fonction de l'âge de l'usufruitier selon lequel il est attribué vingt pour cent de la valeur du bien à l'usufruitier et quatre-vingts pour cent au nu-propriétaire. Cela portait la valeur de la nue-propriété à 296 000 euros. Les juges estimèrent que le patrimoine immobilier et les revenus de la caution étaient suffisants, au moment où elle a été actionnée en paiement, pour lui permettre de faire face à son obligation. Ils rejetèrent donc *in fine* le caractère disproportionné de l'engagement de la caution.

En revanche, la diminution des revenus et du patrimoine de la caution postérieurement à la souscription de l'engagement est indifférente à l'appréciation du caractère disproportionné. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Metz²²²², les juges eurent à connaître d'un contrat de cautionnement pour lequel la caution tentait de faire valoir la diminution de ses revenus en raison de la perte de son emploi. La cour précisa qu'il n'y avait « *pas lieu de tenir compte de la dégradation de la situation financière de l'intéressé postérieure à son engagement et notamment due à la perte d'un emploi* ».

543. Le degré d'information des parties. Il convient de préciser que le créancier doit en principe s'informer sur la situation patrimoniale de la caution au moment de l'engagement.

²²²¹ L'ouverture d'une succession et la répartition des biens entre les héritiers est également susceptible de rendre la caution susceptible de faire face à son engagement, v. par ex : CA Nancy, 2^{ème} ch. civ., 28 janv. 2021, n° 20/00170 : « *il est justifié que le patrimoine de [la caution] lui permettait de faire face à son obligation [...] sachant que la créance alléguée par [le créancier] s'élève à la somme de 80 442,19 euros [...] alors que ses droits dans la liquidation de l'immeuble situé à Saint-Ouen après partage sont d'un montant supérieur, en l'occurrence égaux à 96 004,03 euros selon le projet de partage du notaire* ».

²²²² CA Metz, ch. com., 1^{er} avril 2021, n° 20/00204.

Cette information se réalise le plus souvent au moyen d'une fiche de renseignement remplie par la caution à la demande de la banque, quoiqu'aucune disposition légale n'impose la réalisation d'un tel document. Néanmoins, en l'absence de cette fiche, « *la banque s'expose [...] à ce que la caution prouve par tous moyens sa situation personnelle et patrimoniale à la date de souscription de l'engagement* », ce qui peut lui être très défavorable²²²³. En outre, la connaissance des dettes de la caution peut résulter d'autres documents. S'ils ont été communiqués à la banque, celle-ci sera considérée comme n'ayant pu ignorer l'existence du passif de la caution²²²⁴.

Or la connaissance par le créancier professionnel²²²⁵ des autres engagements financiers de la caution semble jouer un rôle dans l'appréciation du caractère disproportionné. Si la banque avait connaissance ou pouvait avoir connaissance des dettes de la caution, l'engagement de cette dernière sera plus facilement jugé disproportionné²²²⁶. *A contrario*, si la banque ignorait l'existence d'autres dettes, le juge serait plus réticent à le priver du bénéfice du cautionnement. Ce fut le cas dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux²²²⁷ dans lequel la banque soumit à l'appréciation des juges la fiche d'endettement remplie par la caution au moment de la signature du contrat de cautionnement. Le juge constata que la caution n'y mentionnait aucun des emprunts contractés auprès d'autres établissements bancaires et dont il se prévalait depuis l'action en paiement exercée par la banque. Par conséquent, cette dernière ne pouvait être tenue pour informée de l'existence de ces dettes. La cour ajoute que c'est « *surtout* » l'ampleur du patrimoine immobilier de la caution qui justifie sa décision mais elle mentionne l'ignorance par la banque de l'existence d'autres dettes.

En revanche, l'expérience et la connaissance du débiteur en matière de cautionnement est indifférente à la qualification de la disproportion. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel

²²²³ CA Angers, ch. com., section A, 17 nov. 2020, n° 17/00037.

²²²⁴ CA Metz, ch. com., 1^{er} avril 2021, n° 20/00204 : la banque ne contestait pas avoir reçu la copie du contrat de bail mettant le paiement de loyers mensuels à la charge de la caution.

²²²⁵ Le créancier professionnel fut défini par la jurisprudence comme « *celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* », cf. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2009, n° 08-15910, *Bull. civ. I*, 2009, n° 173. La notion de créancier professionnel a récemment été restreinte par la Cour de cassation qui a retenu que le dirigeant de société qui cède des parts sociales et bénéficie d'un cautionnement de la part du dirigeant de la société cessionnaire n'est pas nécessairement un créancier professionnel de par la seule circonstance qu'il procède à la cession de parts : « *La cession par un associé des droits qu'il détient dans le capital d'une société ou le remboursement des avances qu'il a consenties à la société ne caractérisent pas en eux-mêmes l'exercice d'une activité professionnelle, même si le cédant a été le gérant de la société cédée* », cf. Civ. 1^{ère}, 21 juin 2023, n° 21-24691, *Bull. civ. I*, 2023, p. 98, *Flash Defrénois*, n° 27, 2023, p. 7.

²²²⁶ V. par ex. : CA Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 12 mai 2021, n° 19/01636.

²²²⁷ CA Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 8 fév. 2021, n° 17/05941.

d'Angers²²²⁸, les juges précisèrent que la « *disposition s'applique à l'égard de toute caution, qu'elle soit avertie ou profane, même dans l'hypothèse où elle est dirigeante de la société débitrice principale* » ce qui était le cas en l'espèce. L'appréciation par les juges du caractère disproportionné de l'engagement n'exige donc pas la caractérisation de la caution d'avertie ou de profane, à l'inverse de l'appréciation du manquement du prêteur professionnel à son obligation d'information²²²⁹. Ces deux mécanismes ne doivent pas être confondus par les plaideurs. Plus précisément, l'octroi de dommages et intérêts ne peut être sollicité que pour le manquement du professionnel à son devoir de conseil ; une telle demande fondée sur l'existence du caractère disproportionné de l'engagement de la caution par rapport à ses revenus et biens est vouée à l'échec²²³⁰.

544. Les anomalies dans la déclaration de revenus de la caution. La caution est tenue par les informations qu'elle a communiqué au créancier au moment de la souscription de l'engagement de cautionnement. Le juge n'est pas tenu de vérifier l'exactitude de ses informations et peut s'en tenir à la fiche de renseignements remplie par la caution. En revanche, le juge peut prendre en compte des éléments allant à l'encontre de la fiche de renseignements si celle-ci présente des anomalies de nature à mettre en cause l'exactitude des données qu'elle contient. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon²²³¹, la cour releva la disparité d'écritures sur la fiche de renseignements qui corroborait l'hypothèse avancée par la caution selon laquelle le banquier avait complété à son insu le document. Elle précisa que cette anomalie permettait à la caution de faire valoir des revenus beaucoup moins élevés que ceux renseignés dans la fiche et qui permettait de retenir le caractère disproportionné de l'engagement de la caution au jour de la conclusion du contrat.

545. La motivation des décisions. L'appréciation du caractère disproportionné ne fait pas l'objet d'une explication détaillée, le juge étant souverain dans son appréciation de la disproportion. Il se contente ainsi de mentionner la valeur des revenus et du patrimoine de la caution et de préciser que la caution disposait ou non d'un patrimoine financier suffisant lors de son engagement de caution. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Agen²²³², les juges précisèrent seulement que le patrimoine immobilier était d'une valeur de 500 000 et

²²²⁸ CA Angers, ch. com., section A, 17 nov. 2020, n° 17/00037.

²²²⁹ V. *infra* n° 560.

²²³⁰ CA Aix-en-Provence, 3^{ème} et 4^{ème} ch. réunies, 10 juin 2021, n° 18/11218.

²²³¹ CA Lyon, 3^{ème} ch. A, 14 mai 2020, n° 18/01488.

²²³² CA Agen, ch. civ., section comm., 5 juill. 2021, n° 19/01062.

les revenus de 30 000 euros annuels, de telle sorte que l'engagement de la caution à hauteur de 45 000 euros n'était pas disproportionné. Cela ne surprend pas en l'espèce étant donné les chiffres mais il est possible d'imaginer des valeurs moins décisives. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy²²³³, le partage d'une succession avait octroyé un patrimoine d'environ 96 000 euros à la caution qui percevait un revenu mensuel de 1 000 euros. Les juges estimèrent que la caution pouvait alors faire face à son engagement à hauteur de 80 000 euros. Cela est moins évident que dans l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Agen. Il serait judicieux d'établir un barème ou une limite selon laquelle si l'engagement de la caution représente plus d'un tiers de son patrimoine et de ses revenus, alors l'engagement est disproportionné. Cela permettrait au juge de motiver clairement sa décision, d'harmoniser la jurisprudence sur le territoire français et de donner au juge un critère objectif d'appréciation de la disproportion facile à mettre en œuvre.

546. L'appréciation de la disproportion entre les obligations des parties en cas de cessation des paiements. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes²²³⁴, les juges eurent à connaître d'un contrat de travail conclu pendant la période de cessation des paiements²²³⁵ entre un entraîneur sportif et une association sportive de rugby. Le contrat prévoyait notamment un doublement de la rémunération brute annuelle du salarié à l'issue de la première année de contrat, engageant ainsi l'association à lui régler en moyenne environ 5 000 euros bruts mensuels sur une durée de trois ans. Les juges retinrent qu'une telle rémunération était « *incompatibles avec les capacités financières de l'association qui ne pouvait soutenir un engagement d'une telle ampleur sur une durée de trois ans* » et conclurent à la nullité du contrat de travail. À l'inverse, la cour d'appel de Rennes²²³⁶ a pu retenir l'absence de déséquilibre dans le contrat de travail conclu entre cette même société et un éducateur. En l'espèce, le salaire stipulé était de 1 500 euros mensuels ce qui était moins élevé que les 5 000 promis à l'entraîneur. En outre, les juges remarquèrent que cela représentait deux fois moins que le salaire moyen

²²³³ CA Nancy, 2^{ème} ch. civ., 28 janv. 2021, n° 20/00170.

²²³⁴ CA Rennes, 8^{ème} ch. prud'homale, 17 janv. 2020, n° 18/01344.

²²³⁵ Période dont le début est fixé par le tribunal de commerce et au cours de laquelle l'entreprise en difficulté est dans « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » selon l'art. L. 631-1 du C. de commerce.

²²³⁶ CA Rennes, 8^{ème} ch. prud'homale, 17 janv. 2020, n° 17/07604. V. dans le même sens : CA Rennes, 8^{ème} ch. prud'homale, 17 janv. 2020, n° 17/07636 pour un contrat de travail avec un joueur pour un salaire mensuel d'environ 1 500 euros.

pour un tel poste selon un rapport rédigé par la Fédération Française de Rugby et produit aux débats par le salarié²²³⁷.

Les juges s'attachent à évaluer la gravité de la situation financière de l'entreprise en difficulté. Cette dernière est certes en mauvaise santé financière mais selon le degré de déficit enregistré par la société, celle-ci peut être plus ou moins en mesure de faire face à de petits engagements financiers. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²²³⁸, la cour eut à connaître d'un avenant à un contrat de travail signé pendant la période de cessations de paiement entre l'entreprise et un salarié. L'avenant prévoyait qu'en plus de sa rémunération annuelle, le salarié percevrait une part variable sur objectifs égale à vingt-cinq pour cent de sa rémunération brute annuelle. Les bulletins de salaire permettaient d'établir une « prime d'objectif » de 50 000 euros en septembre 2015 et une de 15 000 euros en janvier 2016. La cour nota également que l'entreprise enregistrait un déficit de presque 400 000 euros en 2014 contre seulement 21 000 euros en 2013. Elle en conclut que l'avenant avait été signé dans un contexte de difficultés croissantes de la société, de telle sorte que l'avenant devait être déclaré nul.

À la différence du raisonnement du juge en matière de cautionnement consenti par un consommateur²²³⁹, la conclusion de contrats antérieurs au contrat litigieux en matière commerciale est indifférente à la caractérisation du déséquilibre. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²²⁴⁰, les juges refusèrent d'apprécier le déséquilibre entre les obligations réciproques des parties à la lumière d'un contrat de vente postérieur au contrat litigieux. Ce raisonnement semble fondé, eu égard à la rédaction de l'article L. 632-1 du Code de commerce puisque la disposition vise la nullité du contrat litigieux au regard des seules obligations qu'il prévoit entre les parties. À la différence du contrat de cautionnement en matière consumériste, les revenus et dettes du débiteur sont indifférents dans l'appréciation judiciaire de la disproportion.

De même, la connaissance du cocontractant de l'existence d'une cessation de paiements n'est *a priori* pas censée entrer en ligne de compte et constituer un élément susceptible de

²²³⁷ V. dans le même sens : CA Angers, ch. soc., 19 nov. 2020, n° 18/00405 pour un contrat d'apprentissage qui par essence prévoit une rémunération de l'apprenti principalement en nature puisque l'entreprise s'engage surtout à former le contractant et à le faire bénéficier de son savoir-faire. Dans ces conditions, le salaire stipulait étant très modeste, il ne représentait pas une obligation excessive alors que l'apprenti s'engageait à contribuer à l'activité normale de l'entreprise.

²²³⁸ CA Paris, Pôle 6, ch. 6, 14 oct. 2020, n° 18/03853.

²²³⁹ V. *supra* n° 542.

²²⁴⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 15 juin 2021, n° 19/20204.

persuader le juge de prononcer la nullité du contrat²²⁴¹. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon²²⁴², les juges eurent à connaître d'un contrat de travail entre une entreprise de transport et un conducteur routier. Ils précisèrent que leur appréciation du déséquilibre entre les obligations des parties ne leur imposait pas de rechercher si le salarié avait connaissance de l'état de cessation des paiements. La bonne foi du salarié résidant dans l'ignorance de l'état de cessation des paiements ne doit ainsi pas permettre au juge de première instance de conclure à l'absence de déséquilibre et à la validité du contrat²²⁴³.

Le refus initial de l'immixtion judiciaire dans le contenu du contrat a connu un infléchissement en droit français comme en droit anglais. Cependant, il convient de noter que ce tempérament est inégal : les mécanismes permettant l'intervention du juge en vue de sanctionner l'équivalence objective des prestations contractuelles réciproques par l'annulation de la convention sont très nombreux en France et quasi inexistantes en Angleterre.

Outre l'annulation du contrat comprenant des prestations inéquivalentes, le juge s'est également vu octroyer la possibilité de réécrire le contrat en vue de permettre sa survie sous une forme rééquilibrée.

Section 2 – La réécriture du contrat en vue de l'équilibre des prestations

547. L'action du juge sur les obligations contractuelles. Les juges français et les juges anglais disposent d'un pouvoir de réécriture du contrat lorsque celui-ci présente, dès sa conclusion, des déséquilibres. Un pouvoir de réécriture considérable se manifeste d'abord par l'autorisation faite aux juges de découvrir et d'ajouter des obligations implicites dans l'*instrumentum* (§ 1). Il se manifeste également par la modification d'obligations préexistantes (§ 2).

§ 1 - La réécriture du contrat par l'ajout d'obligations implicites

548. L'obligation implicite et l'obligation explicite. La distinction entre obligations implicites et explicites, bien qu'elle n'existe pas en droit positif français, figure dans les Principes européens du droit des contrats qui disposent : « *en plus d'obligations expresses, un contrat peut contenir des obligations implicites qui découlent de l'intention des parties, de*

²²⁴¹ V. *supra* n° 543.

²²⁴² CA Lyon, ch. soc. A, 3 fév. 2021, n° 18/03577.

²²⁴³ CA Angers, ch. soc., 19 nov. 2020, n° 18/00405.

la nature et du but du contrat et de la bonne foi »²²⁴⁴. En ce qui concerne le droit français, la référence à la bonne foi est strictement identique à celle de l'ancien article 1134, alinéa 3 tandis que la référence à la nature et au but du contrat évoque « *les suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature* » visées par l'ancien article 1135 du Code civil. Cela permet de pressentir un possible rapprochement entre la bonne foi et l'équité comme fondements de la découverte d'obligations implicites par le juge.

549. La variété de sources des obligations implicites. Il existe plusieurs sources à l'ajout d'obligations contractuelles. L'une d'entre elles a déjà été évoquée et correspond à l'existence d'usages commerciaux. Lorsqu'un contrat a été conclu entre deux professionnels et qu'il existe un usage applicable à leur contrat, les juges estimeront que les parties sont tenues de le respecter²²⁴⁵. La différence entre l'obligation implicite découverte par l'usage et l'obligation implicite imposée par l'équité tient au degré d'arbitraire de chacune de ces découvertes : l'existence d'un usage peut être déterminée par la réunion de critères suffisamment objectifs et ainsi donner lieu à une systématisation et une harmonisation de la jurisprudence sur le territoire. En revanche, l'équité est particulièrement susceptible d'être conçue de façon très variée d'un juge à l'autre et la mise en place de critères objectivement décelables semble difficilement atteignable. Par conséquent, l'obligation implicite dégagée au nom de l'équité ne peut être envisagée dans le même temps que l'obligation tirée de l'usage commercial puisque la première caractérise un pouvoir particulièrement accru du juge français sur le contrat.

550. Deux dispositions, une fonction identique. En outre, la bonne foi est également susceptible de permettre au juge de découvrir des obligations qui ne sont pas exprimées dans le contrat. La distinction entre les notions d'équité et de bonne foi, ainsi que la distinction de leur fonction au sein du droit français des contrats, n'est pas évidente. Elles sont parfois considérées comme des synonymes²²⁴⁶ et « *ont manifestement des fonctions voisines* »²²⁴⁷. Néanmoins, la présence de deux dispositions distinctes ainsi que l'utilisation de deux expressions distinctes,

²²⁴⁴ Art. 6 : 102 des PDEC.

²²⁴⁵ V. *supra* n° 281.

²²⁴⁶ Jan VAN DUNNÉ, « On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles », *Const. L. J.*, vol. 31, n° 1, 2015, p. 11, à propos de l'art. 1135 du C. civil : « *Ici, nous découvrons la bonne foi sous l'apparence de l'équité, accompagnée de l'usage et dans l'ombre de la loi, qui peuvent aussi compléter le contrat* » ; « *Here we find la bonne foi in the guise of equity, accompanied by custom and in the shadow of the law, which also may supplement the contract* ».

²²⁴⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 607, p. 702.

« équité » d'une part, « bonne foi » d'autre part, laissent penser qu'elles renvoient à des idées différentes et ont une fonction ou encore une portée différentes²²⁴⁸. Un premier élément de différenciation résiderait dans le stade auquel interviennent ces notions. En effet, le Code civil place l'article 1104 relatif à la bonne foi dans les dispositions liminaires, alors que l'équité, accompagnée de l'usage et de la loi, figure dans une section intitulée « Effets des contrats entre les parties », sous-section 1 « Force obligatoire »²²⁴⁹. Par conséquent, la bonne foi serait un principe général qui sous-tendrait l'ensemble de droit des contrats, présent à tous les stades de la vie du contrat à savoir les négociations, la formation et l'exécution, alors que l'équité serait un effet du contrat légalement formé et aurait donc une portée ou une importance moindre dans le droit des contrats français.

En outre, il semble logique de distinguer les deux notions puisqu'elles ne sont pas désignées par la même expression. Néanmoins, il est très difficile d'établir une distinction étanche entre les notions de bonne foi et d'équité. Ces notions semblent, sans être exactement synonyme, étroitement liées. Cela ne facilite pas la distinction entre les deux mécanismes. Il convient de s'interroger sur le rapport qu'entretiennent la bonne foi et l'équité. Plusieurs hypothèses sont possibles : elles seraient synonymes, ou bien l'équité engloberait la bonne foi, ou encore la bonne foi serait un moyen qui servirait l'équité. En effet, « [a]lors que la bonne foi agit en quelque sorte de l'intérieur en veillant à une exécution loyale²²⁵⁰ de la part de chaque contractant, l'équité le fait de l'extérieur en se plaçant à un point de vue plus élevé, celui de la justice et en concourant à définir ce qui est dû »²²⁵¹. Autrement dit, si la bonne foi concerne l'action particulière du contractant, l'équité concerne le contrat²²⁵² : une action loyale aboutirait à un contrat juste, équitable. Par conséquent, la bonne foi serait un moyen au service d'une fin qu'est l'équité.

²²⁴⁸ V. notam. Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n^{os} 158s, pp. 298s, spéc. n^o 166, p. 316. L'auteur propose de distinguer l'art. 1134 al. 3 du C. civil de l'art. 1135 sur le fondement notam. de leur objet et de leurs effets : la bonne foi concernerait la « manière d'exécuter » alors que l'équité concernerait « la matière à exécuter » autrement dit la bonne foi ne permet pas, à l'inverse de l'équité, d'enrichir le contenu du contrat. Néanmoins, l'auteur nuance rapidement cette analyse en reconnaissant à la bonne foi un rôle « correcteur, au moins modérateur », cf. n^o 169, p. 321 et nbp 2, p. 321.

²²⁴⁹ Cela réfuterait l'argument de Pascal ANCEL qui avançait, pour distinguer la bonne foi et l'équité, que la bonne foi ne donne pas naissance à des obligations contractuelles mais était relative à la force obligatoire du contrat, cf. Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, n^o 39. Il semblerait que ce soit finalement l'équité qui soit relative à la force obligatoire du contrat.

²²⁵⁰ L'exigence de bonne foi n'étant en réalité pas cantonnée à l'exécution du contrat.

²²⁵¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n^o 601, p. 702.

²²⁵² V. Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n^o 166, p. 315.

En revanche, si la bonne foi et l'équité peuvent être distinguées selon leur valeur, en tant que moyen et fin, ainsi que dans leur contenu et dans leur portée en tant que notions juridiques, elles sont toutes les deux des sources d'obligations contractuelles dégagées principalement par le juge²²⁵³. Concevoir la bonne foi comme un principe sous-tendant le droit des contrats et l'équité comme un simple effet du contrat ne change pas ce constat. Il a été observé que, « [c]onsacrant l'étroite alliance de l'ordre moral et de l'ordre civil, la loi prescrit [...] à tous, dans leurs conventions, l'honnêteté, la sincérité, la bonne foi, l'équité »²²⁵⁴. Les deux notions figurent l'une à la suite de l'autre dans une énumération de notions proches et sans distinction. En outre, il leur est attribué la même fonction. Plus précisément, à propos de l'ancien article 1135, le Doyen CARBONNIER écrit : « Il faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées, si elles lui paraissent commandées par la nature de l'opération, son économie générale, son esprit [il prend pour exemple l'obligation de sécurité]. Finalement, le contrat des contractants est le contrat que, par hypothèse, auraient conclu des gens raisonnables »²²⁵⁵. Or ainsi que le notent certains auteurs, la bonne foi semble avoir la même fonction²²⁵⁶. De nombreux arrêts rendus par des cours d'appel dans les dernières années et faisant application de la loi ancienne citent ensemble les anciens articles 1134, alinéa 3 et 1135 en un seul paragraphe, sans procéder à une distinction et sans préciser où interviennent les considérations d'équité et où interviennent les considérations de bonne foi²²⁵⁷. Il ressort que l'article 1104 comme l'article 1194 du Code civil sont des mécanismes de justice contractuelle dont l'acteur principal est le juge²²⁵⁸.

L'obligation implicite en droit français repose donc sur deux notions essentielles : l'équité et la bonne foi. En revanche, la possibilité pour le juge anglais de découvrir des obligations implicites dans un souci de justice contractuelle est, sans être entièrement absente, plus nuancée.

²²⁵³ Le législateur en consacre certaines telles que l'obligation de sécurité ou d'information dans certains contrats, v. respectivement *infra* n^{os} 558 et 559.

²²⁵⁴ Frédéric PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris : Joubert, 1844, p. XLIII.

²²⁵⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. Quadrige Manuels, 2017, n^o 949, p. 1978.

²²⁵⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n^o 601, pp. 702s.

²²⁵⁷ V. par ex. : CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 2 fév. 2021, n^o 18/03144 ; CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 19 janv. 2021, n^o 18/00390 ; CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 12 janv. 2021, n^o 19/03091 ; CA Rouen, ch. de la proximité, 19 nov. 2020, n^o 19/03237 ; CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 17 nov. 2020, n^o 19/02737 ; CA Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 19 oct. 2020, n^o 18/03457 ; CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 9 juin 2020, n^o 18/06565. Sauf indication contraire, les arrêts cités dans les développements suivants présentent la même caractéristique.

²²⁵⁸ Philippe LE TOURNEAU et Mathieu POUMARÈDE, « Bonne foi », in *Rép. Civ.*, Dalloz, janvier 2017, (actu. avril 2019), n^o 68 : « [...] de pair avec l'équité visée à l'ancien article 1135 du code civil (C. civ., art. 1194 nouv.), la bonne foi a constitué le support d'une interprétation créatrice du contrat ».

Ces obligations sont nommées *implied terms in law* et sont fondées sur des notions de *reasonableness* et *fairness* qui jouent un rôle équivalent à celles de l'équité ou de la bonne foi contractuelles (A). Les obligations ainsi découvertes par les juges et non expressément prévues par les parties ne peuvent être rattachées à la volonté des contractants. La découverte d'une obligation implicite peut s'analyser en une réécriture judiciaire du contrat dans un souci de moralisation de la vie contractuelle (B).

A) Les fondements de l'obligation implicite : l'objectif de justice contractuelle

551. Deux fondements distincts. La découverte d'obligations implicites, particulièrement susceptible de laisser une marge de manœuvre conséquente au juge français²²⁵⁹, est fondée sur deux dispositions distinctes du Code civil qui sont utilisées de façon concomitante par les juges du fond et la Cour de cassation : d'une part, l'article 1194 du Code civil faisant référence à l'équité, et, d'autre part, l'article 1104 du Code civil mentionnant la bonne foi (1). La découverte d'obligations implicites telle qu'elle est pratiquée par le juge anglais repose sur la notion de *fairness* (2).

1) La découverte d'obligations implicites sur le fondement de l'équité et de la bonne foi

552. L'équité. La notion d'équité est entourée de « *mystères, d'incertitudes et d'embarras* »²²⁶⁰. Elle « *a toujours embarrassé les juristes en raison de la difficulté qu'ils ont éprouvée pour la définir de manière univoque et pour la situer précisément par rapport au droit. Comme le montrent les analyses sémantique ou historique, l'équité, selon la conception que l'on s'en fait, s'oppose à la loi ou bien la prolonge, l'améliore, voire la corrige. Quoi qu'il en soit, l'équité occupe une place centrale dans un grand nombre d'interrogations fondamentales sur le droit* »²²⁶¹. Le terme équité se caractérise par sa polysémie²²⁶² ; les multiples définitions qui en ont été données se caractérisent par leur risque d'ambiguïté²²⁶³. Bien qu'il ne soit pas possible de reprendre toute la réflexion déjà développée sur la notion

²²⁵⁹ La découverte d'obligations implicites sur le fondement de l'usage laisse moins de liberté au juge dans la mesure où elle nécessite au préalable de dégager l'existence d'un usage, v. *supra* n° 283.

²²⁶⁰ Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *Arch. Phil. Dr.*, t. 35, 1990, p. 87.

²²⁶¹ Charles JARROSSON et François-Xavier TESTU, *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, v. Équité, p. 635.

²²⁶² André TUNC, « Équité », in *Encyclopædia Universalis*, t. 8, Paris : Encyclopædia universalis, 2008, p. 848.

²²⁶³ André DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Imprimerie F. Boisseau, 1934, p. 103.

d'équité²²⁶⁴, il ressort des divers travaux qui lui sont consacrés que l'équité est assimilée à la justice ou constitue *a minima* un outil au service de la justice. Dans le cadre du litige, elle est un moyen d'aboutir à une solution qui satisfait le principe de justice telle qu'elle était conçue chez les Grecs et développée dans l'antiquité romaine : *suum cuique tribuere*²²⁶⁵. L'équité, dans un sens large, correspond donc au « [p]rincipe impliquant l'appréciation juste, le respect absolu de ce qui est dû à chacun »²²⁶⁶. Plus précisément, elle est « un cadre dans lequel des valeurs plus spécifiques peuvent être insérées et pesées l'une contre l'autre » : le rôle du juge est alors « de construire une priorité entre les valeurs en conflit bien adaptée aux circonstances de l'affaire »²²⁶⁷. La mise en œuvre de l'équité se caractérise par une approche casuistique car elle est un « sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste ; en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier »²²⁶⁸. Or l'appréciation de cas concrets et particuliers constitue l'essentiel de la tâche qui incombe aux juges du fond.

²²⁶⁴ André DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Imprimerie F. Boisseau, 1934 ; Placido GUTIERREZ, *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'équité pour le progrès du droit international*, Thèse, Toulouse, 1972, dactyl. ; Jean THIRION, *L'avènement de l'équité comme source de droit*, Thèse, Paris, 1951, dactyl. ; Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, t. 329, LGDJ, coll. BDP, 2000 ; Jérôme FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, coll. IDA, 2004 ; Vincent BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Lille : ANRT, 2008 ; André AMIAUD, Alexander BECK et alli., *Aequitas und bona fides Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius. Mélanges Simonius*, Bâles, Basel, 1955 ; Marie-Luce PAVIA (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003 ; Jean-Denis BREDIN, « La loi du juge », in *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, 1982, Litec, p. 15 ; Frédéric ZÉNATI, « Le juge et l'équité », in *Ann. fac. dr. Lyon*, L'Hermès, 1985-89, n° 10, p. X ; Loïc CADDIET, « Efficience versus équité ! », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, 2004, Bruxelles : Bruylant, p. 25 ; Yves DESDEVICES, « Équité et conciliation », in *De Code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, p. 209 ; Benoît JEANNEAU, « Le traitement de l'équité en droit français », in *Les travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 33, 1970, Paris : Cujas, p. 21 ; André TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit, Séminaire de Liège, 21 et 22 oct. 1977*, Liège : Université de Liège, 1978, p. 281 ; F. MARTZLOFF, « L'équité devant le juge civil français », in Patrick FRYDMAN (dir.), *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et démocratie, 1992, Doc. fr., p. 57 ; Paul FORIERS, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », *Revue critique de jurisprudence belge*, note sous Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1955, p. 87 ; René DAVID, « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ*, 1986, p. 109 ; Éric AGOSTINI, « L'équité », *D.* 1978. chron. 7 ; Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *Arch. Phil. Dr.*, t. 35, 1990, p. 87 ; André PERDRIAU, « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ? », *Gaz. Pal.*, 1996. 2. doctr. 1388 ; Loïc CADDIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, 1998, p. 87 ; Daniel GUTMANN, « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Rev. hist. Justice*, 1998, p. 141 ; Pierre KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *RRJ*, 1999, p. 13 ; « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », *RRJ*, 2001, p. 15 ; Hans SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ*, 2002, p. 1679 ; François TERRÉ, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *Arch. Phil. Dr.*, t. 51, 2008, p. 21 ; Céline DRAND, « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVI^e au XVIII^e siècle », *RDC*, 2015, p. 611.

²²⁶⁵ CICÉRON, *De Natura Deorum*, III, 38.

²²⁶⁶ CNRS, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle*. Sens A. -1. [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition/équité> (page consultée le 04/02/2021)

²²⁶⁷ John BELL, « L'équité dans la justice anglaise : perspectives théoriques », in Marie-Luce PAVIA (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003, p. 132.

²²⁶⁸ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2010, p. 295.

553. L'équité comme source du droit. Ainsi que le démontre un auteur, l'équité revêt deux caractéristiques principales : elle aboutit d'abord à des solutions présentant un caractère « *incertain et fuyant* »²²⁶⁹ ; elle présente ensuite une « *dimension morale, émotionnelle* »²²⁷⁰. C'est en effet parce que l'équité est difficile à définir, ainsi qu'en témoignent les nombreux travaux qui y sont consacrés et les multiples définitions qui en sont proposées, et que son contenu peut sembler subjectif, c'est-à-dire relatif à un point de vue spatio-temporel, qu'elle aboutit à des solutions non systématiques. Ainsi, « *ce qui paraît équitable pour l'un semblerait injuste pour l'autre* »²²⁷¹. Par exemple, dans l'arrêt Canal de Craponne, les juges du fond avaient procédé à une augmentation de la redevance due au propriétaire du canal pour son entretien. Une autre cour d'appel aurait pu fixer le montant dû à une somme supérieure ou inférieure. « *Les appréciations individuelles sur le juste et l'injuste sont parfois arbitraires et les opinions contradictoires à leur endroit ne manquent pas d'être souvent embarrassantes* »²²⁷². Les magistrats ne font pas exception à cette règle. L'équité ne permettant pas d'aboutir à des solutions prévisibles, contrairement à la loi à laquelle il est attribuée une plus grande sécurité juridique, « *l'équité ne [serait] pas une source de droit* » en France. Par conséquent, la Cour de cassation censure en principe les décisions fondées sur l'équité²²⁷³. L'arrêt Canal de Craponne en est une bonne illustration²²⁷⁴. Néanmoins, en réalité, en droit français, il s'avère que « *l'équité se trouve [...] investie du statut de source du droit dans un domaine majeur, le droit des contrat* »²²⁷⁵.

554. L'équité en matière contractuelle. Dans le cadre du litige contractuel, l'équité serait un outil au service de la justice contractuelle. Le législateur impose au juge français d'avoir recours à « l'équité » en la matière puisque l'article 1194 du Code civil dispose : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité [...]* ». Il s'agit de la seule mention explicite à l'équité dans le Code civil. Le

²²⁶⁹ André TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit, Séminaire de Liège, 21 et 22 oct. 1977*, Liège : Université de Liège, 1978, p. 281.

²²⁷⁰ Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, t. 329, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 107, p. 64.

²²⁷¹ Xavier JANNE D'OTHÉE, « Quelques réflexions sur le rôle de la "bonne foi et équité" dans notre code civil », in *Aequitas und bona fides Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius. Mélanges Simonius*, Basel : Helbing Lichtenhahn, 1955, p. 163.

²²⁷² *Ibid.*, p. 166.

²²⁷³ Les juges du fond ayant eux-mêmes l'occasion de rappeler que « *l'équité ne permet pas au juge de porter atteinte à l'intangibilité des conventions* », cf. CA Versailles, 17^{ème} ch. 3 juill. 2019, n° 16/04801.

²²⁷⁴ V. *infra* n° 688. V. aussi : Soc., 4 déc. 1996, n°s 94-40693 et 94-40701, *Bull. civ.* V, 1996, n° 421, p. 304, *RTD civ.*, 1998, p. 221, N. MOLFESSIS, dans lequel la Cour censura la décision du conseil de prud'hommes qui avait décidé, sur le fondement de l'art. 1135 du C. civil que, « *si en cas de non-travail d'un jour férié, il y a maintien du salaire, il serait inéquitable en cas de travail effectif de n'en rester qu'à l'attribution d'un salaire identique* ».

²²⁷⁵ Frédéric ZÉNATI, « Le juge et l'équité », in *Ann. fac. dr. Lyon*, L'Hermès, 1985-89, n° 10.

vocabulaire juridique de CORNU fait explicitement référence à la lettre du nouvel article 1194 et définit ainsi l'équité : « *Atténuation, modification apportées au Droit, à la loi, en considération de circonstances particulières : modération raisonnable dans l'application du Droit* ». Il ressort de cette définition que le juge est autorisé à faire preuve de réserve dans l'application de la lettre du contrat : l'équité commande parfois de moduler une lecture littérale de l'*instrumentum*. Ainsi que le souligne un auteur, « *à un droit précis, normatif et rigoureux, générateur de prévisibilité et de sécurité se substitue, par touches successives, un droit du possible, de l'éventuel, de l'incertain. Impuissant à traduire la justice, le législateur impose au juge de rechercher l'équité* »²²⁷⁶.

555. L'équité, correctrice ou complétive du contrat ? L'équité suscite beaucoup d'inquiétude car elle conférerait au juge un pouvoir excessif et incontrôlable²²⁷⁷ en raison de ses caractères insaisissable et subjectif. Néanmoins, l'équité n'aurait pour fonction que de donner effet à la volonté des parties et les obligations dégagées sur son fondement « *ont pour vocation de permettre au contrat de produire son plein effet* »²²⁷⁸. Ainsi comprise, l'équité provoque moins d'inquiétude : le juge ne ferait que donner effet à la volonté des parties. Cependant, il est difficile de voir en quoi la découverte d'obligations implicites sur le fondement de l'équité en vertu de l'article 1194 viserait uniquement à assurer l'exécution utile du contrat. Sur le principe, la distinction entre le processus de découverte des obligations fondées sur la bonne foi du processus de découverte des obligations fondées sur l'équité ne semble pas évidente. Les deux types d'obligations²²⁷⁹ ne sont pas expressément stipulés dans la convention : ils sont découverts par le juge à la lecture de l'*instrumentum* et constituent des obligations implicites. Les deux mécanismes ne semblent donc pas si distincts.

Ensuite, en ce qui concerne les exemples utilisés pour illustrer l'idée que les obligations dégagées sur le fondement de l'ancien article 1135 visent seulement à « *assurer l'exécution utile du contrat* »²²⁸⁰, il est possible d'émettre des réserves. Par exemple, l'obligation de sécurité

²²⁷⁶ Didier MARTIN, « Le droit de l'indivision », *D.*, 1997, chr. XXX, n° 20, p. 224. L'auteur écrit cela à propos de l'indivision, mais la remarque a une portée très générale.

²²⁷⁷ « *Dieu nous préserve de l'équité des Parlements* ».

²²⁷⁸ Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. IDA, 2012, n° 426, p. 289.

²²⁷⁹ Certains auteurs expliquent que la bonne foi ne donne pas naissance à des obligations contractuelles au sens propre du terme, v. Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n° 168, pp. 318s. Néanmoins, la bonne foi sert de fondement à la sanction des comportements déloyaux des contractants par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Il est alors difficile de comprendre en quoi ce qui est ainsi sanctionné ne correspondrait pas à une obligation de nature contractuelle.

²²⁸⁰ Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. IDA, 2012, n° 430, p. 294.

semble effectivement découler naturellement du contrat de transport et, même s'il est difficile de le démontrer, il n'est pas difficile de l'entendre de façon intuitive. En revanche, l'obligation de sécurité a reçu des applications dans des contrats variés, autres que le contrat de transport, tels que le contrat de restauration et d'hôtellerie²²⁸¹. Il est plus difficile de voir en quoi une obligation de sécurité, hormis dans les cas d'empoisonnement²²⁸², se rattache de façon naturelle à l'obligation principale du restaurateur. À n'en pas douter, l'objectif de la découverte de l'obligation de sécurité dans un tel contrat était avant tout l'indemnisation de la victime dans une conception large de la justice contractuelle. Autrement dit, l'obligation de sécurité, dégagée sur le fondement de l'ancien article 1135, ne sert pas toujours à donner plein effet au contrat. Par extension, l'article 1194, et par son biais l'équité, ne donnent pas toujours son plein effet au contrat. L'équité a « *une véritable fonction complétive* »²²⁸³, c'est-à-dire qu'elle ajoute au contrat²²⁸⁴, lui permettant d'opérer comme un outil de moralisation des relations contractuelles.

556. Un pouvoir judiciaire accru. En réalité, à la différence des autres outils complétifs du contrat tels que la loi et l'usage, l'équité est synonyme d'un pouvoir judiciaire marqué. Sur le fondement de l'ancien article 1135 devenu aujourd'hui l'article 1194 du Code civil, le juge français a, au nom de l'équité, imposé aux parties un certain nombre d'obligations implicites dont certains auteurs estiment qu'elles relèvent non pas de l'interprétation au sens de la découverte de la volonté des parties mais d'une « *interprétation créatrice* »²²⁸⁵ ou encore plus simplement d'une « *adjonction d'obligations* »²²⁸⁶ opérée par le juge. Dans cette hypothèse, « *le juge abandonne [...] le rôle de simple interprète de la volonté des parties* »²²⁸⁷ car cette « *interprétation-adjonction* »²²⁸⁸ consiste à ajouter du contenu contractuel. Il ne s'agit pas seulement de donner au contrat son plein effet car « *[l]a mission correctrice de l'équité ne*

²²⁸¹ Civ., 6 mai 1946, *JCP* 1946. II. 3236, note R. RODIÈRE ; Civ. 1^{ère}, 7 fév. 1966, *D.*, 1966, p. 314 ; Civ. 1^{ère}, 9 mars 1970, *Bull. civ.* I, 1970, n° 87, p. 71 ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 1973, *Bull. civ.* IV, 1973, n° 220 ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 1991, n° 89-21791, *Bull. civ.* I, n° 163, p. 108, *RTD civ.* 1991, 757, P. JOURDAIN.

²²⁸² CA Poitiers, 16 déc. 1970, *Gaz. Pal.* 1971. 1. 264, *JCP* 1972. II. 17127, note G. MÉMETEAU ; *RTD civ.*, 1971, p. 665, G. DURRY ; *RTD civ.*, 1971, p. 670 G. CORNU.

²²⁸³ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 264, p. 229.

²²⁸⁴ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n°s 316s, pp. 652s. V. aussi : Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, t. 460, LGDJ, coll. Thèses, 2006, n° 210, p. 204.

²²⁸⁵ Muriel SANTA-CROCE, « Fasc. 70 : Contrats Internationaux. – Domaine de la loi du contrat. – Interprétation du contrat. – Exécution en nature des obligations », in *JurisCl. Civil Code*, 1^{er} mars 2008, (actu. 30 avril 2018), n° 20.

²²⁸⁶ Jacques MESTRE et Anne LAUDE, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 18.

²²⁸⁷ Yves PICOD, « Fasc. unique : Contrat. – Force obligatoire du contrat. – Bonne foi », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 20 nov. 2019, (actu. 1^{er} sept. 2020).

²²⁸⁸ Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris : LGDJ, 1961, n° 406, p. 403.

s'applique qu'avec une réelle mesure dans le domaine des relations contractuelles »²²⁸⁹. Par conséquent, l'utilisation de l'équité pour dégager des obligations implicites est la manifestation d'un degré d'interventionnisme judiciaire élevé dans le contrat. En outre, cet interventionnisme aboutit à la mise en place d'une certaine conception de la justice contractuelle qu'il convient, à défaut de définir, d'illustrer par les différentes obligations dégagées sur son fondement²²⁹⁰.

557. Le rôle de la bonne foi. Il faut d'abord associer à l'équité une autre notion : celle de bonne foi qui a également fait l'objet de très nombreux travaux²²⁹¹. Ainsi que le note une

²²⁸⁹ Christophe ALBIGES, « L'équité », in *Rép. Civ.*, Dalloz, oct. 2017, n° 41.

²²⁹⁰ Les jurisprudences citées ont été recherchées à l'aide de l'outil LexisNexis avec les mots clés « les suites que l'équité » sur la période allant du 1^{er} mars 2019 au 1^{er} mars 2021. La recherche a rendu plus de 500 résultats qui n'ont pu tous être étudiés dans le détail.

²²⁹¹ Robert VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris : LGDJ, 1939 ; Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, LGDJ, coll. BDP, 1989 ; R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992 ; S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, LGDJ, 2000 ; David BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005 ; Sylvia CALMES-BRUNET, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, coll. NBT, 2001 ; Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001 ; Rita JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016 ; Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du code civil*, Dalloz, 2005 ; Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot. Professeurs, avocat, juge au service du droit des affaires*, 2011, Dalloz- Litec, p. 61 ; « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Rev. juridique Thémis*, 45-1, 2011, p. 87 ; Laurent AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. dr.*, 2000, n° 44, p. 198 ; Nicolas BALAT, « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *Rev. dr. Assas*, févr. 2016, p. 59 ; Jean-Pierre BAUD, « La bonne foi depuis le Moyen Âge », Conférence à l'École doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X-Nanterre, 2001 ; Alain BÉNABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in Assoc. H. Capitant, *Travaux Louisiana 1992, La bonne foi*, t. XLIII, 1994, Litec ; Jean-Denis BREDIN, « La loi du juge », in *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, 1982, Litec, p. 15 ; Philippe BRUNSWICK, « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », *Cah. dr. entr.*, 2016, Dossier 4 ; Rémy CABRILALC, « Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions », *JCP*, 2008. I. 190 ; Hugh BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la law commission anglaise », in « Dossier : La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », *RDC*, 2006, p. 135 ; P. MAYER, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, Helbing et Lichtenhahn, p. 543 ; Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 ; David COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517 ; Muriel FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 ; David DEROUSSIN, « La bonne foi contractuelle (droit romain-xixième siècle) : esquisse d'une évolution », in Claude OPHELE et Philippe RÉMY (dir.), *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 83 ; Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; Charles JARROSSON, « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in *L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe Fouchard*, Pedone, 2006, p. 185 ; Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'équilibre fondamental », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 ; Patrice JOURDAIN, « Rapport français », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, coll. Trav. Assoc. Henri Capitant, 1994, p. 121 ; Daniel MAINGUY, « Le contractant, personne de bonne foi ? », in Christophe ALBIGES et Éric NÉGRON (dir.), *La réforme du droit des contrats, 1ère Journée Cambacérès : 3 juillet 2015, Montpellier*, Presses de la Faculté de Montpellier, coll. Actes de colloque, 2015, p. 83 ; « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, Litec, p. 379 ; Denis MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, n° 117, 1998, p. 12 ; « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in

auteure, « l'article 1135 ne bénéficie [...] pas d'un monopole s'agissant de la création des obligations implicites »²²⁹². L'alinéa 3 de l'ancien article 1134 a été repris par l'article 1104 nouveau du Code civil qui dispose : « Les conventions doivent être négociées, formées et exécutées de bonne foi ». À propos de l'ancienne disposition, le Doyen CARBONNIER écrivait : « Cela signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit »²²⁹³. Outre les parties, l'article 1104 concerne également le juge car c'est à lui

L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz-PUF-Éd. du Juris-cl., coll. Études, Mélanges, Travaux, p. 603 ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 905 ; Horatia MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1999, p. 303 ; Bruno OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319 ; Pierre CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », in Bernard ABRY, Jean-Luc AUBERT, Jacques BÉGUIN, et alli., *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, coll. Mélanges, 2006, p. 291 ; Yves LEQUETTE, « Le bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2007, p. 437 ; René-Marie RAMPPELBERG, « La bonne foi contractuelle : d'un passé glorieux à un avenir contrasté », *Fundamina*, vol. 20, n° 2, p. 777 [En ligne] <https://isidore.science/document/10670/1.kburzr> (page consultée le 28/09/2022) ; Patrice JOURDAIN, « Le devoir de "se" renseigner », *D.* 1983, chron. 139 ; E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985. 241 ; Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 439 ; Gérard CORNU, « La bonté du législateur », *RTD civ.*, 1991. 283 ; Philippe DELEBECQUE, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. Pal.*, 1997.2. doct. 1184 ; Filippo RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, n° 4, 1998, p. 1055 ; François DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAI*, 1999, p. 737 ; Hervé LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, 1999, p. 273 ; Olivier DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011. 726 ; « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004. 187 ; « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Arch. Phil. dr.*, 1999, p. 259 ; M. DOUCHY-LOUDOT, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 3 ; Hubert GROUTEL, « Le devoir de conseil », in « Dossier : Le devoir de conseil en assurance vie », *RD bancaire et bourse*, 1999, suppl. Ingénierie patrimoniale, p. 4 ; Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « La bonne foi en droit de l'environnement », *Rev. dr. Assas*, févr. 2016, p. 75. ; Yves-Marie LAITHIER, « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015. 746 ; G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946. 98 ; Denis MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 2005, p. 4 ; « La confiance légitime et l'estoppel », *RID comp.*, 2006, p. 362 ; Mustapha MEKKI, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », [En ligne] <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf> (page consultée le 19/03/2021) ; « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816 ; Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986. 101 ; F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, p. 65 ; Yves PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988. I. 3318 ; « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, PUAM, p. 57 ; « Exécution de bonne foi des conventions », *JurisCl. Civil Code*, art. 1134 et 1135, 2007 ; « L'influence de la bonne foi sur le droit de la consommation », *RD banc. et fin.*, 2011, Dossier 28 ; Philippe PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI*, 1998, p. 905 ; N. PROD'HOMME, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », *LPA* 24 nov. 2011, p. 29 ; G. ROBIN, « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2005, p. 695 ; Denis TALLON, « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », in *Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto*, 1994, Rome ; E. TREPPOZ, « Bonne foi et méthode conflictuelle », *Rev. dr. Assas*, févr. 2016, p. 97 ; J.-M. TRIGEAUD, « Justice et fidélité dans les contrats », *Arch. Phil. dr.*, vol. 28, 1983, p. 207.

²²⁹² Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. IDA, 2012, n° 452, p. 306.

²²⁹³ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. Quadrige Manuels, 2017, n° 1029, p. 2118.

que revient la possibilité de dégager, sur le fondement de la bonne foi, diverses obligations qui n'ont pas été expressément prévues par les parties. Par exemple, la bonne foi a permis aux juges de dégager une obligation de renégociation lorsque l'une des parties se trouvait en difficulté en raison de la survenance d'un évènement rendant plus onéreuse l'exécution de son obligation²²⁹⁴. À ce titre, « [...] *la bonne foi de l'article 1134, al. 3 s'affirme comme une exigence positive, véritable directive d'action* »²²⁹⁵.

La notion de bonne foi, comme celle d'équité, n'est pas facile à définir. Certains auteurs considèrent qu'il existe une bonne foi contractuelle²²⁹⁶, qui caractérise un comportement objectif, et une bonne foi des contractants, qui caractérise un état d'esprit subjectif²²⁹⁷. Comme pour l'équité, « [c]e qui compte réellement c'est l'utilisation, que font les tribunaux, de la bonne foi : le meilleur moyen de comprendre la bonne foi est d'observer la manière dont elle opère »²²⁹⁸. Par conséquent, l'impact de l'équité et de la bonne foi sur le contrat ne peut être saisi qu'à travers les diverses obligations contractuelles que les juges français ont dégagé sur leur fondement.

558. L'obligation de sécurité. La Cour de cassation a dégagé, dans un arrêt rendu en 1911²²⁹⁹, une obligation de sécurité²³⁰⁰ à la charge du transporteur dans le cadre du contrat de transport de personnes. L'arrêt est rendu au visa du seul article 1134 du Code civil, la Cour de cassation précisant que « *l'exécution du contrat de transport comporte [...] pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* ». La découverte de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport était donc officiellement fondée sur la seule exigence de bonne foi contractuelle ; certains auteurs estiment que « *c'est le souci d'équité qui a commandé la décision des magistrats* »²³⁰¹. Le Procureur général SARRUT conclut, à propos de l'arrêt rendu en 1911, que « *le contrat de transport implique*

²²⁹⁴ V. *infra* n° 695. V. également sur la particularité de cette obligation eu égard aux types de contrats protégés : Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. IDA, 2012, n° 415, pp. 282 et 283.

²²⁹⁵ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n° 163, p. 306.

²²⁹⁶ Robert VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris : LGDJ, 1939, n°s 35s, pp. 53s.

²²⁹⁷ *Ibid.*, n°s 76, pp. 145s.

²²⁹⁸ Martijn HESSELINK, « The concept of good faith », in Arthur HARTKAMP (dir.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 3^{ème} éd., 2004, p. 474 traduit par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD (dir.), *Terminologie contractuelle commune*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 216.

²²⁹⁹ Civ. 21 nov. 1911, inédit, *DP* 1913. 1. 249, note L. SARRUT, *S.* 1912, 1. 73, note Ch. LYON-CAEN.

²³⁰⁰ V. pour un historique de la naissance de l'obligation de sécurité : Jean-Louis HALPÉRIN, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997.2. doct. 1176.

²³⁰¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 614, p. 716. Les auteurs mettent en exergue le terme « équité ».

nécessairement pour le voiturier l'obligation de livrer à destination le voyageur dans l'état dans lequel il l'a reçu, c'est-à-dire sain et sauf»²³⁰². Autrement dit, la sécurité relève de l'essence du contrat de transport.

Néanmoins, l'obligation de sécurité a connu une extension considérable en droit commun par le biais de la jurisprudence²³⁰³, trouvant une place dans des contrats où la sécurité ne semblait pas constituer « une suite » de l'obligation du débiteur commandée par l'équité²³⁰⁴. Par exemple, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1995²³⁰⁵, la Cour eut à connaître des faits suivants : lors d'une réception de mariage, un enfant s'est noyé dans une piscine réservée à l'usage privé du restaurateur, jouxtant l'établissement et séparée par la salle de réception par une rangée de chaises empilées. La Cour, au visa du seul article 1147 ancien du Code civil²³⁰⁶, énonce que « *le restaurateur est tenu d'observer dans l'aménagement, l'organisation et le fonctionnement de son établissement les règles de prudence et de surveillance qu'exige la sécurité de ses clients* » et conclut au manquement à l'obligation de sécurité de la part du restaurateur. Elle censure donc l'arrêt de la cour d'appel pour ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses observations, c'est-à-dire l'octroi de dommages et intérêts aux victimes, à savoir les parents. L'obligation de sécurité correspond à la « [m]anifestation la plus célèbre de l'interprétation créatrice du juge [et] occupe une place déterminante, voire la place d'honneur, parmi les obligations imposées »²³⁰⁷. Au-delà de la place particulière qu'occupe l'obligation de sécurité dans la création prétorienne, c'est surtout l'existence d'une telle création qu'il faut retenir : certaines obligations contractuelles dont le manquement entraîne la responsabilité contractuelle ne peuvent être rattachées qu'artificiellement à une volonté des parties. Elles sont en réalité décidées et ajoutées au contrat par le juge. Cette

²³⁰² Louis SARRUT, conclusions sous Civ. 21 nov. 1911, inédit, *DP* 1913. 1. p. 254.

²³⁰³ Elle a aussi été beaucoup développée par le législateur en droit des contrats spéciaux : par ex., dans les contrats de vente ou de fourniture de services conclus avec un consommateur, v. art. L. 121-5 à L. 121-7 du C. conso dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016, n° 29, ou encore dans le cadre du contrat de travail, v. art. L. 4121-1 du C. du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 sept. 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, *JORF* n° 0223 du 23 sept. 2017, n° 37.

²³⁰⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 316, p. 266 : le domaine de l'obligation de sécurité est « *excessivement large* ».

²³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *RTD civ.*, 1996, p. 632, P. JOURDAIN

²³⁰⁶ « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

²³⁰⁷ Philippe DELEBECQUE, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. Pal.* 1997.2. doct. 1184, n° 2.

manifestation du pouvoir créateur du juge est loin d'être isolée puisque les juges ont consacré ainsi de nombreuses obligations.

559. L'obligation d'information. L'obligation d'information est très présente au stade de la formation du contrat : les contractants sont tenus de se transmettre les informations susceptibles d'influencer le consentement de l'autre. Le manquement à l'obligation précontractuelle d'information est ainsi sanctionné de façon autonome, quoiqu'il puisse parfois s'assimiler à un dol²³⁰⁸. L'obligation d'information peut aussi être strictement contractuelle. Tout comme l'obligation de sécurité, l'obligation d'information telle qu'elle est issue des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil²³⁰⁹, et parfois de l'article 1147, a connu de très nombreuses applications. L'obligation d'information a connu plusieurs développements selon une variation de l'intensité de l'obligation : le contractant peut être simplement tenu d'informer l'autre, mais il peut aussi avoir une obligation de mise en garde du contractant non averti voire une obligation de s'informer des besoins de son contractant.

560. L'obligation de mise en garde du contractant non averti. La jurisprudence fait peser une obligation d'information plus lourde sur la banque en matière de prêts et d'investissements financiers : il s'agit de l'obligation de mise en garde du contractant profane qui dépasse la simple obligation de délivrance d'information²³¹⁰. Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2005²³¹¹, la Cour de cassation eut à connaître d'un contrat de prêt consenti par une banque à des époux en vue de l'achat d'une maison d'habitation. La Cour rejeta le pourvoi. Elle approuva la cour d'appel de Paris d'« avoir analysé les facultés contributives des [emprunteurs] en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux [et constaté] que les emprunteurs ne pouvaient faire face

²³⁰⁸ Le sixième alinéa de l'art. 1112-1 du C. civil dispose : « Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». V. *supra* n° 51 sur l'obligation précontractuelle d'information et sa possible confusion avec la réticence dolosive.

²³⁰⁹ Elle a été développée par le législateur en droit des contrats spéciaux : par ex., dans les contrats de vente ou de fourniture de services conclus avec un consommateur, le professionnel est tenu d'une obligation d'information, v. art. L. 111-1 à L. 111-8 du C. conso.

²³¹⁰ Suzanne CARVAL, « Obligations de mise en garde du banquier », *RDC*, n° 2, 2008, 1178, obs. sous Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-17003, Com., 11 déc. 2007, n° 03-20747 et Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2007, n° 06-16543.

²³¹¹ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10921, *Bull. civ. I*, 2005, n° 327, p. 271, *D.*, 2005, p. 3094, B. PARANCE ; *D.*, 2005, p. 2276, X. DELPECH ; *RDI*, 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; *RTD. com.*, 2005, p. 820, D. LEGEAS ; *JCP E*, n° 30, 2005, 222 ; *Gaz. Pal.*, n° 267, 2015, p. 13 ; *RD bancaire et fin.*, n° 6, 2005, 203, F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *JCP G*, n° 41, 2005, 10140, A. GOURIO ; *Constr. – Urb.*, n° 10, 2005, comm. 213, D. SIZAIRE ; *Resp. civ. et assur.*, n° 10, 2005, 281 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 10, 2005, 290 ; *JCP E*, n° 38, 2005, 1359, D. LEGEAS ; *JCP G*, n° 38, 2005, 3051, M.-C. ROUAULT.

aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources ». Les juges du fond ont ainsi à juste titre « retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde »²³¹². En revanche, si le montant du prêt et les mensualités prévues pour son remboursement sont en adéquation avec les capacités financières de l'emprunteur, le juge du fond est fondé à retenir l'absence d'un devoir de mise en garde pesant sur le prêteur²³¹³. La Cour de cassation sanctionne les juges du fond pour défaut de base légale, lorsque ceux-ci ne procèdent pas à la vérification du caractère averti de l'emprunteur ou à la vérification de l'accomplissement par le prêteur professionnel de son devoir de mise en garde²³¹⁴.

En matière de crédit, la cour d'appel de Poitiers²³¹⁵ a précisé que, selon l'interprétation des articles 1134, 1135 et 1147 du Code civil alors applicables, « le professionnel débiteur d'une prestation de service de nature bancaire est tenu, à l'égard de son cocontractant non averti, d'une obligation de mise en garde au regard de la nature des opérations effectuées. En particulier, l'établissement de crédit qui, ayant connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur, ou du caractère disproportionné de l'engagement au regard de ses capacités d'emprunt, et n'avise pas ce dernier au regard des risques de l'opération de prêt consentie, engage sa responsabilité. En revanche, l'organisme bancaire n'est pas tenu d'une

²³¹² Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ. IV*, n° 77, *RDC*, n° 4, 2008, 1178, obs. S. CARVAL ; *RTD com.* 2008, p. 592, obs. M. STORCK ; *D.*, 2009, p. 1044, D. R. MARTIN ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2008, comm. 125, A.-C. MULLER ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2008, comm. 96, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *Resp. civ. et assur.*, n° 6, 2008, 193 ; *JCP E*, n° 22, 2008, 1705 ; *JCP G*, n° 21, 2008, 1917 ; *RDC*, n° 4, 2008, p. 1177, S. CARVAL. L'arrêt, rendu au visa du seul art. 1147 du C. civil, précise que la banque, « informée des contraintes liées à la situation familiale et économique de son client et du fait qu'il ne pouvait se permettre de prendre un risque de perte en capital, n'avait donc pu valablement le conseiller en l'incitant à investir la majeure partie de son capital dans des valeurs soumises aux aléas du marché boursier ».

²³¹³ Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232, *RTD civ.*, 2010, p. 109, P. JOURDAIN ; *D.*, 2010, p. 2671, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *D.*, 2010, p. 790, H. AUBRY ; *D.*, 2010, p. 522, C. CRETON ; *JCP E*, n° 49, 2009, 2140, D. LEGEAIS ; *JCP G*, n° 49, 2009, act. 509, L. DUMOULIN ; *JCP E*, n° 48, 2009, 566 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 2, 2010, 48 ; *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2010, comm. 37, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RD bancaire et fin.*, n° 1, 2010, comm. 6, D. LEGEAIS ; *LPA*, n° 86, 2010, p. 9, M. BRUSORIO-AILLAUD ; *D.* 2009, p. 2859, V. AVENA-ROBARDET.

²³¹⁴ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16345, *Bull. civ. I*, 2009, n° 181, *LPA*, n° 36, 2010, p. 11, Y. DAGORNE-LABBE ; *D.*, 2010, p. 2671, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *RD bancaire et fin.*, n° 6, 2009, comm. 191, D. LEGEAIS ; *D.*, 2010, p. 2671, P. DELEBECQUE. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *RTD civ.*, 2010, p. 109, P. JOURDAIN ; *D.*, 2010, p. 2671, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *D.*, 2010, p. 790, H. AUBRY ; *D.*, 2010, p. 522, C. CRETON ; *JCP E*, n° 49, 2009, 2140, D. LEGEAIS ; *JCP G*, n° 49, 2009, act. 509, L. DUMOULIN ; *JCP E*, n° 48, 2009, 566 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 2, 2010, 48 ; *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2010, comm. 37, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RD bancaire et fin.*, n° 1, 2010, comm. 6, D. LEGEAIS ; *LPA*, n° 86, 2010, p. 9, M. BRUSORIO-AILLAUD ; *D.* 2009, p. 2859, V. AVENA-ROBARDET.

²³¹⁵ CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 9 juin 2020, n° 19/01473.

obligation de conseil quant à l'opportunité de l'opération et ne peut s'immiscer dans les choix de son client ». L'obligation de mise en garde se révèle donc être une obligation moins exigeante que l'obligation de conseil. En outre, le risque présenté par l'opération s'apprécie au jour de la conclusion du contrat de telle sorte qu'un changement de situation financière ultérieur à la formation du contrat sera indifférent²³¹⁶.

L'intensité de l'obligation varie donc selon que le cocontractant est « averti » ou non. Or les juges du fond ainsi que la Cour de cassation peuvent se montrer exigeants sur les critères qui font un contractant averti, augmentant les chances de voir un professionnel manquer à l'obligation de mise en garde. Par exemple, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2008²³¹⁷, eut à connaître de la situation d'une cliente qui avait adressé à sa banque des ordres d'achat et de vente sur le nouveau marché Euronext. La banque estimait que sa cliente n'avait pas la qualité de profane car elle « *exerc[ait] la profession d'avocat, [était] titulaire d'un DEA en droit des affaires, [et] avait réalisé depuis 1993 des opérations sur le marché* » ancien. Or la Cour de cassation précisa que ces éléments étaient insuffisants à établir la qualité de contractant averti, *a fortiori* dans le cas d'un marché hautement spéculatif dans lequel la cliente n'avait pas d'expérience. De même, la cour d'appel de Poitiers précisa dans un arrêt rendu en 2020 que « *l'appréciation du caractère averti de la caution, qui résulte de sa capacité à apprécier lui-même les risques de l'opération garantie, s'effectue in concreto, au regard de la connaissance dont dispose la caution sur la situation du débiteur principal et ses capacités financières, de son implication dans l'opération financière et dans la gestion de l'entreprise qui en bénéficie. Pour cette appréciation, la qualité de caution avertie ne peut se déduire de sa seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale [...]* »²³¹⁸. À l'inverse, la même cour précisa que « *le dirigeant de la société, connaissant la situation de celle-ci, ses besoins de trésorerie et ses perspectives de développement* »²³¹⁹ ou encore « *l'ancien directeur de magasin au sein de grandes enseignes de jardinerie* »²³²⁰ ont la qualité de « caution

²³¹⁶ Com., 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. civ.* IV, 2009, n° 92 ; *D.* 2009, 2318, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.*, 2010, p. 2671, I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *RTD com.* 2009, p. 795, D. LEGEAIS ; *JCP E*, n° 41, 2009, 1948, D. LEGEAIS ; *D.* 2009, p. 2580, chron. M.-L. BÉLAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON.

²³¹⁷ Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ.* IV, n° 69 ; *RDC*, n° 4, 2008, 1178, obs. S. CARVAL ; *RTD com.* 2008, p. 842, B. BOULOC ; *RTD civ.*, 2008, p. 689, P.-Y. GAUTIER ; *Droit des sociétés*, n° 8, 2008, p. 190, T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2008, p. 90, S. TORCK ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2008, p. 95, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *LPA*, n° 85, 2009, p. 13, L. EL BADAWI ; *BJB*, n° 3, 2008, p. 232, D. ROBINE.

²³¹⁸ CA Poitiers, 9 juin 2020, n° 19/01108.

²³¹⁹ CA Poitiers, 9 juin 2020, n° 19/01108.

²³²⁰ CA Poitiers, 1^{er} déc. 2020, n° 19/02707. V. également pour un ex. d'emprunteur averti, titulaire d'un *MBA Marketing Finance* et ayant occupé la fonction de « *General Manager au niveau européen du groupe Xerox* » : CA Aix-en-Provence, ch. 3-3, 24 oct. 2019, n° 18/01932.

avertie ». De la même façon, la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir retenu qu'un emprunteur qui était associé majoritaire d'une société créée par lui et ayant pour objet la transaction immobilière, et également gérant d'une société civile immobilière ayant pour objet la location de terrains « *avait acquis [...] une connaissance certaine du monde des affaires* »²³²¹.

561. L'obligation de conseil. L'obligation d'information peut parfois prendre la forme d'une véritable obligation de conseil, c'est-à-dire que « *le contractant doit être incité à agir ou à ne pas agir en étant éclairé sur l'opportunité de l'acte, les avantages et les inconvénients qu'il présente* »²³²². Par exemple, dans un arrêt de principe rendu en 2007²³²³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation eut à connaître d'un contrat d'assurance souscrit par un exploitant agricole. L'assurance ne couvrait que l'invalidité totale et définitive et ne s'appliquait pas à la seule inaptitude à la profession d'agriculteur. L'assuré estimait que la banque avait manqué à son obligation de conseil en lui faisant souscrire une assurance inadaptée. La cour d'appel avait débouté l'assuré. La Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1147 du Code civil, cassa l'arrêt : elle précisa que le banquier était « *tenu d'éclairer [l'assuré] sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* »²³²⁴. De même, la cour d'appel de

²³²¹ Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Flash Defrénois*, n° 3, 2022, p. 7 ; *LEDC*, n° 2, 2022, p. 5, H. KASSOUL ; *RTD com.*, 2022, p. 134, D. LEGEAIS ; *JCP N*, n° 5, 2022, at. 226 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 4, 2022, comm. 104, G. PIETTE ; *Procédures*, n° 8-9, 2022, chron. 4, V. MAZEAUD ; *JCP E*, n° 39, 2022, 1317, M. ASSELIN ; *LEDB*, n° 2, 2022, p. 7, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 4, 2022, p. 24, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 4, 2022, p. 47, G. VALDELIÈVRE ; *Gaz. Pal.*, n° 23, 2022, p. 64, X. LEDUCQ ; *RGDA*, n° 3, 2022, p. 24, A. PIMBERT ; *LEDA*, n° 3, 2022, p. 4, C. BÉGUIN-FAYNEL ; *Gaz. Pal.*, n° 6, 2022, S. PIÉDELIÈVRE ; *Gaz. Pal.*, n° 4, 2022, p. 57, M. ROUSILLE.

²³²² Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. Manuel, 18^{ème} éd., 2018, n° 777, p. 401.

²³²³ Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9 ; *D.*, 2007, p. 863, note V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.*, 2007, p. 433, D. LEGEAIS ; *D.*, 2008, p. 120, H. GROUDEL ; *RDI*, 2007, p. 319, L. GRYNBAUM ; *D.*, 2008, p. 871, D. R. MARTIN ; *D.*, 2007, p. 985, S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP E*, n° 25, 2007, p. 1776, P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; *JCP G*, n° 22, 2007, p. 10098, A. GOURIO ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2007, p. 93, F. J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *Resp. civ. et assur.*, n° 4, 2007, étude 8, G. COURTIEU ; *Procédures*, n° 4, 2007, 88, H. CROZE ; *JCP E*, n° 12, 2007, p. 1375, D. LEGEAIS ; *JCP G*, n° 11, 2007, p. 127, B. PARANCE ; *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2007, p. 55, D. LEGEAIS ; *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, 2007, p. 32, O. DE MATTOS ; *JCP G*, n° 14, 2007, p. 1716, M.-C. ROUAULT ; *RDC*, n° 3, p. 750, G. VINEY. V. dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 5 juill. 2006, n° 05-12603, *Bull. civ. II*, 2006, n° 184, p. 176, *RDI*, 2007, p. 142, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; *D.*, 2008, p. 120, H. GROUDEL ; *Resp. civ. et assur.*, n° 11, 2006, 353 ; *JCP E*, n° 36, 2006, 2282 ; *Gaz. Pal.*, n° 216, 2007, p. 16 ; *Gaz. Pal.*, n° 125, 2007, p. 32, X. LEDUCQ ; *RGDA*, n° 2007-1, 2007, p. 142, J. KULLMANN.

²³²⁴ V. cependant *contra* : Com., 19 janv. 2022, n° 19-24564, inédit : il résultait de l'art. 1147 du C. civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 fév. 2016 que le banquier dispensateur de crédit, qui devait éclairer l'emprunteur exerçant la profession de marbrier sur l'adéquation des risques couverts aux éléments connus de sa situation personnelle, n'était pas tenu d'une obligation de conseil sur l'opportunité de souscrire une assurance complémentaire à l'assurance de groupe en vue de couvrir « *des risques dont elle n'avait pas connaissance et ne pouvait déduire de sa seule profession* ».

Toulouse²³²⁵ eut à connaître d'un contrat d'entreprise au cours duquel le « *maître d'œuvre [...] avait manqué à ses obligations contractuelles [...] par insuffisance de préparation du projet, absence de conseil lors des différentes évolutions du projet quant aux incidences en terme [sic] de coût et de délais, et omission de fixation d'un calendrier d'exécution qui puisse être opposable aux entreprises, participant ainsi au retard anormal de réalisation de l'opération* ». La cour sanctionna ce manquement sur le fondement des anciens articles 1134 et 1135, sans distinction.

Dans un arrêt du 9 juin 2020²³²⁶, la cour d'appel de Versailles eut à connaître d'un contrat de prestations de services conclus entre un professionnel et un consommateur. Il ressort des faits de l'arrêt qu'une vieille dame, placée sous tutelle deux ans après la conclusion des contrats litigieux, a dépensé environ 80 000 euros en volets et prestations de menuiseries hors de ses moyens. Les prestations furent financées par des emprunts souscrits auprès d'une société de crédit mentionné par le prestataire dans les contrats litigieux. La cour relève l'absence de dol et d'insanité d'esprit mais condamne le prestataire à garantir la débitrice de sa condamnation à payer la société de crédit. La cour mentionne d'abord l'article 1135, puis l'article 1134 et semble en déduire « *que le prestataire de services doit s'informer des besoins de son client avant de proposer une prestation de services* ». Elle estime qu'en l'espèce le prestataire a manqué à cette obligation et à « *son obligation de loyauté* » en ne se renseignant pas sur les besoins de sa cliente et en lui proposant des prestations sans rapport avec ses besoins. La cour retient que le manquement est d'autant plus important que le consommateur « *a dû financer ces travaux par le recours à des emprunts proposés par la société* ». Il semble que cette décision, fondée autant sur l'article 1134 que sur l'article 1135, soit avant tout motivée par la volonté de décharger de ses obligations, pourtant souscrites de façon licite, une vieille dame ayant fait preuve de crédulité et de sanctionner un prestataire peu scrupuleux. La cour impose ainsi au professionnel de s'enquérir des besoins du client afin de le conseiller²³²⁷. La bonne foi et

²³²⁵ CA Toulouse, 18 nov. 2019, n° 17/04586.

²³²⁶ CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 9 juin 2020, n° 18/06565.

²³²⁷ Cette obligation trouve évidemment des limites : v. *contra* : CA Aix-en-Provence, ch. 3-3, 24 oct. 2019, n° 18/01927 : la cour rejeta la responsabilité du notaire pour un défaut d'information quant à l'absence de viabilité économique de l'ensemble de l'opération de prêt souscrite par ses clients et précisa qu'« *en l'absence de toute démonstration de ce qu'il bénéficiait d'informations qu'il n'aurait pas délivrées aux acquéreur et caution, le notaire n'avait pas à rechercher la rentabilité du projet d'acquisition au regard du marché local* ».

l'équité sont ainsi utilisées par le juge pour imposer au professionnel des actions positives qui s'apparentent fortement à des obligations contractuelles²³²⁸.

562. L'obligation d'exclusivité. Il arrive que les juges du fond dégagent l'existence d'une obligation d'exclusivité, c'est-à-dire que le contractant est tenu de ne pas conclure des accords identiques avec un tiers²³²⁹, alors que celle-ci n'est pas expressément prévue par le contrat. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2019²³³⁰, la cour d'appel de Montpellier eut à connaître d'un contrat de recherche conclu entre un chercheur et une entreprise. La cour précisa que le contrat de recherche n'était qu'une variété du contrat d'entreprise et, citant les anciens articles 1134 et 1135, indiqua que « *l'exécution du contrat de recherche, [...] oblige [le chercheur], en contrepartie de la rémunération qu'il perçoit, de rendre compte de ses travaux à son donneur d'ordre, d'assurer à celui-ci la confidentialité des résultats et de lui en garantir la maîtrise, ce qui implique qu'il ne puisse utiliser à son profit les résultats des recherches, financées par son cocontractant* ». Elle ajouta que « *cette obligation d'exclusivité, qui est de l'essence même du contrat, s'imposait [au chercheur] quand bien même elle n'aurait pas été prévue par une disposition particulière* ». Le juge utilise indifféremment la bonne foi et l'article 1135, sans d'ailleurs préciser s'il recourt à l'équité, la loi ou l'usage, pour dégager l'obligation d'exclusivité.

563. L'obligation de renégociation. Avant d'être consacrée et formalisée à l'article 1195 alinéa 1^{er} du Code civil par la réforme du 10 février 2016, l'obligation de renégociation avait fait une apparition au sein des décisions notamment de la Cour de cassation²³³¹. Les juges avaient eu à connaître d'hypothèses de changements de circonstances bouleversant l'équilibre économique initial du contrat. Ils avaient alors reconnu, sur le fondement de la bonne foi, la

²³²⁸ L'idée que la bonne foi ne donne pas naissance à des obligations contractuelles mais impose aux contractants une norme de conduite sans enrichir le contenu contractuel a pu être défendue, v. Rita JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, n° 219, p. 176. Force est pourtant de constater que la bonne foi est invoquée par les juges du fond pour sanctionner le contractant par la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle : tout porte donc à croire que la bonne foi est, en droit positif, créatrice d'obligations contractuelles.

²³²⁹ Définition tirée de celle de la clause d'exclusivité, cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 472.

²³³⁰ CA Montpellier, 14 mai 2019, n° 15/07646.

²³³¹ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ.* IV, 1992, n° 338, p. 241, *D.*, 1995, somm. p. 85, D. FERRIER ; CCC, n° 45, 1993, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois*, n° 22, 1993, p. 1377, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G*, n° 46, 1993, II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1993, p. 124, J. MESTRE. V. aussi : Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. civ.* IV, 1998, n° 277, p. 232, *JCP G*, n° 48, 1999, II. 12210, Y. PICOD ; *JCP G*, n° 23, 1999, I. 143, C. JAMIN ; *JCP E*, n° 28, 1999, p. 1242, C. JAMIN ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, J. MESTRE ; *RTD civ.* 1999, p. 646, P.-Y. GAUTIER ; *Deffrénois*, n° 6, 1999, p. 371, D. MAZEAUD ; CCC, 1999, n° 56, M. MALAURIE-VIGNAL ; LPA, n° 102, 1998, P.m.

possibilité de sanctionner le contractant qui refusait de renégocier les termes du contrat par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle²³³².

564. La charge de la preuve. Le jeu de la charge de la preuve permet parfois au juge de trancher les litiges sans qu'il ait à procéder à l'évaluation du manquement à une obligation contractuelle ou précontractuelle. En effet, si le débiteur sur lequel pèse la charge de la preuve ne produit aucune pièce permettant d'établir qu'il a respecté son obligation, ou si le créancier ne démontre pas qu'une telle obligation n'a pas été respectée, le juge ne peut que rejeter la prétention. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes²³³³, les juges eurent à connaître d'un mandat de vente conclu à distance et hors établissement²³³⁴ entre un mandataire professionnel et un mandant consommateur. Ce dernier avait agi en vue d'obtenir la mise en œuvre de la responsabilité du mandataire pour manquement aux obligations d'informations précontractuelles prévues par le Code de la consommation²³³⁵. Les juges précisent que la charge de la preuve pèse sur le débiteur de l'obligation d'information précontractuelle, en l'espèce le mandataire professionnel²³³⁶. En l'absence de preuve de la remise du barème d'honoraires informant les mandants des variations de la rémunération de l'agent immobilier en fonction des modifications du prix de vente du bien immobilier, les juges ne peuvent que retenir le manquement. Le raisonnement du juge est donc profondément marqué par les règles de procédure qui trouvent application avant toute évaluation et interprétation judiciaires, parfois fastidieuses, de l'attitude des parties, des correspondances échangées par elles, de l'*instrumentum* signé, etc.

565. La reconnaissance d'un contrat implicite. Plus que la réécriture d'un contrat existant par l'ajout d'obligations fondée sur l'équité, les juges ont aussi parfois conclu à l'existence d'une convention non expressément consentie par les parties. C'est notamment le cas de la convention d'assistance bénévole²³³⁷. Le juge présume le consentement des parties²³³⁸ et définit le contenu du contrat dont l'existence a été découverte. Dans le cas de la convention

²³³² V. *infra* nos 695 et 697.

²³³³ CA Rennes, 1^{ère} ch., 9 mars 2021, n° 19/05835.

²³³⁴ Défini par l'art. L. 221-1 C. conso.

²³³⁵ Art. L. 221-9 relatif aux contrats conclus à distance et hors établissements qui renvoie à l'art. L. 221-5 du C. conso.

²³³⁶ Art. L. 221-7 du C. conso.

²³³⁷ La nature de l'assistance bénévole et donc la nature de la réparation qu'elle engendre ayant fait l'objet de variations au sein de la jurisprudence, cf. Frédéric STASIAK, « Le fondement de la réparation du dommage résultant d'une assistance bénévole au regard des tendances actuelles de la jurisprudence civile », *LPA*, n° 89, 1996, p. 9.

²³³⁸ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, *D.*, 1959, p. 526, note R. SAVATIER ; *RTD civ.*, 1959, p. 735, H. MAZEAUD et L. MAZEAUD ; *JCP*, 1959, II. 11187, P. ESMEIN.

d'assistance bénévole, la Cour de cassation ainsi que les juges du fond imposent « *comme une des suites que lui donne l'équité, l'obligation pour l'assisté de réparer les conséquences des dommages subis par celui auquel il est fait appel* »²³³⁹. La reconnaissance d'une telle convention peut être retenue dans des circonstances extrêmes. Dans un arrêt en date du 12 septembre 2013²³⁴⁰, la Cour de cassation eut à connaître des faits suivants : une personne avait sollicité ses voisins pour appeler des secours en vue d'aider sa mère qui avait perdu connaissance. L'un des voisins venus porter assistance fut victime d'un malaise qui entraîna une surdité bilatérale complète. Or la Cour approuva la cour d'appel de Poitiers d'avoir retenu qu'« *il ressortait que [le] tiers bénéficiaire [de l'assistance], avait tacitement consenti à l'offre d'aide et assistance faite par [les victimes] dans son intérêt exclusif* ». Ainsi que le fit valoir le pourvoi formé par l'assureur, il semblait difficile de déceler la présence d'une quelconque volonté contractuelle entre la victime et la vieille dame, inconsciente au moment de l'arrivée de la victime à son domicile. Un tel raisonnement laisse deviner le caractère opportuniste de la solution qui permet en l'espèce l'indemnisation de la victime par la compagnie d'assurance de l'assisté : l'indemnisation de la victime est facilitée par le recours à la responsabilité contractuelle²³⁴¹. Cette création prétorienne a suscité de vives critiques²³⁴² car elle témoigne d'un « *interventionnisme judiciaire* »²³⁴³ assez marqué. Alain SÉRIAUX remarque notamment que l'équité ne doit en principe permettre au juge de trancher de façon arbitraire mais plutôt de donner à l'opération qu'il examine ses suites naturelles. Or la qualification de convention d'assistance bénévole est indépendante de l'existence d'une utilité concrète de l'intervention, autrement dit d'un bénéfice quelconque pour l'assisté. Elle ne serait donc pas un *synallagma* c'est-à-dire une opération fondée sur l'échange, la réciprocité, puisque seule la « *générosité de l'acte* »²³⁴⁴ importe. Par conséquent, l'opération n'aurait pas sa place parmi le droit des obligations en général de telle sorte que l'indemnisation du préjudice de l'assistant ne peut être

²³³⁹ Civ. 2^{ème}, 23 mai 1962, *RTD civ.*, 1963, p. 327, A. TUNC ; Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 91-12131, *Bull. civ. I*, n° 42, *RTD civ.*, 1993, p. 584, P. JOURDAIN ; *JCP*, 1993, I. 3727, G. VINEY ; CA Paris, 25 janv. 1995, *JCP*, 1995, I. 3867, n° 1, M. FABRE-MAGNAN ; Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n° 95-18593, *Bull. civ. I*, 1997, n° 376, *D.*, 1998, p. 580, M. VIALA ; *JCP*, 1998, I. 144, obs. G. VINEY ; *JCP G*, n° 7, 1998, 1351.

²³⁴⁰ Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2013, n° 12-23530, inédit, *RDC*, n° 1, 2014, p. 16, T. GENICON ; *Resp. civ. assur.* n° 11, 2013, comm. 330, S. HOCQUET-BERG ; *RGDA*, n° 1, 2014, p. 53, A. PÉLISSIER.

²³⁴¹ V. sur ce point : Carole BLOND, « Réflexions sur l'opportunité, pour l'assistant victime, du recours à la convention d'assistance bénévole », *LPA*, n° 139, 1999, p. 10, spéc. n° 5.

²³⁴² V. par ex. : Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité, 4^{ème} éd., 2019, n° 184, p. 326.

²³⁴³ Christophe ALBIGES, « L'équité », in *Rép. Civ.*, Dalloz, oct. 2017, n° 56.

²³⁴⁴ Sophie HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.*, 1996.1. doct. 32, n° 25, p. 37.

considérée comme une suite naturelle de l'opération²³⁴⁵. Cette idée est renforcée par la constatation que le texte de l'article 1135 permettait au juge de donner des suites naturelles à une convention préexistante, mais pas de conclure à l'existence même d'une telle convention. Il n'y a pas d'échanges des consentements, notamment dans les nombreux cas où la personne secourue est inconsciente ou n'est pas à même de communiquer clairement²³⁴⁶. La Cour de cassation est même allée jusqu'à reconnaître que la convention d'assistance peut se former sans que l'assisté sollicite explicitement l'assistant, mais simplement lorsque ce dernier prête spontanément son concours à l'activité de l'assisté²³⁴⁷. Il est indéniable qu'il n'y a pas de rencontre de volontés susceptible de donner lieu à un contrat légalement formé²³⁴⁸. L'existence même de la convention semble reposer sur l'injustice qu'il y aurait à laisser l'assistant, venu sauver une personne en difficulté, supporter les préjudices engendrés par son comportement louable. L'existence d'une telle convention repose donc exclusivement sur le besoin de remédier à une situation paraissant injuste. Les juges font ainsi fi de l'exigence de donner à l'opération les suites que lui confère l'équité et élargissent considérablement le champ de l'équité telle qu'elle est mentionnée à l'article 1135 du Code civil. La responsabilité contractuelle de l'assisté est alors facilement retenue. Par exemple, dans un arrêt de 2021²³⁴⁹, les faits étaient les suivants : alors que trois assistants procédaient bénévolement au tri et au rangement d'affaires se trouvant dans le domicile de l'assisté, l'un des assistants fut grièvement blessé par un carton jeté par un autre depuis le balcon du deuxième étage alors qu'il se trouvait au rez-de-chaussée. L'assureur de l'assisté versa une provision à l'assistant victime et remboursa les prestations sociales qui lui avaient été fournies. Il assigna ensuite en responsabilité les deux autres assistants. La cour d'appel ne retint que la responsabilité de l'assistant auteur du dommage, mais limita la condamnation de l'auteur du dommage en retenant la faute de l'assisté en ce qu'il avait, sans émettre de consignes de sécurité, donné un

²³⁴⁵ Alain SÉRIAUX, « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Litec-Dalloz, pp. 308 et 309.

²³⁴⁶ V. CA Paris, 25 janv. 1995, *JCP G* 1995, I, 3867, 344 pour le cas d'un plongeur ayant eu « des instants de lucidité suffisants pour accepter la manœuvre de sauvetage par son attitude et même par des signes ».

²³⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2023, n° 20-18114, *Bull. civ. I*, 2023, p. 280, *LEDA*, n° 2, 2023, p. 3, F. GRÉAU ; *LEDC*, n° 3, 2023, p. 2, M. LATINA ; *LPA*, n° 3, 2023, p. 33, A. NIVERT ; *CCC*, n° 3, 2023, comm. 38, L. LEVENEUR ; *RLDC*, n° 212, 2023, n° 7271, H. P. ; *RLDC*, n° 213, 2023, n° 7298, C. ROSSETTO.

²³⁴⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 479, p. 373.

²³⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *RTD civ.* 2021, p. 653, P. JOURDAIN ; *D.*, 2021, p. 1803, D. GALBOIS-LEHALLE ; *D.*, 2022, p. 35, O. GOUT ; *JCP G*, n° 21, 2021, act. 539, P. OUDOT ; *JCP G*, n° 23, 2021, act. 606, Y.-M. SERINET ; *Resp. civ. et assur.*, n° 9, 2021, comm. 140, C. RADÉ ; *CCC*, n° 7, 2021, comm. 111, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 32, 2021, p. 24, V. MAZEAUD ; *RDC*, n° 3, 2021, p. 17, J. KNETSCH ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2021, p. 21, A. STEVIGNON ; *LEDC*, n° 6, 2021, p. 6, O. ROBIN-SABARD ; *RDC*, n° 1, 2023, p. 152, X. SERRIER ; *RLDC*, n° 195, 2021, n° 6975, O. ROBIN-SABARD ; *RLDC*, n° 197, 2021, n° 7015, V. FORTI.

ordre dont les conséquences pouvaient être dangereuses pour les personnes. L'assureur de l'assisté forma un pourvoi en cassation reprochant aux juges du fond la violation notamment des anciens articles 1135 et 1147 du Code civil relatifs respectivement aux suites que l'équité donne aux conventions et aux dommages intérêts contractuels. Selon le pourvoi, il ne pouvait y avoir de faute contractuelle retenue à l'encontre de l'assisté dans la mesure où le seul responsable du dommage était l'un des assistants. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, précisant que la cour était fondée à retenir à la fois l'existence d'une faute délictuelle commise par l'assistant auteur du dommage et l'existence d'une faute contractuelle de l'assisté. L'auteur du dommage était donc responsable à hauteur de 70% du dommage et l'assisté à hauteur de 30% en vertu de la convention d'assistance.

La Cour de cassation a cependant mis un frein à cette large utilisation de l'équité en excluant l'existence de la convention d'assistance bénévole précisément sur le fondement du critère de l'utilité concrète de l'intervention de l'assistant pour l'assisté. La Cour a pu approuver la cour d'appel de Poitiers d'avoir retenu l'absence d'une convention d'assistance bénévole en raison du caractère « *ni utile ni efficace* » de l'intervention²³⁵⁰, et la cour d'appel de Riom d'avoir retenu l'absence d'une telle convention en raison de l'absence d'intérêt exclusif pour le prétendu assisté²³⁵¹. Il faut noter que l'argument invoqué par la Haute juridiction n'est pas l'absence de rencontre des volontés, preuve supplémentaire que la convention d'assistance n'est pas un véritable contrat. Cette analyse est confirmée par un arrêt de 2022²³⁵², dans lequel la Cour de cassation eut à connaître du pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu qu'en présence d'une convention d'assistance bénévole, la responsabilité de l'assistant s'appréciait au regard de la commune intention des parties. Cela excluait, selon les juges du fond, que l'assistant répondît des conséquences d'une simple imprudence ayant causé des dommages aux biens de l'assisté. La Haute juridiction cassa cet arrêt pour violation de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la réforme du 10 février 2016, au motif que « *toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence, ayant causé un dommage à l'assisté est susceptible d'engager la responsabilité de l'assistant* ». En l'espèce, l'action était dirigée

²³⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 7 avril 1998, n° 96-19171, *Bull. civ.* I, 1998, n° 141, *D.*, 1998, p. 125 ; *JCP G*, n° 50, 1998, II. 10203, note O. GOUT ; *Defrénois*, n° 17, 1998, p. 1050, P. DELEBECQUE ; *LPA*, n° 53, 1998, A.-M.L.

²³⁵¹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2017, n° 16-19420, inédit.

²³⁵² Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ.* I, 2022, p. 293, *RTD civ.*, 2022, p. 395, P. JOURDAIN ; *D.*, 2022, p. 740, P. GAIARDO ; *JCP G*, n° 03, 2022, act. 90, P. OUDOT ; *Resp. civ. et assur.*, n° 3, 2022, comm. 65, S. HOCQUET-BERG ; *CCC*, n° 3, 2022, 41, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 4, 2022, p. 26, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 16, 2022, p. 7, D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.*, n° 17, 2022, p. 9, V. MAZEAUD ; *RDC*, n° 3, 2022, p. 10, S. PELLET ; *RDC*, n° 1, 2023, p. 152, X. SERRIER ; *LEDC*, n° 2, 2022, p. 1, O. ROBIN-SABARD ; *LEDA*, n° 2, 2022, p. 2, T. DOUVILLE.

contre l'assureur, ce qui confirme la faveur faite à la réparation du préjudice de la victime. Il n'en demeure pas moins que l'assisté est sanctionné sur le fondement d'un manquement contractuel à une obligation de sécurité à laquelle il n'a pas consenti.

566. Une utilisation dissimulée. Concernant l'utilisation de l'équité par les tribunaux, un auteur note qu' « *il est certainement confortable pour les juges de citer de concert, au soutien de leurs décisions, "l'équité, l'usage ou la loi", sans préciser ou désigner au sein de laquelle de ces sources d'effets complémentifs est puisée et élue telle "suite" dont ils retiennent l'application* »²³⁵³. L'analyse selon laquelle le juge a recours à l'équité est fondée sur l'observation suivante : la présence d'une loi ou d'un usage susceptible de donner « la suite » énoncée par l'arrêt requerrait de plus amples explications. En effet, si le juge donne au contrat une suite commandée par la loi, il devrait préciser de quelle loi il s'agit. De même, si le juge donne au contrat une suite commandée par un usage, il devrait être explicité l'usage dont il s'agit et comment celui-ci a été caractérisé²³⁵⁴. En ce qui concerne la bonne foi, les arrêts ne précisent pas toujours, lorsqu'ils invoquent l'ancien article 1134, qu'ils font plus précisément référence au troisième alinéa. Cela se comprend seulement par une lecture attentive de l'arrêt. Cela pourrait marquer une volonté de la part des juges de masquer leur recours à la bonne foi et à l'équité par peur de susciter la critique de l'arbitraire.

En outre, le recours à l'équité ou à la bonne foi est parfois obscurci par la présence de l'ancien article 1147 du Code civil mentionné seul, qui disposait : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* »²³⁵⁵. L'article ne vise ni l'équité ni la bonne foi ce qui ne facilite pas la compréhension des arrêts. Cette disposition mentionne la mauvaise foi du débiteur de l'obligation comme un élément empêchant ce dernier d'invoquer une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle.

²³⁵³ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n° 316, p. 653.

²³⁵⁴ V. sur l'usage *supra* n°s 283s.

²³⁵⁵ Le contenu de cet art. est repris par l'art. 1231-1 du C. civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ». Il faut noter que la référence à la mauvaise foi a disparu de cette nouvelle disposition.

En tout état de cause, si les juges français ne manquent pas de rappeler que « *l'équité ne permet pas au juge de porter atteinte à l'intangibilité des conventions* »²³⁵⁶, force est de constater que cette affirmation ne se vérifie que difficilement. L'équité ainsi que la bonne foi jouent un rôle essentiel dans la découverte d'obligations contractuelles implicites par les juges français. Cela est également vrai en droit anglais.

²³⁵⁶ CA Versailles, 7^{ème} ch., 3 juill. 2019, n° 16/04801.

2) Les *terms implied in law* découverts sur le fondement de la *fairness*

567. L'absence de principe de bonne foi en droit anglais. En Angleterre, ce qui se nomme « *equity* » ne correspond pas à ce qui est entendu par le terme « équité » en France²³⁵⁷. Ainsi qu'il ressort des décisions étudiées, « [p]our traduire la notion française de l'équité, il faut faire appel à des termes comme "*fairness*" ou "*reasonableness*" »²³⁵⁸. Il est souvent écrit qu'il n'existe pas en Angleterre de principe de bonne foi²³⁵⁹. Or l'expression de « bonne foi » a pu être utilisée dans d'anciennes décisions de justice anglaises datant de la fin du 18^{ème} siècle. Il a ainsi été jugé qu'en matière d'assurance, « [I]a bonne foi interdit à l'une des parties, dissimulant ce qu'elle sait, de pousser l'autre à conclure un marché, alors qu'elle ignore ce fait et qu'elle croit le contraire »²³⁶⁰. La même juridiction précisa quelques décennies plus tard : « [i]l a été établi de façon constante dans cette Cour, aussi loin que l'on puisse se souvenir, que la bonne foi est la base de toutes les transactions commerciales ; et, par conséquent, il est important dans les questions de ce genre de considérer si l'acquéreur a agi de façon juste et honnête, ou avec une intention de tromper et d'escroquer »²³⁶¹.

Néanmoins, l'affirmation selon laquelle il n'existe pas de principe général de bonne foi sous-tendant la matière contractuelle en droit anglais est fondée²³⁶², dans la mesure où aucune décision de justice anglaise n'énonce un principe fondateur de bonne foi contractuelle. En outre, les occurrences de l'expression « *good faith* » semblent avoir disparu des décisions de justice anglaises à partir du milieu du 19^{ème} siècle²³⁶³, en raison du développement de la doctrine *caveat emptor*²³⁶⁴ qui exige que l'acheteur soit vigilant, autrement dit qu'il appartient à chacun de veiller à ses intérêts lors de la conclusion du contrat. La notion de bonne foi est notamment

²³⁵⁷ André TUNC, « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n° 9, 1998, p. 123.

²³⁵⁸ John BELL, « L'équité dans la justice anglaise : perspectives théoriques », in Marie-Luce PAVIA (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003, p. 124.

²³⁵⁹ Stephen A. SMITH, *Aatiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6^{ème} éd., OUP, coll. Clarendon law series, 2006, p. 19 ; Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 1-004, p. 2.

²³⁶⁰ Carter v. Boehm, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1766, 97 E.R. 1162, (1766) 3 Burr. 1905, n° 1164 : « *Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary* ».

²³⁶¹ Salomons v. Nissen and Another, *Court of King's Bench*, 14 nov. 1788, (1788) 2 Term Reports 674, 100 E.R. 363 : « *It has been uniformly laid down in this Court, as far back as we can remember, that good faith is the basis of all mercantile transactions: and therefore it is material in questions of this kind to consider whether the purchaser has acted fairly and honestly, or with a design to deceive and defraud* ».

²³⁶² Quoiqu'elle doive être nuancée à la lumière de décisions récentes, v. *infra* n° 577.

²³⁶³ Jan VAN DUNNÉ, « On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles », *Const. L. J.*, vol. 31, n° 1, 2015, p. 13.

²³⁶⁴ Mike MACNAIR, « Good Faith in English Law before 1850 », in Jean-Pierre CORIAT, Roberto FIORI et Jan HALLEBEEK (dir.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in Honour of Boudewijn Sirks*, Goettingen: V&R Unipress, 2014, p. 325.

utilisée, en droit français²³⁶⁵ mais aussi dans certains instruments européens²³⁶⁶, pour assurer une loyauté dans la conduite des parties dans la phase de négociations qui précède la conclusion du contrat. Or, ainsi que l'illustre le célèbre arrêt *Walford* de 1992 de la *House of Lords*²³⁶⁷, pour les juges anglais, « [u]n devoir de bonne foi est [...] intrinsèquement incompatible avec la position d'une partie lors des négociations »²³⁶⁸. En effet, dans l'esprit du droit anglais, les parties en cours de négociations sont dans une « position antagoniste » et chacune d'elle, aussi bien au stade des négociations que de l'exécution du contrat, « a le droit de poursuivre ses propres intérêts, à condition d'éviter de faire de fausses déclarations »²³⁶⁹.

En outre, l'absence d'une règle générale imposant aux contractants d'agir de bonne foi s'explique également par la nature du *common law* qui est « réticent à procéder à la généralisation de principes abstraits »²³⁷⁰ et préfère une logique de casuistique pour dégager les solutions des litiges.

Une autre cause à l'absence d'un principe général de bonne foi en droit anglais réside dans l'inquiétude des juges anglais concernant le contenu de l'expression « bonne foi »²³⁷¹. Dans l'arrêt *Walford*²³⁷², les vendeurs d'une société avaient convenu verbalement qu'ils traiteraient exclusivement avec les potentiels acquéreurs et négocieraient de bonne foi. Les vendeurs mirent fin aux négociations et vendirent la société à une autre partie. Les potentiels acquéreurs agirent en violation de l'accord conclu oralement en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Les juges décidèrent qu'un accord prévoyant l'exclusivité des négociations peut être contraignant s'il comporte une limite de temps précise. Dans un tel cas, les tribunaux sont en

²³⁶⁵ Art. 1104 du C. civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

²³⁶⁶ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, art. 17.1 « Bonne foi », v. comm. p. 19 : « les parties doivent, pendant toute la durée du contrat, y compris pendant les négociations, agir de bonne foi ». [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (page consultée le 10/11/2020) ; Art. 0 :301 « Devoir général de bonne foi », des Principes contractuels communs, in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD, Guillaume WICKER et Jean-Baptiste RACINE (dir.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 158.

²³⁶⁷ *Walford v. Miles*, *House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128.

²³⁶⁸ Lord ACKNER in *Walford v. Miles*, *House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128, n° 138 : « A duty of good faith is unworkable in practice and inherently inconsistent with the position of a negotiating party ».

²³⁶⁹ Lord ACKNER in *Walford v. Miles*, *House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128, n° 138 : « [...] the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ».

²³⁷⁰ John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 64. V. aussi *supra* n° 24.

²³⁷¹ « Good faith », en anglais.

²³⁷² *Walford v. Miles*, *House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128.

mesure de constater la violation. En revanche, en l'absence d'une telle précision temporelle, un tel accord est sans effet. La référence à des négociations menées de bonne foi ne permet pas aux juges de déterminer s'il y a ou non violation sans donner son contenu à l'expression « bonne foi » et les juges s'y refusent. Par conséquent, la difficulté qu'éprouvent les juristes anglais à déterminer le contenu de la notion de « bonne foi » a conduit les juges, non seulement à rejeter l'existence d'une obligation implicite de bonne foi, mais également à ignorer une clause expresse exigeant des parties qu'elles négocient de bonne foi. L'*English Law Commission* et la *Scottish Law Commission* se prononcèrent sur la question dans un rapport présenté en février 2005 au Parlement britannique²³⁷³. Ce rapport avait pour objectif de proposer un texte susceptible de remplacer la loi de 1977²³⁷⁴ sanctionnant les clauses abusives dans les contrats et la loi de 1999²³⁷⁵ sanctionnant les clauses abusives dans les contrats de consommation par un régime unifié²³⁷⁶ qui serait en accord avec la directive du Conseil de l'Union européenne relative aux clauses abusives dans contrats conclus avec les consommateurs²³⁷⁷. L'article 3 de la directive prévoit qu'« *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ». Les *Law commissions* eurent à se demander si l'expression « bonne foi », traduite en anglais par « good faith », permettrait aux juristes britanniques de mettre en œuvre la directive. Elles arrivèrent à la conclusion « *qu'il n'était ni nécessaire ni souhaitable d'inclure une référence explicite à la bonne foi* »²³⁷⁸. Le raisonnement est explicité

²³⁷³ *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in contracts », *Law Com. Reports* n° 292, *Scot. Law Com. Reports* n° 199, présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais par les ministres écossais, fév. 2005, Cm 6464. SE/2005/13. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/03/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf (page consultée le 09/09/2020) Pour un commentaire de ce rapport, v. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « *Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport "Unfair Terms in Contracts" des Law Commissions anglaise et écossaise* », *RDC*, n° 3, 2005, p. 891. Ce rapport fut révisé en 2012 : *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills », mars 2013. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_advice.pdf (page consultée le 09/09/2020)

²³⁷⁴ *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1997 c. 50.

²³⁷⁵ *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*, 1999 n° 2083.

²³⁷⁶ Il s'agit aujourd'hui du *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15 entré en vigueur le 25 mars 2005.

²³⁷⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29.

²³⁷⁸ *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in contracts », n° 3.86, p. 39 *Law Com. Reports* n° 292, *Scot. Law Com. Reports* n° 199, présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais par les ministres écossais, fév. 2005, Cm 6464. SE/2005/13.

dans une proposition de consultation²³⁷⁹ par les *Law commissions* relativement à la transposition de la directive européenne en droit anglais²³⁸⁰. Les *Law commissions* expliquent que la terminologie de la directive est « *relativement méconnue et que certains concepts utilisés ne font pas partie des traditions juridiques anglaises ou écossaises* »²³⁸¹. Il en va ainsi de la notion de bonne foi qui, inconnue du droit anglais, n'apparaît pas dans les lois de 1977 et 1999. Les *Law commissions* proposèrent donc aux interlocuteurs consultés de se prononcer sur la pertinence d'un critère plus connu du droit anglais : le « *fair and reasonable test* »²³⁸². Après consultation, elles réitérèrent cette proposition dans le rapport²³⁸³, précisant : « *Un peu plus de la moitié de nos interlocuteurs*²³⁸⁴ *ont approuvé la proposition provisoire. Ceux qui l'ont fait ont eu tendance à préférer l'absence d'une référence spécifique à la bonne foi au motif qu'elle était confuse et susceptible d'induire en erreur* »²³⁸⁵.

568. De rares exceptions : les *relational contracts*. En dépit du rejet d'un principe général d'agir de bonne foi impactant l'ensemble des contrats, le droit anglais reconnaît l'existence d'un type de contrat reposant sur une confiance mutuelle accrue : il s'agit des *relational contracts*²³⁸⁶. Le premier exemple est celui du contrat d'assurance. Le *Marine Insurance Act* de 1906 dispose : « *L'assurance relève de la plus grande bonne foi. Un contrat d'assurance maritime est fondé sur la plus grande bonne foi, et si l'une des parties n'observe pas la plus grande bonne foi, l'autre partie peut s'estimer libérer du contrat* »²³⁸⁷. Cette

²³⁷⁹ Les *Law commissions* ont la possibilité de consulter divers interlocuteurs avant de rendre un rapport final.

²³⁸⁰ *The Law Commissions' 2002 Joint Consultation Paper; Unfair Terms in Contracts* (Law Commission Consultation Paper n° 166, Scottish Law Commission Discussion Paper n° 119), Londres : TSO. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/03/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf (page consultée le 26/03/2021)

²³⁸¹ *Ibid.*, n° 4.10, p. 71.

²³⁸² *Ibid.*, n° 4.94, p. 93.

²³⁸³ *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in contracts », *Law Com. Reports* n° 292, *Scot. Law Com. Reports* n° 199, nos 3.84 à 3.91, pp. 39 et 40., présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais par les ministres écossais, fév. 2005, Cm 6464. SE/2005/13.

²³⁸⁴ Ce qui est peu. Les personnes consultées qui étaient favorables à l'utilisation de l'expression « bonne foi » dans la loi britannique de transposition de la directive ont précisé que l'omission de cette expression représenterait un « *retour en arrière* » et qu'il était souhaitable de s'aligner sur les termes légaux des pays de tradition civiliste, v. *ibid.*, n° 3.88, p. 39. Cependant, force est de constater que cette proposition était loin de rencontrer l'adhésion des *Law commissions* et du Parlement britannique ainsi qu'en témoigne le rapport final des *Law Commissions* qui fût suivi sur la question de l'expression de la bonne foi par le Parlement.

²³⁸⁵ *The Law Commission and the Scottish Law Commission*, « Unfair terms in contracts », n° 3.87, p. 39. (Law Com. n° 292, Scot. Law Com. n° 199), présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais par les ministres écossais, fév. 2005, Cm 6464. SE/2005/13.

²³⁸⁶ V. sur cette notion Hugh COLLINS, « Is a Relational Contract a Legal Concept? » in Simone DEGELING, James EDELMAN, James GOUDKAMP (dir.), *Contract in Commercial Law*, Lawbook Co, Thomson Reuters, 2016,

²³⁸⁷ *Marine Insurance Act 1906*, 1906 c. 41, s. 17 : « *Insurance is uberrimae fidei*.

disposition a depuis été modifiée par l'*Insurance Act 2015*²³⁸⁸, entré en vigueur le 12 août 2016. La section 14(1) a aboli toute règle ayant pour effet de permettre à une partie de s'estimer libérée du contrat si l'autre n'a pas observé la plus grande bonne foi ; la section 14(3)(a) abolit plus particulièrement la section 17 du *Marine Insurance Act 1906* prévoyant une telle sanction. Cependant, les juges anglais considèrent toujours que le contrat d'assurance, notamment celui d'assurance maritime qui est très courant en Angleterre, exige un degré de bonne foi élevé au stade de la conclusion du contrat. Cette exigence concerne notamment les informations que le futur assuré doit communiquer à l'assureur pendant la période précontractuelle.

Dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 2003²³⁸⁹, un contrat d'assurance avait été conclu relativement à un bateau. Lorsque le bateau brula, l'assureur agit en vue de contester l'indemnisation réclamée par l'assuré. Le contrat d'assurance est soumis au *Marine Insurance Act 1906* qui dispose que les parties sont tenues d'observer « la plus grande bonne foi »²³⁹⁰. À défaut d'une telle conduite, chaque contractant accepte que l'autre partie puisse se considérer comme libérée du contrat. Cette disposition bénéficiait tout particulièrement à l'assureur. En l'espèce, ce dernier invoqua le manquement à l'obligation d'observer la plus grande bonne foi de la part de l'assuré dans la communication des informations relatives à l'état du bateau. Selon l'assureur, l'assuré avait accès à des rapports établis par des experts qui indiquaient que le navire n'était pas « *en état de naviguer* »²³⁹¹ avant son trajet en mer et n'avait pas communiqué ces informations ce qui constituait une violation du principe d'agir dans la plus grande bonne foi. Un tel manquement permettait à l'assureur d'agir comme s'il était libéré du contrat et notamment de son obligation d'indemnisation. La question était donc pour les juges de déterminer le contenu et la portée de l'obligation de coopérer dans « la plus grande bonne foi ».

Sur la question de sa portée, les juges estimèrent que la section 17 du *Marine Insurance Act*, en ce qui concerne notamment les informations que doivent communiquer les parties, se limite à la formation du contrat. Elle impose donc une lourde obligation d'information précontractuelle aux parties ; en revanche, l'obligation contractuelle d'information n'est pas

A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party ». [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/contents> (page consultée le 13/04/2021)

²³⁸⁸ *Insurance Act 2015*, 2015 c. 4.

²³⁸⁹ *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469.

²³⁹⁰ *Marine Insurance Act 1906*, 1906 c. 41, s. 17. V. *supra* n° 568.

²³⁹¹ « *Seaworthy* ».

aussi exigeante²³⁹². Cela conduisit les juges à s'interroger sur le contenu de cette obligation d'information contractuelle et sur ce qui pouvait, plus généralement, constituer un manquement aux obligations incombant à l'assuré. Les juges retinrent une conception restrictive de la bonne foi. En effet, ils estimèrent que « *l'obligation de bonne foi ne requerrait rien de plus de la part de l'assuré qu'un comportement honnête et dépourvu de mauvaise foi* »²³⁹³ et qu'« [à] moins que l'assuré n'ait agi de mauvaise foi, il ne peut [...] manquer à une obligation de bonne foi, qu'elle soit absolue ou autrement définie »²³⁹⁴. La présence de tautologies révèle que la notion de bonne foi semble bien difficile à définir pour les juges. En outre, les juges soulignèrent que dans le cas d'une obligation explicite d'agir de bonne foi, la caractérisation de la bonne foi par un adjectif²³⁹⁵ n'a aucune incidence sur le degré de bonne foi exigé. Cela est étonnant : l'adjonction volontaire par le législateur de cette précision devrait révéler un degré d'exigence supérieur de loyauté dans un contrat d'assurance considéré en droit anglais comme reposant essentiellement sur une confiance mutuelle accrue. Il est possible de voir dans ce choix l'extrême méfiance des juges anglais vis-à-vis de la bonne foi. Néanmoins, cette analyse serait précipitée. En l'espèce, l'indifférence de la caractérisation du seuil de bonne foi permet aux juges de rejeter les arguments de l'assureur visant à démontrer que lorsqu'est exigée « *la plus grande bonne foi* », l'assuré manque à son obligation par une simple conduite qualifiable de « *unconscionable* », sans que l'assureur ait besoin de démontrer une fraude ou un mensonge²³⁹⁶.

²³⁹² En outre, ils précisèrent qu'elle ne pouvait s'étendre au-delà de la période contractuelle et s'imposer à la conduite des parties au cours du litige. Par conséquent, l'obligation de divulguer des informations utiles doit être envisagée, non pas sous l'angle de la bonne foi contractuellement prévue : Lord SCOTT OF FOSCOTE in *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469, n° 96 : « *Il me semble donc clair que le contenu de l'obligation de "haute bonne foi" post-contractuelle doit être examiné à nouveau et n'est pas influencé par l'étendue de l'obligation de l'assuré au stade de la formation du contrat* » ; « *It seems to me clear, therefore, that the content of the duty of "utmost good faith" post-contract must be examined afresh and is not coloured by the extent of the duty owed by the assured pre-contract* » mais à travers les règles de procédure : Lord HOBHOUSE OF WOOD-BOROUGH in *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469, n° 77 : « *Je suis donc fermement convaincu qu'une fois que les parties sont en cours de litige, ce sont les règles de procédure qui régissent la portée de l'obligation d'information imposée au cours du litige* » ; « *I am therefore strongly of the view that once the parties are in litigation it is the procedural rules which govern the extent of the disclosure which should be given in the litigation* ».

²³⁹³ Lord HOBHOUSE OF WOOD-BOROUGH in *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469, n° 11 : « *the duty of utmost good faith required no more than that the insured should act honestly and not in bad faith* ». V. aussi Lord SCOTT OF FOSCOTE, *ibid.* n° 111 : « *I would, however, limit the duty owed by an insured in relation to a claim to a duty of honesty* ».

²³⁹⁴ Lord SCOTT OF FOSCOTE, *ibid.* n° 111 : « *Unless the assured has acted in bad faith he cannot, in my opinion, be in breach of a duty of good faith, utmost or otherwise* ».

²³⁹⁵ En l'espèce, dans le *Marine Insurance Act* de 1906, il s'agit de « *utmost* » qui signifie « la plus grande », « le plus haut niveau de bonne foi ».

²³⁹⁶ *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469, n° 106.

Autrement dit, les juges anglais réduisent en l'espèce la portée de l'obligation d'agir de bonne foi ce qui profite à l'assuré²³⁹⁷.

Outre les contrats pour lesquels l'obligation de respecter la bonne foi fait l'objet d'une disposition légale tel que le contrat d'assurance, les juges anglais se réservent la possibilité d'identifier d'autres *relational contracts*. Neuf éléments d'identification des *relational contracts* ont été clarifiés dans un arrêt récent rendu en 2019 par la *High Court of Justice*²³⁹⁸ :

- « 1. *Il ne doit pas y avoir de clauses spécifiques expresses dans le contrat qui excluent la découverte d'une obligation de bonne foi dans le contrat.*
2. *Le contrat sera un contrat à long terme, l'intention mutuelle des parties étant celle d'entretenir une relation à long terme.*
3. *Les parties doivent avoir l'intention de jouer leur rôle respectif avec intégrité et en restant fidèles à leur engagement.*
4. *Les parties s'engagent à collaborer l'une avec l'autre dans l'exécution du contrat.*
5. *Les esprits et les objectifs de leur entreprise peuvent ne pas être utilement exprimés de manière exhaustive dans un contrat écrit.*
6. *Les parties se font mutuellement confiance, mais d'une manière différente de celle des relations fiduciaires*²³⁹⁹.
7. *Le contrat en question implique un degré élevé de communication, de coopération et de performance prévisible, basé sur la confiance mutuelle et les attentes de loyauté.*

²³⁹⁷ Sur l'importance de l'étendue de l'obligation découverte par les juges, v. *infra* n° 581.

²³⁹⁸ *Bates v. Post Office Ltd (No.3: Common Issues)*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 15 mars 2019, [2019] EWHC 606 (QB). V. aussi Justice LEGGATT in *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526, n° 143 en faveur de la reconnaissance d'une catégorie de contrats nécessitant notamment une exigence de communication mutuelle telle que la réticence volontaire d'une information serait constitutive d'une mauvaise foi susceptible de donner lieu à des dommages intérêts.

²³⁹⁹ Il s'agit d'une « *relation dans laquelle l'une des parties occupe une place particulière de confiance et est tenue d'agir pour le bénéfice de l'autre* », cf. Géraldine GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais. Méthode, traduction et approche comparative*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2019, p. 271. L'exemple le plus évocateur est certainement le *trust* qui correspond à une « *obligation régie par les règles d'equity de conserver des biens pour le compte d'autrui* », cf. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 14-081, p. 760. Les *relational contracts* requièrent un degré de confiance et solidarité moindre que les relations fiduciaires car il ne s'agit pas de « *subordonner les intérêts d'une des parties à la réalisation des intérêts de l'autre* », cf. Lord Justice LEGGATT in *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan v. Kent*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 fév. 2018, [2018] EWHC 333 (Comm), n° 167.

8. *Il peut y avoir un degré d'investissement significatif de l'une des parties (ou des deux) dans l'entreprise. Cet investissement important peut, dans certains cas, être décrit plus précisément comme un engagement financier substantiel.*

9. *L'exclusivité de la relation peut également être présente* »²⁴⁰⁰.

Ces éléments d'identification correspondent plus à des indices qu'à des critères : d'une part, ils sont très nombreux et, d'autre part, ils ne sont pas cumulativement nécessaires à la reconnaissance d'un *relational contract*, à l'exception du premier qui correspond à l'absence d'exclusion expresse d'une obligation de coopérer de bonne foi. En effet, dans la mesure où les juges anglais se disent dans l'impossibilité de découvrir une telle obligation si elle est exclue explicitement, ce critère est déterminant²⁴⁰¹. Hormis cet élément, les juges s'en remettent donc à une technique de faisceau d'indices pour déterminer la présence de ces contrats²⁴⁰². Par exemple, dans un arrêt rendu par la *High Court* en 2014²⁴⁰³, le juge retint, en application de l'arrêt *Yam Seng*, la qualification de *relational contract* dans le cas d'un contrat portant sur la fourniture de matériel informatique de formation des pilotes.

Il convient de préciser que la qualification de *relational contracts*, dont l'enjeu réside dans la découverte d'une obligation d'agir de bonne foi, n'est pas facilement reconnue. Dans

²⁴⁰⁰ Justice FRASER in *Bates v. Post Office Ltd (No.3: Common Issues)*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 15 mars 2019, [2019] EWHC 606 (QB), n° 725 : « 1. *There must be no specific express terms in the contract that prevents a duty of good faith being implied into the contract.* 2. *The contract will be a long-term one, with the mutual intention of the parties being that there will be a long-term relationship.* 3. *The parties must intend that their respective roles be performed with integrity, and with fidelity to their bargain.* 4. *The parties will be committed to collaborating with one another in the performance of the contract.* 5. *The spirits and objectives of their venture may not be capable of being expressed exhaustively in a written contract.* 6. *They will each repose trust and confidence in one another, but of a different kind to that involved in fiduciary relationships.* 7. *The contract in question will involve a high degree of communication, co-operation and predictable performance based on mutual trust and confidence, and expectations of loyalty.* 8. *There may be a degree of significant investment by one party (or both) in the venture. This significant investment may be, in some cases, more accurately described as substantial financial commitment.* 9. *Exclusivity of the relationship may also be present* ».

²⁴⁰¹ *Essex County Council v. UBB Waste (Essex) Limited*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 18 juin 2020, [2020] EWHC 1581 (TCC), n° 726 : « *Aucun des éléments de la liste ci-dessus n'est déterminant, à l'exception du premier. En effet, si les termes exprès empêchent la découverte d'une obligation de bonne foi, la question est close* » ; « *No single one of the above list is determinative, with the exception of the first one. This is because if the express terms prevent the implication of a duty of good faith, then that will be the end of the matter* ».

²⁴⁰² Justice PEPPERALL précise sur ces critères : « *J'hésite à décrire cette liste comme exhaustive [...]* Toutefois, nombre de ces caractéristiques seront présentes lorsque le contrat est un *relational contract*. Dans d'autres cas, sur la base de faits entièrement différents, il se peut qu'il existe d'autres caractéristiques que je n'ai pas citées ci-dessus et qui sont pertinentes dans ces cas » ; « *I hesitate to describe this as an exhaustive list [...]* However, many of these characteristics will be found to be present where a contract is a *relational one*. In other cases on entirely different facts, it may be that there are other features which I have not identified above which are relevant to those cases », *ibid.* n° 726.

²⁴⁰³ *Bristol Groundschool Ltd v. Intelligent Data Capture Ltd*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 2 juill. 2014, [2014] EWHC 2145 (Ch).

un arrêt rendu par la *High Court of Justice* en 2014²⁴⁰⁴, les juges retinrent que le contrat n'était pas un *relational contract* parce que, même s'il s'agissait d'un engagement vraisemblablement pris pour une période longue, l'une ou l'autre des parties pouvait mettre fin au contrat en respectant un préavis relativement court, et aucune des parties n'était dépendante du contrat de telle sorte qu'elle avait engagé des sommes importantes en misant sur la poursuite de la relation. Les *relational contracts* semblent être les seules manifestations de la bonne foi contractuelle en Angleterre. Néanmoins, une telle conclusion ne reflète pas la réalité du droit positif anglais.

569. Les *implied terms*. L'absence d'un principe général de bonne foi en droit anglais peut faire douter de la pertinence de l'analogie entre les obligations dégagées sur le fondement de la bonne foi et la technique de l'*implied term*²⁴⁰⁵. Néanmoins, le droit anglais n'est pas dépourvu de notions susceptibles de jouer un rôle similaire à la bonne foi contractuelle en droit français, c'est-à-dire de rééquilibrer certains déséquilibres au sein du contrat. Ainsi que le précise un juge dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 1989²⁴⁰⁶ à propos du principe de bonne foi contractuelle reconnu dans les droits continentaux : « *Le droit anglais, de manière caractéristique, ne s'est pas engagé à respecter un tel principe fondamental mais a développé des solutions ponctuelles en réponse à des problèmes avérés d'injustice* »²⁴⁰⁷. Force est de constater que les *implied terms* permettent, au moins en partie, de pallier l'absence d'un principe de bonne foi en droit anglais des contrats²⁴⁰⁸, notamment les *implied terms in law*²⁴⁰⁹.

²⁴⁰⁴ Acer Investment Management Ltd v. Mansion Group Ltd, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 17 sept. 2014, [2014] EWHC 3011 (QB).

²⁴⁰⁵ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n^{os} 104s et pp. 206s.

²⁴⁰⁶ Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 12 nov. 1987, [1987] EWCA Civ 6, [1989] QB 433, [1988] 1 All ER 348.

²⁴⁰⁷ Lord Justice BINGHAM in Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 12 nov. 1987, [1987] EWCA Civ 6, [1989] QB 433, [1988] 1 All ER 348, p. 349 : « *English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness* ».

²⁴⁰⁸ Stephen A. SMITH, *Aatiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford : OUP, coll. Clarendon law series, 6^{ème} éd., 2006, p. 165 ; Élise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, t. 463, LGDJ, coll. BDP, 2006, n^o 651, p. 285 ; Barbara COLLEDGE, « Good faith in construction contract – the hidden agenda », *Const. L. J.*, vol. 15, n^o 4, 1999, p. 297 ; Elisabeth PEDEN, « Policy concerns behind implication of terms in law », *LQR*, vol. 117, n^o 3, 2011, p. 459 ; Kelda GROVES, « The doctrine of good faith in four legal systems », *Const. L. J.*, vol. 15, n^o 4, 1999, p. 278.

²⁴⁰⁹ Une auteure assimile les *implied terms* au seul mécanisme de l'art. 1135 du Code civil, expliquant que la bonne foi ne saurait être comparable aux *implied terms* car cela reviendrait à confondre la bonne foi et l'article 1135, cf. Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, IDA, 2012, n^o 432, p. 294. Or la distinction entre la bonne foi et l'équité de l'art. 1135 n'est pas évidente. En outre, il n'est pas précisé de quels *implied terms* il s'agit. Les *implied terms in law* ne reposent pas sur le critère de la nécessité pour « donner effet au contrat » ce qui permet difficilement l'assimilation avec l'art. 1135 sur ce fondement. Les *implied terms in fact* en revanche reposent sur ce critère, mais ils n'ont pas la même portée que l'art. 1135 parce qu'ils n'ont pas vocation à s'appliquer de façon systématique à un type de contrat.

570. L'analogie entre les obligations implicites fondées sur l'équité et l'*implied term*.

En dépit de l'absence de principe de bonne foi contractuelle en droit anglais, il existe une technique qui ressemble fort à celle de la découverte des obligations implicite sur le fondement des articles 1104 et 1194 du Code civil : il s'agit de l'*implied term*. L'*implied term*, dont la traduction littérale est « terme implicite » ou « terme sous-entendu », est « *une clause à laquelle la loi confère une efficacité contractuelle, bien qu'il soit parfois évident qu'il s'agit d'une chose à laquelle les parties, en concluant leur contrat, n'ont pas du tout fait allusion* »²⁴¹⁰. Certains *implied terms* sont issus de l'usage et de la coutume²⁴¹¹, d'autres sont jugés nécessaires pour donner effet à un contrat donné²⁴¹². Ces deux mécanismes d'ajout de contenu contractuel sont rattachés par les juges à la volonté présumée ou raisonnable des parties. Les *implied terms in law*²⁴¹³ sont ajoutés à certain type de contrats par le législateur²⁴¹⁴ ou par le juge. Or ces derniers présentent des similitudes avec les obligations implicites dégagées par les juges français sur le fondement de l'équité et de la bonne foi²⁴¹⁵. À première vue, aucune de ces techniques n'est fondé sur une volonté de rééquilibrage économique du contrat car les juges anglais se refusent à intervenir pour rééquilibrer la situation du contractant qui aurait fait une mauvaise affaire. En revanche, les juges anglais envisagent fréquemment et explicitement des considérations de justice contractuelle, d'équité et de politique sociale afin de décider de l'opportunité de la découverte d'une obligation implicite dans un type de contrat. Par conséquent, l'analogie entre les obligations contractuelles dégagées par le juge français sur le fondement de l'équité et la technique anglaise de l'*implied term* est possible.

²⁴¹⁰ Justice O'BRYAN in *Dikstein v. Kanevsky, Supreme Court of Victoria* (Australie), 1^{er} janv. 1947, (1947) V. L.R. 216, p. 200: « *a term to which law gives contractual efficacy, though it may be plain that it was something to which the parties, in making their contract, failed to advert at all* ».

²⁴¹¹ V. la notion d'*implied term by custom or usage*, supra n^{os} 285s.

²⁴¹² V. la notion d'*implied term in fact*, supra n^{os} 430s.

²⁴¹³ La distinction terminologique a été réalisée par TREITEL, v. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^{os} 6-017s, pp. 230s, et adoptée par les auteurs et les juges eux-mêmes.

²⁴¹⁴ *Implied terms by statute*. V. par ex. *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 12(1) : « *Dans un contrat de vente, [...] il existe une clause implicite pesant sur le vendeur selon laquelle [...] il a le droit de vendre les biens et [qu'] il aura ce droit au moment où le droit de propriété doit être transféré* ». V. également s12 à s15. [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> (page consultée le 29/04/2021)

²⁴¹⁵ V. contra Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. IDA, 2012, n^o 432, p. 294. L'auteure estime que les *implied terms* anglais ne peuvent être assimilés qu'aux obligations implicites dégagées sur le fondement de l'équité et non de la bonne foi. En effet, cette dernière aurait pour fonction de protéger le lien contractuel alors que les *implied terms*, tout comme l'ancien art. 1135 du C. civil, auraient pour fonction de donner plein effet au contrat. La présente étude propose de considérer que l'analyse qui consiste à dire que les *implied terms* ou l'équité permettent de donner plein effet au contrat est artificielle.

571. *Terms implied in law.* Les *terms implied in law* comprennent les clauses ajoutées dans certains types de contrats par les lois émanant du Parlement anglais mais également des clauses dégagées par les juridictions ayant vocation à s'appliquer à un certain type de contrat ou de relation contractuelle. Or, les *implied terms in law* découverts par les juges sont fondés sur ce qui s'apparente à des considérations d'équité et de justice contractuelle semblables à celles qui ont permis aux juges français de découvrir des obligations contractuelles sur le fondement de l'article 1194. En effet, ainsi que le souligne un juge de la *Court of Appeal* dans une affaire récente, « au moins dans une certaine mesure, l'existence et la portée des termes implicites standardisés²⁴¹⁶ soulèvent des questions de raisonnable, d'équité et d'équilibre entre des considérations politiques concurrentes »²⁴¹⁷. Il existe en réalité peu d'exemples de mise en œuvre des *implied term in law* dégagés par les juges²⁴¹⁸. Cela constitue une différence notable avec la découverte des obligations implicites pratiquée par le juge français puisque ce dernier a dégagé de très nombreuses obligations contractuelles²⁴¹⁹.

572. Un critère de nécessité eu égard à la nature de la relation contractuelle. Il ressort des décisions étudiées que l'*implied term in law* dégagé par les juges n'obéit pas, à la différence de l'*implied term in fact*, au critère de la stricte nécessité pour donner effet à la volonté des parties²⁴²⁰. Dans l'arrêt de principe rendu par la *House of Lords*²⁴²¹, les faits étaient les suivants : des locataires avaient cessé le paiement du loyer pour protester contre l'état alarmant des ascenseurs et des escaliers de l'immeuble. Le bailleur avait procédé plusieurs fois à des réparations coûteuses mais les locaux étaient régulièrement dégradés par des actes de vandalisme. Le bailleur agit en « possession »²⁴²² de façon à obtenir que les locataires quittent les lieux. La *House of Lords* estima à l'unanimité que, sauf clause expresse contraire, une obligation d'entretenir les parties communes devait effectivement peser sur le bailleur car la

²⁴¹⁶ Le terme renvoie à l'idée que les *implied terms in law* dégagés par les juges ont vocation à s'appliquer à tous les contrats de même type, de la même façon que les *implied terms in law* édictés par le législateur.

²⁴¹⁷ Lord Justice DYSON in *Crossley v. Faithful & Gould Holdings Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 16 mars 2004, [2004] EWCA Civ 293, [2004] 4 All ER 447, n° 36 : « to some extent at least, the existence and scope of standardised implied terms raise questions of reasonableness, fairness and the balancing of competing policy considerations ».

²⁴¹⁸ Elisabeth PEDEN, « Policy concerns behind implication of terms in law », *LQR*, vol. 117, n° 3, 2011, pp. 459 et 460.

²⁴¹⁹ V. *supra* n° 558.

²⁴²⁰ V. *supra* n° 431.

²⁴²¹ *Liverpool City Council v. Irwin*, *House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239.

²⁴²² Cette action rappelle l'action possessoire prévue par l'art. 2278 du C. civil et qui permet à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement un bien de faire cesser le trouble qui affecte ou menace leur détention du bien.

nature du contrat et les circonstances l'exigeaient²⁴²³. Par conséquent, le critère est celui de la nécessité de l'*implied term* eu égard à la nature de la relation contractuelle. Il est sans lien avec la recherche de la volonté contractuelle, même objectivement conçue. Cela rejoint l'analyse selon laquelle il n'est pas possible de relier les obligations dégagées sur le fondement des articles 1104 et 1194 à la volonté contractuelle des parties. La découverte des *implied terms in law* tout comme les obligations implicites découvertes sur le fondement de l'équité ou de la bonne foi ne peut procéder de la volonté des parties. Un tel rattachement est artificiel. Au contraire, le juge découvre des obligations qui n'ont pas été expressément prévues par les parties et qu'elles n'auront même intérieurement pas envisagées comme ayant pour objectif d'aboutir à une certaine forme de justice contractuelle : « *L'obligation est clairement fondée sur des considérations globales de bon fonctionnement de la société : les implied terms in law remettent donc en question l'idée traditionnelle selon laquelle le contenu du contrat est fixé par les parties* »²⁴²⁴.

Le critère de la nécessité par rapport à la nature de la relation pour reconnaître ou non l'existence d'un *implied term in law* est critiquable. Il ressemble notamment beaucoup au critère de la nécessité pour les *implied in fact* ce qui est vecteur de confusion. Certains auteurs estiment que les juges appliquent en réalité le critère de la personne raisonnable et qu'il est préférable de le nommer ainsi pour éviter une confusion entre les mécanismes d'*implied terms*²⁴²⁵. En tout état de cause, il ressort de l'étude des décisions de justice qu'il ne s'agit pas seulement d'un critère du raisonnable ou de nécessité eu égard à la nature du contrat, car des considérations de justice contractuelle et de bon fonctionnement de la société sont souvent évoquées et examinées, et font régulièrement pencher la balance du côté de la reconnaissance d'un *implied term*.

573. La nature du contrat. Les juges anglais utilisent la technique de l'*implied term* avec parcimonie, car en principe, une clause ainsi découverte a vocation à être incorporée à tous les contrats de même nature. Sa portée est donc particulièrement large. Par exemple, dans un

²⁴²³ Lord WILBERFORCE in *Liverpool City Council v. Irwin*, *House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239, p. 3. V. aussi *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co Ltd*, *House of Lords*, 20 déc. 1956, [1956] UKHL 6, [1957] AC 555, [1957] 2 W.L.R. 158, [1957] 1 All E.R. 125.

²⁴²⁴ Stephen A. SMITH, *Aatiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford : OUP, coll. Clarendon law series, 6^{ème} éd., 2006, p. 157 : « *The term is clearly based on broader public policy [...] Implied-in-law terms thus challenge the classical idea that the content of a contract is set by the parties* ».

²⁴²⁵ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 6-071, pp. 266 et 267 ; Andrew Boon Leong PHANG, « Implied terms in English law- some recent developments », *JBL*, 1993, p. 245 ; Andrew Boon Leong PHANG, « Implied Terms Revisited », *JBL*, 1990, 394, p. 407.

arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 1989²⁴²⁶, les faits étaient les suivants : un salarié avait été envoyé en Éthiopie pour effectuer une partie de sa mission et fut blessé par un tiers alors qu'il conduisait le véhicule mis à sa disposition par l'employeur. Le tiers ayant pris la fuite, la victime ne pouvait pas agir à son encontre et l'employeur n'avait pas souscrit d'assurance au bénéfice de ses salariés. L'un des juges, dont le jugement a été suivi par les autres²⁴²⁷, précise : « *les arguments en faveur d'une mesure sociale, qui obligerait les employeurs à assurer dans une certaine mesure les hommes et des femmes travaillant à l'étranger contre les accidents, ainsi que les personnes à leur charge, sont évidents* »²⁴²⁸. Néanmoins, la cour rejette l'existence d'un *implied term* imposant à l'employeur d'assurer le salarié contre les risques dans le cas d'une tâche effectuée à l'étranger. Elle rejette également l'existence d'un *implied term* imposant à l'employeur de conseiller au salarié de souscrire une assurance. En dépit de la reconnaissance de l'évidence de la nécessité pour l'employeur de souscrire une assurance au bénéfice des salariés travaillant à l'étranger, la cour estime qu'imposer une telle règle dans tous les contrats de travail sans pouvoir, dans le cadre d'un jugement, y apporter des nuances et des restrictions serait faire peser une obligation trop lourde et injuste sur les employeurs²⁴²⁹. Il apparaît clairement dans cette décision que la nécessité de l'obligation considérée eu égard à la nature de la relation contractuelle est insuffisante à aboutir à la reconnaissance d'un *implied term*. Les juges sont réticents pour deux raisons : d'abord la portée générale qu'aurait l'obligation ainsi découverte²⁴³⁰ ; ensuite l'obligation lourde qui pèserait sur l'employeur, ce qui revient à prendre explicitement en compte une considération d'équité ou d'équilibre contractuel. La conséquence est de placer les salariés dans une situation très peu avantageuse ce qui aurait pu constituer une considération d'équité en faveur de la solution inverse mais cela n'est pas mentionné dans l'arrêt. En l'espèce, les considérations de justice contractuelle, identifiées par le juge et auxquelles il n'est en réalité pas insensible, sont également insuffisantes à le convaincre d'avoir

²⁴²⁶ Reid v. Rush & Tompkins Group Plc, *England and Wales Court of Appeal*, 22 mars 1989, [1990] 1 WLR 212 ; [1989] 3 All ER 228 ; [1989] 2 Lloyd's Rep 167.

²⁴²⁷ Lord Justice NEILL et Lord Justice MAY, *ibid.*, p. 233.

²⁴²⁸ Lord Justice Ralph GIBSON in Reid v. Rush & Tompkins Group Plc, *England and Wales Court of Appeal*, 22 mars 1989, [1990] 1 WLR 212 ; [1989] 3 All ER 228 ; [1989] 2 Lloyd's Rep 167, p. 220 : « *the arguments in favour of a social policy, which would require employers to provide some level of personal accident insurance for the benefit of men and women working overseas, and for their dependants, are obvious* ». V. aussi p. 228 : « *The usefulness of the principle contended for seems to me, in social terms, to be plain enough [...]* » ; « *L'utilité du principe proposé me semble, d'un point de vue social, parfaitement évidente [...]* ».

²⁴²⁹ Lord Justice Ralph GIBSON, *ibid.*, p. 228.

²⁴³⁰ Une telle solution peut étonner car, de la même façon que le droit français reconnaît un droit commun de la vente et un droit spécial de la vente, chaque catégorie de relation contractuelle connue du droit anglais peut être subdivisée. Le juge est parfaitement libre de découvrir un *implied term* qui s'appliquerait à un certain type de contrat de travail et non pas à l'ensemble des contrats de travail.

recours à l'*implied term*. En réalité, les juges font appel à de nombreux éléments afin de décider si un *implied term in law* doit être découvert.

574. Des considérations limitées de justice contractuelle. Dans un arrêt fondateur rendu en 1997 par la *House of Lords*²⁴³¹, les faits étaient les suivants : deux anciens salariés d'une banque furent licenciés. Ils agirent notamment en vue d'obtenir des dommages et intérêts en compensation des difficultés qu'ils eurent à trouver un nouvel emploi en raison de la réputation de la banque pour la conduite malhonnête de ses affaires. Leur demande fut rejetée par la *High Court*²⁴³² et la *Court of Appeal*²⁴³³. Ils interjetèrent appel auprès de la *House of Lords*. Cette dernière fit droit à leur demande et jugea que la banque était soumise à une obligation implicite de ne pas mener une activité corrompue et malhonnête susceptible de nuire à la réputation de leurs salariés et les empêcher de retrouver un emploi. Elle précisa que cette obligation était une dimension de l'obligation contractuelle générale implicite de ne pas adopter un comportement susceptible de porter atteinte à la relation de confiance entre l'employeur et le salarié²⁴³⁴. En l'espèce, cette obligation n'avait pas été respectée par l'employeur causant un préjudice aux salariés dépassant les seules pertes liées à une cessation d'emploi prématurée et résidant dans l'atteinte aux perspectives d'emploi. La cour rejeta l'interprétation « *inacceptablement étroite de la clause de confiance* »²⁴³⁵ que les juridictions inférieures avaient retenue en se fondant sur un arrêt ancien, l'arrêt *Addis*²⁴³⁶. Dans cet arrêt, les juges avaient conclu à l'absence d'obligation pour l'employeur de faire preuve d'égards dans la façon

²⁴³¹ Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1.

²⁴³² Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 16 fév. 1994, [1994] I.R.L.R. 282.

²⁴³³ Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA, *England and Wales Court of Appeal*, 9 mars 1995, [1995] 3 All E.R. 545.

²⁴³⁴ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD in Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1, p. 35. L'obligation de confiance entre employeur et salarié, dégagée par les juges anglais dans tout contrat de travail, impose à l'employeur de ne pas « *sans motif raisonnable se comporter d'une manière ayant pour objectif et pour effet probable de détruire ou de porter gravement atteinte à la relation de confiance entre employeur et employé* », cf. Woods v. W.M. Car Services (Peterborough) Ltd, *Employment Appeal Tribunal*, 19 juin 1981, [1981] I.C.R. 666 ; Lewis v. Motorworld Garages Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 1^{er} août 1985, [1986] I.C.R. 157 ; Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 3 déc. 1990, [1991] 1 W.L.R. 589. V. sur cette obligation contractuelle : Douglas BRODIE, « Recent Cases, Commentary, The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence », *ILJ*, vol. 25, 1996, p. 121.

²⁴³⁵ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD in Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1, p. 37 : « *This is an unacceptably narrow evaluation of the trust and confidence term* ».

²⁴³⁶ Addis v. Gramophone Co Ltd, *House of Lords*, 26 juill. 1909, [1909] A.C. 488. V. pour une application de cet arrêt notamment au préjudice moral subi par le salarié : Aongus Ciaran O'Laoire v. Jackel International Limited, *England and Wales Court of Appeal*, 30 janv. 1991, [1991] I.C.R. 718.

dont il met fin au contrat de travail. Le salarié ne pouvait donc pas obtenir des dommages intérêts pour la manière dont il avait été licencié, pour la blessure morale subie ou pour la perte due au fait que le licenciement lui-même lui rendait plus difficile l'obtention d'un nouvel emploi.

Dans l'arrêt *Malik*, la *House of Lords* utilisa la technique du *distinguishing* qui permet au juge anglais de ne pas trancher le cas d'espèce à l'aide d'un *precedent* susceptible de s'appliquer en démontrant que les circonstances factuelles diffèrent suffisamment pour ne pas susciter l'application de la même règle de droit²⁴³⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Malik*, un juge, dont la décision est suivie par les autres²⁴³⁸, opère une distinction entre « *l'absence d'amélioration* » par l'employeur des perspectives d'emploi du salarié qui n'est pas sanctionnable au titre de l'obligation de confiance, et « *le fait de porter activement atteinte* » à ces perspectives. Il ajoute : « [l]’emploi, et les perspectives d’emploi, sont des sujets de préoccupation essentiels pour la plupart des gens. Les emplois de toutes sortes sont moins stables qu’auparavant, les gens changent d’emploi plus fréquemment et le marché du travail n’est pas toujours dynamique. Tout le monde sait cela »²⁴³⁹. Il conclut enfin : « [...] la manière et les circonstances du licenciement, évaluées par rapport aux normes de conduite désormais identifiées au sein de l’obligation implicite de confiance, peuvent donner lieu à un handicap [sur le marché du travail]. La loi serait défailante si cela n’était pas reconnu aujourd’hui »²⁴⁴⁰. Cet arrêt constitue une exception notable à la jurisprudence *Addis* et une extension de l'obligation de confiance pesant sur l'employeur aux fins de protection du salarié. La raison de cette distinction réside aussi dans la demande formulée par les salariés en l'espèce. Ces derniers cherchaient à obtenir en priorité, non pas des dommages intérêts, mais la constatation de la résiliation du contrat par l'inexécution grave commise par l'employeur. En effet, dans un autre arrêt rendu par la *House of Lords* en 2001²⁴⁴¹, le demandeur, salarié, avait précédemment obtenu

²⁴³⁷ V. *supra* n° 20.

²⁴³⁸ V. Lord MACKAY OF CLASHFERN et Lord GOFF OF CHIEVELEY in *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA*, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1, p. 33.

²⁴³⁹ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD in *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA*, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1, p. 37 : « *But failure to improve is one thing, positively to damage is another. Employment, and job prospects, are matters of vital concern to most people. Jobs of all descriptions are less secure than formerly, people change jobs more frequently, and the job market is not always buoyant. Everyone knows this* ».

²⁴⁴⁰ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD in *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA*, *House of Lords*, 12 juin 1997, [1997] UKHL 23, [1998] AC 20, [1997] 3 All ER 1, p. 39 : « [...] *the manner and circumstances of the dismissal, as measured by the standards of conduct now identified in the implied trust and confidence term, may give rise to such a handicap. The law would be blemished if this were not recognised today* ».

²⁴⁴¹ *Johnson v. Unisys Limited*, *House of Lords*, 22 mars 2001, [2001] UKHL 13; [2001] 2 All ER 801; [2001] 2 WLR 1076.

gain de cause dans une action pour licenciement abusif et s'était vu accorder l'indemnité maximale prévue par la loi²⁴⁴². Il avait ensuite demandé, sur le fondement de la *common law*, réparation du préjudice moral subi en raison de la dépression nerveuse qui aurait résulté de la façon dont il avait été licencié, en violation de la clause implicite de confiance. La *House of Lords* rejeta le pourvoi²⁴⁴³ pour deux raisons principales : la première était qu'il n'était pas certain qu'il soit possible ou souhaitable d'étendre la portée de la clause implicite de confiance mutuelle à la façon dont il est mis fin à cette relation car elle s'appliquait par principe à une relation en cours²⁴⁴⁴ ; la seconde résidait dans l'idée qu'accorder des dommages et intérêts en réparation d'un tel préjudice aurait pour conséquence de permettre au salarié de contourner l'indemnisation maximale prévue par la loi grâce à l'application de la *common law* ce qui n'était pas souhaitable.

575. Une multitude de critères. Les éléments considérés par les juges pour déterminer l'opportunité, et non pas la nécessité eu égard à la nature de la relation contractuelle, de l'*implied term* sont si nombreux et présentent presque tous une difficulté de définition de telle sorte qu'il est difficile de systématiser le *test* de l'*implied term in law*. Un auteur établit une « *liste non-exhaustive de douze éléments* »²⁴⁴⁵ susceptibles d'influencer les juges dans leur décision de reconnaître l'existence d'un *implied term* et subdivisés en trois catégories : la compatibilité de l'obligation implicite avec le droit existant, l'impact de l'obligation implicite sur les parties contractantes, et les questions plus larges d'équité et de société. Le premier élément révèle que la prérogative judiciaire de la découverte d'obligation implicite s'accompagne d'une mission de préserver une cohérence du droit positif : l'obligation implicite découverte ne doit pas entrer en contradiction, ni même se superposer, à un usage, une loi ou une obligation délictuelle préexistants.

En ce concerne l'impact de l'obligation implicite sur les parties contractantes, elle peut en réalité être subsumée sous les considérations générales d'équité et de politique sociale. En effet, l'impact de l'obligation implicite considérée est mesuré par les juges à l'aune de plusieurs éléments qui procèdent tous plus ou moins d'une volonté de favoriser le contractant

²⁴⁴² *Employment Rights Act 1996*, 1996 c. 18, s. 123 « Compensatory award ». [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/> (page consulté le 12/02/2021)

²⁴⁴³ Lord STEYN ayant néanmoins formulé une opinion dissidente sur l'autorité de l'affaire *Addis*, v. *infra* n° 576.

²⁴⁴⁴ V. notam. *Spring v. Guardian Assurance*, *House of Lords*, 7 juill. 1994, [1994] UKHL 7, [1995] 2 AC 296. Cet arrêt pose le principe selon lequel les pouvoirs de l'employeur sont particulièrement importants et discrétionnaires au stade de la formation du contrat de travail et au stade de sa rupture. Les juges dans l'arrêt *Johnson* en déduisent que l'obligation de confiance aurait donc vocation à s'appliquer surtout pendant l'exécution du contrat de travail.

²⁴⁴⁵ Elisabeth PEDEN, « Policy concerns behind implication of terms in law », *LQR*, vol. 117, n° 3, 2011, p. 467.

désavantagé, autrement dit d'une forme de justice contractuelle. Les juges se montrent ainsi attentifs au pouvoir de négociation de chacune des parties²⁴⁴⁶, à l'ajustement de la portée de l'obligation découverte²⁴⁴⁷ et enfin à l'existence ou à l'absence d'une solution alternative susceptible de satisfaire l'une ou l'autre des parties²⁴⁴⁸.

Enfin, certains arrêts montrent que les juges adoptent ou rejettent certaines obligations implicites en fonction de l'impact qu'elles auraient sur la société. Par exemple, les juges ont refusé de découvrir une obligation implicite pesant sur l'employeur de garantir le salarié contre toute réclamation ou procédure intentée contre lui pour tout acte accompli par lui dans le cadre de son emploi afin de promouvoir une conduite routière responsable car « *accorder à l'agent l'immunité contre une [action en responsabilité] tendrait à créer un sentiment d'irresponsabilité chez une catégorie de personnes qui, peut-être plus que toute autre, doit à la communauté de faire preuve de vigilance constante* »²⁴⁴⁹. Néanmoins, il arrive aussi que les juges examinent un argument de politique sociale en faveur de la découverte d'une obligation implicite mais refusent d'y accorder de poids dans leur décision finale car ils estiment qu'il revient au Parlement de légiférer en la matière²⁴⁵⁰. Les considérations de politique sociale sont donc utilisées avec parcimonie²⁴⁵¹.

²⁴⁴⁶ Sur la vulnérabilité des salariés : Lord Justice STUART-SMITH in *Johnstone v. Bloomsbury Health Authority, England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1990, [1992] 1 Q.B. 333, [1991] 2 WLR 1362, [1991] 2 All ER 293, p. 345 remarque que le *National Health Service*, équivalent de la Sécurité Sociale française, est « *en pratique un employeur disposant d'un monopole* ». V. également Lord STEYN in *Johnson v. Unisys Limited, House of Lords*, 22 mars 2001, [2001] UKHL 13, [2001] 2 All ER 801, [2001] 2 WLR 1076, n°s 19 à 21, v. *supra* n° 580. Sur les preneurs dans le cadre du contrat de bail, v. *Liverpool City Council v. Irwin, House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239 :

²⁴⁴⁷ Dans l'arrêt *Liverpool City Council v. Irwin, House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239, les juges arrivèrent à la conclusion qu'il devait exister une obligation implicite de réparation à la charge du bailleur mais que cette obligation ne pouvait être absolue et qu'il s'agissait pour le bailleur de prendre des mesures « raisonnables » de réparation. Par conséquent, le bailleur n'avait pas manqué à ces obligations en ne réparant systématiquement après les actes de vandalisme dégradant régulièrement les locaux.

²⁴⁴⁸ Dans l'arrêt *Gloucestershire C.C. v. Richardson, House of Lords*, 10 juill. 1968, [1969] 1 A.C. 480, [1968] 3 W.L.R. 645, les juges se sont montrés attentifs à l'impossibilité juridique pour le constructeur d'agir contre le fournisseur de matériaux défectueux. En revanche, la mairie ayant contracté directement avec le fournisseur avait la possibilité d'agir et d'obtenir réparation. Par conséquent, faire porter le poids du défaut des matériaux défectueux sur le constructeur aurait été injuste. Dans l'arrêt *Scally v. Southern Health and Social Services Board, House of Lords*, 23 oct. 1991, [1992] 1 A.C. 294, [1991] 3 W.L.R. 778, [1991] 4 All E.R. 563, les juges découvrirent une obligation implicite pesant sur l'employeur d'informer les employés du changement de leur régime de retraite, attachant une grande importance au fait que les employés n'avaient aucun autre moyen de découvrir l'existence de ce changement. Cette décision est donc éloignée de celle de l'arrêt *Reid*, v. *infra* n° 573.

²⁴⁴⁹ Viscount SIMONDS in *Lister v. Romford Ice, House of Lords*, 20 déc. 1956, [1956] UKHL 6, [1957] A.C. 555, [1957] 2 W.L.R. 158, [1957] 1 All E.R. 125, p. 579. V. aussi Lord SOMERVELL OF HARROW, *ibid.* p. 601.

²⁴⁵⁰ Lord Justice STUART-SMITH in *Johnstone v. Bloomsbury Health Authority, England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1990, [1992] 1 Q.B. 333, [1991] 2 WLR 1362, [1991] 2 All ER 293, p. 346.

²⁴⁵¹ *Fender v. St. John-Mildmay, House of Lords*, 28 juin 1973, [1938] A.C. 1.

576. Des critères non hiérarchisés. En outre, le caractère déterminant de ces différents éléments est toujours susceptible de débat. Des opinions dissidentes sont fréquemment formulées par les juges qui placent tour à tour la protection d'une partie faible ou la sécurité juridique au centre de leur raisonnement. Par exemple, dans l'arrêt *Johnson*, Lord STEYN formula une opinion dissidente sur l'autorité de l'affaire *Addis*, précisant que la règle selon laquelle le salarié ne peut, en principe, pas obtenir réparation du préjudice subi en raison du peu d'égards avec lequel il a été licencié ne devrait plus être considéré comme faisant partie du droit positif. Il expose au soutien de ce revirement le raisonnement suivant : les connaissances récentes en matière de médecine et de psychiatrie montrent l'impact considérable et dommageable que peuvent avoir les pratiques « brutales » de certains employeurs. Le juge se fonde notamment sur un rapport portant sur l'intensification des pressions dues au travail²⁴⁵² et précise que les *implied terms* sont un moyen pour les juges de protéger les salariés contre de telles pratiques²⁴⁵³. À l'inverse, dans un arrêt rendu en 2018 par la Cour suprême du Royaume-Uni²⁴⁵⁴, les juges retiennent la règle selon laquelle si un employé est licencié sur la base d'un préavis signifié par lettre écrite postée à son domicile, alors, en l'absence d'une clause contractuelle expresse précisant la date à laquelle le délai de préavis commencerait à courir, il existe une clause implicite selon laquelle le préavis commence à courir à partir de la date à laquelle l'employé a reçu la lettre et l'a lue ou a eu une possibilité raisonnable de la lire. Cependant, l'un des juges formula une opinion dissidente selon laquelle le contrat de travail appartient à une catégorie assez large des contrats auxquels il est en pratique mis fin par lettre écrite avec préavis²⁴⁵⁵. Il précise que, dans ces cas, le préavis commence selon une règle ancienne lorsque la lettre est parvenue au domicile du destinataire, peu important qu'il l'ait effectivement lue. En outre, il estime que cette lecture est soutenue par des considérations de sécurité juridique et de juste attribution du risque de telle sorte que la nécessité d'un *implied term* n'était pas établie. Ainsi, dans le premier arrêt, la volonté de maintenir une jurisprudence peu favorable au salarié est contestée par l'un des juges qui souhaite que soit placée au cœur des préoccupations de la cour la protection des salariés ; dans le second arrêt, la création d'un

²⁴⁵² Brendan J. BURCHELL, « The Prevalence and Redistribution of Job Insecurity and Work Intensification », in Brendan J. BURCHELL, David LADIPO, Frank WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Londres : Routledge, 2002, p. 61.

²⁴⁵³ Lord STEYN in *Johnson v. Unisys Limited*, *House of Lords*, 22 mars 2001, [2001] UKHL 13, [2001] 2 All ER 801, [2001] 2 WLR 1076, n^{os} 19 à 21.

²⁴⁵⁴ *Newcastle upon Tyne Hospitals NHS Foundation Trust v. Haywood*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 25 avril 2018, [2018] UKSC 22, [2018] 1 W.L.R. 2073, [2018] 4 All E.R. 467.

²⁴⁵⁵ Lord BRIGGS in *Newcastle upon Tyne Hospitals NHS Foundation Trust v. Haywood*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 25 avril 2018, [2018] UKSC 22, [2018] 1 W.L.R. 2073, [2018] 4 All E.R. 467, n^{os} 79s.

implied term favorable au salarié est contestée par l'un des juges qui place la sécurité juridique des conventions mais aussi de la *common law*²⁴⁵⁶ au premier plan. La mise en parallèle de ces deux décisions permet d'illustrer que les considérations de justice contractuelle sont susceptibles de constituer la principale préoccupation des juges anglais dans un cas, et d'être reléguées au second plan dans un autre cas.

577. L'apparition timide d'une obligation contractuelle d'agir de bonne foi en droit anglais. Dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 2005²⁴⁵⁷, les juges eurent à connaître d'une obligation légale de bonne foi dans le cadre du droit du travail. Les lanceurs d'alertes²⁴⁵⁸ sont protégés à condition notamment qu'ils effectuent « de bonne foi » les dénonciations qu'ils estiment fondées²⁴⁵⁹. Bien qu'elle ne concerne pas le contentieux contractuel, cette décision illustre la difficulté que pose la définition de la bonne foi. En l'espèce, les juges retinrent à l'unanimité que « *Hors contexte, l'expression "de bonne foi" a pour signification essentielle l'honnêteté. Introduisez le contexte, et cela appelle de plus amples explications [...]* L'expression se retrouve dans de nombreux instruments législatifs et des instruments de *common law*, et comme elle est nécessairement conditionnée par son contexte, il est dangereux d'appliquer les tentatives judiciaires de définition dans un contexte à celui d'un autre »²⁴⁶⁰. Une telle observation suggère qu'il n'existe pas, et qu'il n'est pas souhaitable que soit retenue, une définition uniforme de la bonne foi. Cela ne facilite pas l'étude de la notion. Néanmoins, cette approche est cohérente eu égard à l'approche casuistique anglaise : l'expression de « bonne foi » revêt telle ou telle caractéristique selon le contexte dans lequel elle est employée. Il convient donc de tenter de cerner ce qu'elle signifie dans le cadre contractuel.

²⁴⁵⁶ Puisqu'il explique que l'*implied term* dégagé contredit la règle traditionnelle en matière de préavis.

²⁴⁵⁷ *Frances Muriel Street v. Derbyshire Unemployed Workers' Centre, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 juillet 2004, [2004] EWCA Civ 964, [2005] ICR 97.

²⁴⁵⁸ « Whistleblowers ».

²⁴⁵⁹ *Employment Rights Act 1996*, 1996 c. 18, s. 43G(1)(a). [En ligne] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents/> (page consultée le 13/04/2021). Cette exigence a disparu avec l'*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, 2013 c. 24, s. 18(2)(a). Plus précisément, cette loi, entrée en vigueur le 25 juin 2013, supprime toute référence à la bonne foi dans l'*Employment Rights Act 1996*.

²⁴⁶⁰ Lord Justice AULD, avec lequel Lord Justice WALL et Lord Justice JACOB sont d'accord, *in Frances Muriel Street v. Derbyshire Unemployed Workers' Centre, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 juillet 2004, [2004] EWCA Civ 964, [2005] ICR 97, n° 41 : « *Shorn of context, the words "in good faith" have a core meaning of honesty. Introduce context, and it calls for further elaboration [...]* The term is to be found in many statutory and common-law contexts, and because they are necessarily conditioned by their context, it is dangerous to apply judicial attempts at definition in one context to that of another ».

Dans un arrêt récent rendu en 2013²⁴⁶¹, un contrat de distribution conclu pour trente mois accordait au distributeur la distribution exclusive de certains parfums et articles de toilette dans un certain nombre de pays déterminés. Le distributeur mit fin au contrat au bout de quinze mois en raison des inexécutions répétées du cocontractant et agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts. La question principale était de savoir si la rupture unilatérale du contrat était justifiée par les inexécutions alléguées mais ce litige fut l'occasion pour les juges de se pencher sur la question de la bonne foi en matière contractuelle. Justice LEGGATT se demande s'il serait envisageable de découvrir une obligation implicite générale d'agir de bonne foi dans l'exécution du contrat. Après avoir rappelé l'existence d'un *implied term in law* imposant une conduite de bonne foi dans l'exécution de certains types de contrat, il précise qu'il « *n'y a aucune difficulté, conformément à la méthodologie établie du droit anglais consistant à dégager des implied terms, à impliquer une telle obligation dans tout contrat commercial ordinaire*²⁴⁶² *basé sur l'intention présumée des parties* »²⁴⁶³. Il réfute un par un les obstacles à la reconnaissance d'une telle obligation et prétendument inhérents au droit anglais²⁴⁶⁴. Tout d'abord, l'approche casuistique serait sauve puisque le contenu précis de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi devrait être déterminé au cas par cas par le juge selon les règles établies relatives à l'interprétation des contrats qui font du contexte de conclusion de celui-ci un élément primordial²⁴⁶⁵. Ensuite, cela ne porterait pas atteinte à la poursuite par chacune des parties de ses intérêts dans la mesure où « *[l]'essence du contrat réside dans l'engagement des parties à coopérer dans leur intérêt mutuel* »²⁴⁶⁶. Enfin, le juge ajoute que « *[l]e concept [de bonne foi] n'a rien de particulièrement vague ou inapplicable. Son application ne comporte pas plus d'incertitude que celle qui est inhérente au processus d'interprétation des contrats* »²⁴⁶⁷. En effet, tout comme la méthode d'interprétation des

²⁴⁶¹ Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526.

²⁴⁶² C'est-à-dire sans limiter cette obligation aux contrats fondés sur une relation particulière, v. *supra* n° 568.

²⁴⁶³ Justice LEGGATT in Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526, n° 133 : « *there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties* ».

²⁴⁶⁴ V. *supra* n° 567.

²⁴⁶⁵ V. *supra* n° 356.

²⁴⁶⁶ Justice LEGGATT in Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526, n° 149 : « *The essence of contracting is that the parties bind themselves in order to co-operate to their mutual benefit* ». V. *contra* Simon WHITTAKER, « Good faith, implied terms and commercial contracts », *LQR*, vol. 129, p. 468.

²⁴⁶⁷ Justice LEGGATT in Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526,

contrats, « *le test de la bonne foi est objectif en ce sens qu'il ne dépend pas de la perception qu'a l'une ou l'autre des parties du caractère irrégulier d'un comportement particulier, mais de la question de savoir si, dans le contexte particulier, ce comportement serait considéré comme inacceptable du point de vue des affaires par des personnes raisonnables et honnêtes* »²⁴⁶⁸. Par conséquent, une notion de « bonne foi » susceptible de donner naissance à des obligations implicites et conçue par référence à la personne raisonnable serait en accord avec le fonctionnement traditionnel du droit anglais.

Cette décision correspond à un arrêt clé en ce qui concerne la bonne foi contractuelle en droit anglais car elle est la première à s'interroger en détails sur l'hostilité des juges anglais envers la bonne foi et à considérer la possibilité de son application²⁴⁶⁹. Cependant, la portée de l'arrêt *Yam Seng* est réduite par l'existence d'un arrêt récent rendu par la *Court of Appeal* donc par une cour supérieure²⁴⁷⁰. Dans cet arrêt, le *NHS trust*²⁴⁷¹ et un fournisseur de services de restauration collective et de nettoyage avaient formé l'un contre l'autre des demandes de dommages et intérêts en réparation des pertes engendrées par la résiliation d'un contrat de fourniture de service qui courrait depuis sept ans. Le contrat stipulait que le *NHS trust* pouvait appliquer des déductions de paiement pour les défaillances du fournisseur de services dans l'exécution de ses prestations. Le contrat stipulait également dans une clause 3.5 que les parties étaient tenues de « *(1) coopér[er] l'une avec l'autre de bonne foi ; (2) [de] prendr[e] toutes les mesures raisonnables nécessaires : (a) pour la transmission efficace de l'information et des instructions ; et (b) pour permettre au Trust [...] de tirer le plein avantage du Contrat* »²⁴⁷². Le *NHS trust* ayant identifié un certain nombre de défaillances dans les prestations, il procéda à des déductions de paiement représentant plus de la moitié du paiement dû pour une période de six mois. Le fournisseur estima qu'une telle réduction du prix était excessive. Après des

n° 153 : « *There is nothing unduly vague or unworkable about the concept. Its application involves no more uncertainty than is inherent in the process of contractual interpretation* ».

²⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 145 : « [...] *the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people* ».

²⁴⁶⁹ *Ibid.*, n° 121.

²⁴⁷⁰ *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mars 2013, [2013] EWCA Civ 200.

²⁴⁷¹ Il s'agit d'un organisme du secteur public qui fournit des services afin d'assurer le bon fonctionnement des services de santé (*National Health Service*) en Angleterre et au Pays de Galles.

²⁴⁷² *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mars 2013, [2013] EWCA Civ 200, n° 97 : « *The Trust and the Contractor (1) will co-operate with each other in good faith; and (2) will take all reasonable action as necessary: (a) for the efficient transmission of information and instructions; and (b) to enable the Trust or, as the case may be, any Beneficiary to derive the full benefit of the Contract* ».

tentatives de négociations infructueuses, les deux parties signifèrent chacune, à un mois d'intervalle, la résolution du contrat à l'autre. Le juge de première instance estima que le *NHS trust* avait, d'une part, manqué à l'obligation implicite de ne pas agir de manière arbitraire, capricieuse ou irrationnelle dans l'exercice de sa prérogative d'appliquer des déductions de prix et, d'autre part, manqué à l'obligation explicite de portée générale de coopérer de bonne foi.

La *Court of Appeal* conclut unanimement à l'absence d'une telle obligation implicite²⁴⁷³. Elle rappela que la découverte d'une obligation de ne pas agir de manière arbitraire, capricieuse, ou irrationnelle dans l'exercice d'une prérogative de déduction du prix nécessitait que le calcul des déductions ne relevât pas d'un pouvoir discrétionnaire²⁴⁷⁴. Or en l'espèce, ce calcul était soumis à des règles contractuelles détaillées et ne pouvait dès lors aboutir qu'à un seul résultat. Par conséquent, il n'était pas discrétionnaire et ne justifiait donc pas la découverte d'une obligation implicite de ne pas agir de façon irrationnelle.

En outre, la *Court of Appeal* réduisit le champ d'application de l'obligation pourtant explicite de « *coopérer l'une avec l'autre de bonne foi* ». Selon les juges, cette obligation n'a pas une portée générale : elle ne s'imposait aux parties que dans le cadre de la clause 3.5 dans laquelle elle était mentionnée. Selon une interprétation littérale²⁴⁷⁵, la coopération de bonne foi est ainsi limitée aux deux objectifs fixés dans la clause : permettre la transmission efficace de l'information et des instructions et faire en sorte que le client du prestataire retire les pleins bénéfices du contrat de fourniture de services²⁴⁷⁶. En outre, le juge ajouta, sur le fondement d'anciennes décisions²⁴⁷⁷, qu'une telle clause impose seulement aux parties « *d'agir avec honnêteté et de ne pas se comporter de façon malhonnête* ». C'est donc une conception

²⁴⁷³ Lord Justice JACKSON, Lord Justice LEWISON, Lord Justice BEATSON, *in* *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mars 2013, [2013] EWCA Civ 200, resp. n^{os} 92, 113 et 149.

²⁴⁷⁴ *Abu Dhabi National Tanker Co v. Product Star Shipping Ltd (The "Product Star")*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 4 déc. 1992, [1993] 1 Lloyd's LR 397 ; *Horkulak v. Cantor Fitzgerald International*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 14 oct. 2004, [2004] EWCA Civ 1287, [2005] ICR 402 ; *Socimer International Bank Ltd v. Standard Bank London Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 22 fév. 2008, [2008] EWCA Civ 116, [2008] 1 Lloyd's LR 558.

²⁴⁷⁵ Le juge est sensible à l'argument du *NHS trust* selon lequel si les parties avaient souhaité étendre la portée de l'obligation de coopération de bonne foi à l'entièreté du contrat, la clause consisterait en une seule phrase avec un point à la suite de « bonne foi », ce qui n'est pas le cas, *v. Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mars 2013, [2013] EWCA Civ 200, n^o 103.

²⁴⁷⁶ Lord Justice JACKSON *in* *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mars 2013, [2013] EWCA Civ 200, n^o 106.

²⁴⁷⁷ *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd, House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469 ; *CPC Group Ltd v. Qatari Diar Real Estate Investment Co, High Court of Justice*, 25 juin 2021, [2010] EWHC 1535 (Ch).

extrêmement restrictive de la bonne foi qui est retenue en droit anglais puisqu'elle n'impose pas aux parties, alors qu'elle est explicitement prévue contractuellement, d'obligation positive, à la différence de la bonne foi telle qu'elle est mise en œuvre par les juges français²⁴⁷⁸. Le juge conclut à l'absence de manquement à l'obligation de bonne foi de la part du *NHS trust* en l'espèce, déboutant le prestataire de sa demande de dommages et intérêts. L'absence de manquement est étroitement liée à la portée restreinte octroyée à la clause litigieuse puisque le juge ne se contente pas de noter que la mauvaise foi du client n'est pas démontrée, ce qui suffirait à écarter un manquement ; il relève également que l'attitude litigieuse, à savoir les réductions de prix opérées par le client, est sans rapport avec les deux objectifs contractuellement liés à l'exigence de bonne foi. L'interprétation littérale ajoutée à la méfiance que suscite la notion de « bonne foi » ont ainsi transformé une obligation de coopérer de bonne foi, qui peut s'apparenter à une exigence d'actions positives de la part des contractants, à une simple obligation de ne pas agir de façon « malhonnête ».

578. Le contenu restreint de l'obligation d'agir de bonne foi. Ainsi que le montrent les arrêts *Yam Seng* et *Medirest*, la bonne foi n'est pas absente des préoccupations des juges anglais : d'une part, la question se pose parfois de la découverte d'une obligation implicite d'agir de bonne foi, et d'autre part, les parties elles-mêmes font parfois figurer dans leurs conventions une obligation expresse de coopérer ou d'agir de bonne foi. Cependant, l'arrêt récent *Medirest* montre aussi que l'obligation implicite de coopérer de bonne foi n'est pas facilement retenue et l'obligation explicite est entendue de façon restrictive²⁴⁷⁹.

579. Le respect des « *standard fair dealings* » et la fidélité au « *common agreed purpose* ». La conception que les juges retiennent de la bonne foi est restrictive. Elle est assimilée à la simple honnêteté, à l'absence de mensonge contrairement au sens qu'elle reçoit dans de nombreuses décisions de justice françaises où elle commande une action positive de la part du débiteur de s'enquérir des besoins du cocontractant et de le conseiller²⁴⁸⁰. Plus précisément, les juges anglais semblent définir la bonne foi par une référence à, d'une part, la fidélité au « *common agreed purpose* » et, d'autre part, le respect des « *standards of fair dealings* ». Une telle référence est également présente parmi les critères d'indentification du

²⁴⁷⁸ V. *supra* n° 557.

²⁴⁷⁹ Y compris lorsqu'elle est légale, v. *supra* n° 568 : *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Insurance Co Ltd*, *House of Lords*, 18 janv. 2001, [2001] UKHL 1, [2003] 1 AC 469.

²⁴⁸⁰ V. *supra* n°s 559s.

*relational contract*²⁴⁸¹. La découverte de l'obligation d'agir de bonne foi, qu'elle soit sous la forme d'un *relational contract* ou d'un *implied term* semble donc fondée, au moins en partie, sur les mêmes critères.

Dans un arrêt rendu en 2010²⁴⁸², la *High Court of Justice* eut à connaître d'un contrat de coentreprise²⁴⁸³ entre deux sociétés ayant pour objectif d'acquérir des terrains et d'obtenir les permis de construire nécessaires pour la construction de divers bâtiments dans la ville de Westminster. Le contrat contenait d'une part une clause expresse imposant aux parties d'observer la plus grande bonne foi et, d'autre part, une clause selon laquelle en principe, la partie en charge de la demande de permis auprès de la mairie ne pouvait la retirer à moins de recevoir de la part de la Mairie ou du Prince de Galles²⁴⁸⁴ une « indication » allant dans le sens d'un futur refus du permis. En l'espèce, la société en charge de cette demande retira la demande de permis ayant estimé avoir reçu des indications suffisantes qu'un refus se présageait. La société soumit à la mairie une nouvelle proposition de plans. Son cocontractant agit en vue d'obtenir des dommages intérêts sur le fondement du manquement à l'obligation d'agir de bonne foi. Les juges ne firent pas droit à la demande. Selon eux, le contenu de l'obligation d'agir dans la plus grande bonne foi consistait en une adhésion à l'esprit du contrat, qui était de chercher à obtenir un permis de construire pour la surface développable maximale dans le délai le plus court possible, d'observer des normes commerciales raisonnables de comportement juste²⁴⁸⁵, d'être fidèle à l'objectif commun convenu et d'agir conformément aux attentes justifiées des parties. Il ressortait des faits que la société en charge de la demande de permis n'avait pas retiré la demande par caprice ou parce qu'elle voulait empêcher l'autre société de recevoir le paiement correspondant. Elle n'avait en réalité pas manqué à son devoir de bonne foi en retirant la demande de permis de construire ; elle avait plutôt agi au mieux, dans une situation politique complexe, dans le but d'obtenir le meilleur permis de construire possible dans le délai le plus court possible ce qui constituait une fidélité au but commun fixé par les parties et une adhésion à l'esprit du contrat. De façon schématique, diverses actions de la société

²⁴⁸¹ V. *supra* n° 568.

²⁴⁸² CPC Group Ltd v. Qatari Diar Real Estate Investment Co, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 25 juin 2010, [2010] EWHC 1535 (Ch).

²⁴⁸³ Déf

²⁴⁸⁴ L'octroi du permis n'étant pas fondé sur des seuls critères d'urbanisme ou autres éléments objectifs mais également sur la préférence du Prince de Galles qui contacta les deux sociétés pour leur exprimer sa désapprobation des plans de construction proposés. Le Prince de Galles reçut l'Émir du Qatar pour discuter des caractéristiques d'un plan de construction acceptable. Le contexte de ce contrat était donc particulièrement politique rendant délicate la tâche de la société en charge de la demande de permis.

²⁴⁸⁵ « Reasonable commercial standards of fair dealing ».

en charge de la demande de permis permettaient de caractériser les éléments constitutifs de l'obligation d'agir de bonne foi : consulter le cocontractant avant de proposer de nouveaux plans correspondait au respect d'un *standard of fair dealings* ; l'obtention du permis portant sur la plus grande partie de terrain possible et dans le temps le plus court possible constituait une adhésion au but commun ; cette obtention contentait également les attentes légitimes du cocontractant qui peut raisonnablement espérer que l'autre partie fasse ce qui est possible pour obtenir un tel permis.

Le juge français et le juge anglais se livrent, par des biais différents, à la découverte d'obligations contractuelles implicites qui n'ont pas été initialement envisagées par les parties. Or la découverte d'obligations implicites s'analyse en une réécriture du contrat par le juge.

B) L'analyse de l'obligation implicite : la réécriture du contrat

580. Conclusion sur la prise en compte de considérations sociales, politiques et de justice contractuelle par les juges. Les juges français et anglais font appel à des considérations d'équité évidentes pour découvrir des obligations implicites dans les contrats. Les juges anglais se décrivent comme très réticents à faire usage de leur pouvoir de découverte d'obligations implicites, plus que ne le sont les juges français. L'essor des obligations implicites en France est particulièrement marqué ; les *implied terms in law* en Angleterre sont plus discrets. Les juges anglais demeurent moins enclins à dégager des obligations qui ne sont pas expressément stipulées par souci de sécurité juridique, tandis que le droit français est « *moins préoccupé par les exigences de sécurité et de stabilité sur le marché, qui influencent son homologue anglais* »²⁴⁸⁶. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'analogie entre les deux ne soit pas possible. Les considérations de justice contractuelle et de politique sociale sont très présentes dans le raisonnement des juges anglais. Les *implied terms* sont aussi des outils de moralisation des relations contractuelles. Ainsi que le souligne un auteur, « *les deux systèmes [...] se soucient de trouver un équilibre entre la valeur à accorder à la sécurité dans le domaine commercial et la moralité contractuelle* »²⁴⁸⁷.

Les *implied terms in law* correspondent à la manifestation d'un pouvoir plus conséquent du juge que l'*implied term in fact*. La première raison réside dans la portée des *implied term in*

²⁴⁸⁶ Paula GILIKER, *Pre-Contractual Liability in English and French Law*, Netherlands : Kluwer Law International, 2002, p. 45.

²⁴⁸⁷ Peter ROSHER, « Good faith in construction contracts: comparing French and English contract law approaches », *IBLJ*, n° 2, 2020, p. 158.

law car ils ont vocation à intégrer tous les contrats de même nature – étant précisé que les juges peuvent distinguer dans une nature de contrat un type plus spécifique de façon à limiter le champ d’application de l’*implied term in law*. La seconde réside dans les critères d’implication. Le critère de nécessité eu égard à la nature du contrat se veut objectif : il permettrait ainsi de prévenir les évaluations judiciaires variables et donc de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions. Néanmoins, la présence de considérations sociales, politiques et de justice contractuelle dont l’appréciation peut s’avérer extrêmement subjective²⁴⁸⁸ constitue une nuance importante à la limitation du pouvoir judiciaire.

Il faut noter que les considérations de justice contractuelle, pourtant mentionnées dans le discours des juges, sont présentées comme des éléments secondaires. En France, les juges, même lorsqu’ils rendent une décision sur le fondement de l’article 1194 du Code civil, ne précisent pas systématiquement qu’ils font référence à l’équité. En Angleterre, les considérations de justice contractuelle sont également présentées comme un motif surabondant seulement susceptibles de conforter le résultat obtenu par le test de nécessité ; elles ne suffisent pas à déterminer l’existence ou non d’une obligation implicite. Il semblerait qu’« *au lieu de discuter ouvertement de considérations d’éthique et de société, [les juges] ont tendance à se cacher derrière le caractère vague du test. Les tribunaux devraient être plus honnêtes quant aux préoccupations qui les influencent dans leurs décisions* »²⁴⁸⁹. En réalité, la justice contractuelle préoccupe les juges anglais comme les juges français.

581. L’intensité de l’obligation dérogée. L’œuvre judiciaire d’ajout de contenu contractuel, en France²⁴⁹⁰ comme en Angleterre, se manifeste aussi dans la détermination de l’intensité de l’obligation découverte. Dans l’arrêt *Liverpool City*²⁴⁹¹, le bailleur était seulement tenu d’apporter un soin raisonnable aux escaliers et ascenseurs. En effet, « *si [...] le test de l’existence de la clause correspond à sa nécessité, sa portée ne doit sûrement pas dépasser ce qui est nécessaire compte tenu des circonstances. Sous-entendre une obligation de réparation absolue irait au-delà de ce qui constitue une conséquence juridique nécessaire et serait en effet déraisonnable. Une obligation de diligence raisonnable de conserver en bon état et en bon état*

²⁴⁸⁸ Étant précisé que les décisions sont rendues à la majorité. Par conséquent, la considération politique, sociale ou de justice contractuelle ne sera déterminante que si elle semble importante à une majorité de juges. Cela n’empêche pas l’analyse selon laquelle de telles considérations sont essentiellement subjectives mais elles ne seront déterminantes que si elles procèdent de préoccupations partagées par les juges.

²⁴⁸⁹ Elisabeth PEDEN, « Policy concerns behind implication of terms in law », *LQR*, vol. 117, n° 3, 2011, p. 467.

²⁴⁹⁰ V. *supra* n° 560 sur la gradation de l’exigence de l’obligation d’information.

²⁴⁹¹ *Liverpool City Council v. Irwin*, *House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239.

d'utilisation est ce qui répond aux exigences de cette affaire »²⁴⁹². Les juges anglais déterminent donc en premier lieu s'il est nécessaire de dégager une obligation implicite, puis ils fixent son étendue en fonction de ce qui paraît raisonnable.

De façon semblable, les juges français ont dégagé une différence de degrés parmi les obligations contractuelles découvertes sur le fondement de la bonne foi ou de l'équité. Il est ainsi possible de distinguer les obligations de moyens et les obligations de résultat²⁴⁹³. L'obligation est de résultat lorsqu'elle exige de son débiteur la réalisation d'une situation déterminée par le contrat ; elle est de moyens lorsque son débiteur doit mettre en œuvre les « *moyens appropriés [...] à faire de son mieux, ce qui permettra peut-être au créancier d'obtenir le résultat qu'il souhaite* »²⁴⁹⁴. L'obligation de moyens a pour conséquence la mise en œuvre d'un régime probatoire²⁴⁹⁵ assez défavorable au créancier puisqu'il lui revient de prouver le manquement, ce qui n'est toujours aisé. La conséquence du point de vue de l'indemnisation de la victime est la suivante : plutôt qu'une logique d'indemnisation des victimes créancières de l'obligation, c'est le débiteur qui est protégé. Si la découverte d'une obligation implicite permettait initialement de remédier à l'injustice subie par l'une des parties, l'ajustement de l'intensité de l'obligation dégagée semble permettre aux juges d'éviter l'excès inverse en créant un déséquilibre au détriment de l'autre partie.

582. Une immixtion judiciaire importante dans le contenu contractuel. L'existence d'obligations contractuelles telles que l'obligation de sécurité, d'information, d'exclusivité ainsi que la gradation élaborée par la jurisprudence de l'intensité de l'obligation d'information selon le caractère plus ou moins averti du contractant face au professionnel, révèle un point important concernant l'office du juge : le juge découvre des obligations contractuelles dans la convention en vue de protéger le profane, vulnérable car moins informé, contre des situations

²⁴⁹² Lord WILBERFORCE in *Liverpool City Council v. Irwin*, *House of Lords*, 31 mars 1976, [1976] UKHL 1, [1976] 2 All ER 39, [1976] UKHL 1, [1977] AC 239, p. 5 : « *My Lords, if [...] the test of the existence of the term is necessity the standard must surely not exceed what is necessary having regard to the circumstances. To imply an absolute obligation to repair would go beyond what is a necessary legal incident and would indeed be unreasonable. An obligation to take reasonable care to keep in reasonable repair and usability is what fits the requirements of the case* ».

²⁴⁹³ La distinction est attribuée à René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, A. Rousseau, 1923-1933, n° 1237. V. aussi : Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations » *RTD civ.*, 1936, I ; Alain TUNC, « Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP*, 1945, I, p. 449 ; Jean FROSSARD, *La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat*, t. 67, LGDJ, coll. Droit privé, 1965. La distinction a ensuite été utilisée par la jurisprudence, devenant ainsi partie intégrante du droit positif.

²⁴⁹⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 6, p. XIX.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, n^{os} 848s, pp. 943s.

d'endettement important²⁴⁹⁶. Cette réécriture du contrat, fondée à la fois sur les articles 1134, 1135 et parfois 1147 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la réforme du 10 février 2016 lorsque le contrat a été conclu avant le 1^{er} octobre 2016, témoigne d'une immixtion importante du juge dans le champ contractuel. Il est tout à fait possible d'admettre que cette intervention est justifiée par un impératif de justice contractuelle. Il est également pertinent de souligner que cette intervention est tout à fait permise par le droit. Le législateur autorise une telle réécriture par le biais des articles 1104 et 1194 qui se réfèrent respectivement à la bonne foi et l'équité, destinées à permettre la moralisation de la vie contractuelle²⁴⁹⁷. Les juges anglais se reconnaissent la possibilité de dégager des obligations contractuelles déconnectées de la volonté des parties et fondées principalement sur des considérations de *public policy*. Ce qu'il est important de constater est le pouvoir judiciaire considérable de rédaction du contrat.

583. Le forçage du contrat. L'ajout de contenu contractuel via la découverte d'obligations implicites correspond à ce que Louis JOSSERAND a nommé le forçage du contrat²⁴⁹⁸. En effet, l'auteur explique qu'est « *discutable [cette] manifestation du dirigisme jurisprudentiel en matière de contrats : et, par la politique d'amplification du contenu obligatoire [...] le juge fait sortir de la convention des obligations auxquelles les parties n'avaient pas consenti [...]* »²⁴⁹⁹. Cette analyse a remporté une adhésion considérable, mais elle a également suscité de très vives critiques. La principale difficulté rencontrée par la thèse selon laquelle l'article 1135 donne lieu à un « forçage » du contrat est que l'équité, comme la loi ou l'usage, n'est censée compléter le contrat que dans le respect des « suites », selon l'ancien article 1135, conformes à « *la nature de l'obligation* ». Autrement dit, il est toujours possible de considérer que l'équité intervient pour donner plein effet à la volonté des parties : « *c'est notamment en considération de ce qui est exprimé que qu'intervient le complétif, l'obligation éponyme n'est qu'un prolongement – objectif et harmonieux – de ce dont les parties sont convenues* »²⁵⁰⁰. À propos de l'ancien article 1135, le Doyen CARBONNIER écrit : « *Il faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées, si elles lui paraissent commandées par la nature de*

²⁴⁹⁶ Ainsi que le notent certains auteurs, « *à partir du milieu du XX^e siècle, un courant de pensée plus attentif aux faibles, plus soucieux de réduire les inégalités, a modifié l'équilibre en faveur de celui dont la capacité réelle de s'informer apparaît limitée* », cf. *ibid.*, n° 333, p. 370.

²⁴⁹⁷ V. *supra* n° 555.

²⁴⁹⁸ Louis JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *DH*, 1933, chr., p. 89. V. aussi : Laurent LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, n° 58, 1998, p. 69.

²⁴⁹⁹ Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français. II. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Paris : Sirey, 1939, 3^{ème} éd., n° 404.

²⁵⁰⁰ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. NBT, 2005, n° 234, p. 473.

l'opération, son économie générale, son esprit [il prend pour exemple l'obligation de sécurité]. Finalement, le contrat des contractants est le contrat que, par hypothèse, auraient conclu des gens raisonnables »²⁵⁰¹. Par conséquent, l'équité ne serait pas un outil de dénaturation du contenu contractuel à craindre ou à rejeter. L'équité se rapprocherait du critère anglais de la *reasonableness*.

Pourtant, des préoccupations globales de justice contractuelle se dissimulent régulièrement derrière l'équité, ou la bonne foi, ainsi que derrière les *implied terms in law* dits « raisonnables ». L'utilisation des qualificatifs « objectif » et « raisonnable » permet d'insister sur l'encadrement de l'intervention judiciaire par la raison. Cet encadrement aurait des vertus multiples, notamment l'absence d'arbitraire judiciaire et des solutions systématiques. Or il n'est pas certain qu'il faille condamner et éviter la découverte d'obligations implicites. La dénaturation du contrat, lorsqu'elle est réalisée aux fins de moralisation de la vie contractuelle, n'est pas nécessairement un mal à combattre : « [a]u tribunal, la loi commence à vaciller. Et le juge, chargé d'appliquer la loi [...] est seul en droit de se libérer du droit. Parce qu'il dit le droit. Parce qu'il fait le droit. Parce que la loi est un des instruments mis à la disposition de la justice, pour aider au règne du juste »²⁵⁰². Le droit anglais comme le droit français autorisent explicitement le juge à faire appel à l'équité ou à des considérations de justice contractuelle. Il est aussi possible de faire confiance au juge en estimant que « [l]e juge sait raison gardée lorsqu'il est de sa responsabilité de mettre en œuvre des standards juridiques tels que la bonne foi »²⁵⁰³.

La découverte d'obligations implicites par les juges français et les juges anglais au nom de la justice contractuelle s'analyse en une réécriture du contrat. Les juges peuvent également modifier des obligations existantes, c'est-à-dire explicitement prévues par les parties, pour remédier à des injustices contractuelles.

§ 2 - La réécriture du contrat par la modification d'obligations existantes

²⁵⁰¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 2017, n° 949, p. 1978.

²⁵⁰² Jean-Denis BREDIN, « La loi du juge », in *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, 1982, Litec, p. 19.

²⁵⁰³ Mustapha MEKKI, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », n° 9. [En ligne] <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf> (page consultée le 19/03/2021)

584. De multiples mécanismes de réécriture. Les juges français et les juges anglais voient leur office considérablement élargi par l'existence de mécanismes spécifiques conçus pour leur permettre de contrôler et de remédier au déséquilibre contractuel. Ces remèdes prennent la forme de la réécriture d'obligations préexistantes, initialement envisagées par les parties. Il s'agit du contrôle judiciaire du prix (A), de l'intervention judiciaire en matière de clauses pénales (B) et de la sanction des clauses abusives (C).

A) Le contrôle judiciaire du prix excessif par rapport à la prestation convenue

585. Une prestation contractuelle. Le paiement du prix constitue l'exécution d'une prestation contractuelle sous forme monétaire²⁵⁰⁴. En tant qu'élément du contenu du contrat, il est en principe le fruit de la volonté contractuelle des parties et, à ce titre, ne peut être révisé, notamment par le juge. En matière de vente, l'article 1591 du Code civil exige que « [l]e prix de la vente [soit] déterminé et désigné par les parties » pour que le contrat soit valablement formé. Cela suppose seulement que les parties se soient entendues sur le prix. Le juge ne peut que contrôler l'existence du prix et, le cas échéant, prononcer la nullité ; il n'est pas amené, dans un tel cas, à réviser le montant de la prestation monétaire. En revanche, il existe diverses hypothèses dans lesquelles le juge est amené à réécrire le contrat en modifiant le montant fixé en contrepartie de l'exécution d'une prestation. D'une part, il est possible pour le juge de considérer que le prix initialement fixé est, dans l'absolu, excessif par rapport à la prestation convenue. D'autre part, le juge peut aussi réduire le prix lorsque la prestation initialement convenue n'a pas été correctement exécutée ce qui lui donne une autre occasion de réécrire le contrat²⁵⁰⁵. Enfin, le juge peut être amené à fixer lui-même la rémunération qui doit constituer la contrepartie de la prestation accomplie

586. La fixation judiciaire du prix. En principe, ce sont les parties qui fixent le montant du paiement dû en contrepartie de la prestation contractuelle. Cependant, il arrive que le juge soit amené à fixer lui-même la rémunération. Tel est le cas notamment dans le contrat de mandat. L'article 1984 du Code civil dispose que « [l]e mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le mandat est en principe conçu comme un contrat à titre gratuit, sauf volonté

²⁵⁰⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, n° 177, p. 159.

²⁵⁰⁵ V. *infra* n° 668 : il s'agit d'un contrat qui n'est pas déséquilibré *ab initio* mais qui devient déséquilibré du fait de l'inexécution de la prestation initialement convenue.

contraire des parties²⁵⁰⁶. Dans l'hypothèse où le mandat est rémunéré, l'appréciation de la valeur du travail accompli par le mandataire n'est pas évidente *a priori* et n'est parfois pas fixée dès la conclusion du contrat²⁵⁰⁷. Le juge du fond intervient donc *a posteriori*, en cas de désaccord, pour fixer la rémunération du mandataire en fonction de la prestation accomplie²⁵⁰⁸. Ce processus s'apparente à une écriture du contrat plus qu'à une réécriture, puisque la rémunération n'était à l'origine pas fixée par les parties, mais il constitue une illustration du degré d'intervention judiciaire dans la rédaction des stipulations contractuelles.

587. Le contrôle de la motivation par la Cour de cassation. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour évaluer la prestation effectuée et fixer la rémunération²⁵⁰⁹. La Cour de cassation procède à un contrôle de la motivation. Dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation²⁵¹⁰, les juges eurent à connaître d'un contrat de mandat pour lequel les honoraires n'avaient pas été fixés *a priori*. La cour d'appel de Paris avait jugé que les honoraires seraient équivalents à l'offre de rémunération formulée par la mandante. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 1986²⁵¹¹ pour défaut de base légale. Elle précisa qu'en se contentant de juger suffisante l'offre du mandant, « *sans procéder à l'appréciation, qu'il lui appartenait de faire au vu des circonstances de la cause et de l'importance des services rendus, pour fixer le montant de la rémunération du mandataire à défaut de convention des parties* », la cour d'appel n'avait pas suffisamment motivé sa décision. Cet arrêt fût rendu dans un cas où aucune convention d'honoraires n'avait été conclue. Le mandataire et le mandant n'avaient pas pu s'entendre une fois que le mandataire eût effectué sa mission et demandé à être payé. Le même pouvoir souverain est reconnu aux juges du fond en matière de révision de la rémunération²⁵¹².

588. Le contrôle des honoraires du mandataire. Dans le cas d'un mandat rémunéré, l'appréciation de la valeur du travail accompli par le mandataire n'est pas évidente *a priori* et peut également faire l'objet d'abus dans la mesure où c'est le mandataire qui fixe sa

²⁵⁰⁶ Art. 1986 du C. civil.

²⁵⁰⁷ Le prix doit être *a minima* déterminable : il est courant que la rémunération du mandataire soit fixée selon un pourcentage, en fonction du succès de l'opération. Cela n'empêche pas les désaccords entre mandant et mandataire par la suite.

²⁵⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 5 fév. 2009, n° 05-13786, inédit : « *la cour d'appel a ainsi souverainement fixé le montant de la rémunération du mandataire au vu des circonstances de la cause et de l'importance des services rendus* ».

²⁵⁰⁹ Civ. 3^{ème}, 3 déc. 1970, n° 69-13809, *Bull. civ.* III, 1970, n° 663, p. 483 ; Civ. 3^{ème}, 4 juill. 1972, n° 71-11738, *Bull. civ.* III, 1972, n° 442, p. 322 ; Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1973, n° 71-14591, *Bull. civ.* I, 1973, n° 360, p. 318.

²⁵¹⁰ Civ. 1^{ère}, 23 oct. 1979, *Bull. civ.* I, 1979, n° 252, p. 200.

²⁵¹¹ Art. 1986 du C. civil : « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire* ». Il faut souligner que cette disposition ne pose pas de pouvoir de révision judiciaire des honoraires.

²⁵¹² Civ. 3^{ème}, 20 fév. 1973, n° 71-13689, *Bull. civ.* III, 1973, n° 145, p. 105.

rémunération²⁵¹³. Ces deux éléments ont pu justifier le pouvoir de révision judiciaire. Dans un arrêt rendu en 1867²⁵¹⁴, la chambre des requêtes a autorisé la révision du prix par le juge en précisant dans son attendu de principe que, lorsque le mandat est conclu à titre onéreux, « *il appartient aux tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu* ». La révision judiciaire du prix est donc loin d'être un principe général du droit des contrats français ; elle est limitée au contrat de mandat. Dans ce contexte spécifique, la Cour de cassation reconnaît au juge du fond un pouvoir souverain d'appréciation²⁵¹⁵, non seulement du caractère abusif de la rémunération mais également de la diminution du prix qu'il convient d'opérer « *en fonction des circonstances de la cause et des services rendus* »²⁵¹⁶. La charge de la preuve du caractère excessif de la rémunération par rapport au service rendu pèse sur le mandant²⁵¹⁷. Il n'est pas rare de rencontrer des décisions de justice par lesquelles les magistrats révisent les honoraires exigés par le mandataire. Sous l'empire de l'ancienne rédaction du Code civil, la Cour de cassation a confirmé la faculté du juge du fond de se fonder sur divers éléments lui permettant d'évaluer la prestation²⁵¹⁸. Cette jurisprudence s'est étendue à toutes les professions libérales²⁵¹⁹ et les révisions sont nombreuses y compris dans des décisions de justice récentes.

589. Les honoraires d'avocat. Par exemple, en matière d'honoraires d'avocat, les alinéas premier et quatrième de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques²⁵²⁰ disposent que les « *honoraires de postulation,*

²⁵¹³ Mustapha MEKKI, « Fasc. 20 : Mandat. – Obligations du mandant. – Effets entre les parties. – Effets à l'égard des tiers », *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 27 mai 2010, (actu. 12 sept. 2012), n° 35 ; Gérard CORNU, « Jurisprudence en matière civile. Contrats spéciaux », *RTD civ.*, 1971, p. 166, notam. p. 172 qui précise que l'exercice de certaines professions présentent des « *dangers d'exagération* » des honoraires.

²⁵¹⁴ Civ., 29 janv. 1867, *DP* 1867, 1, p. 53 ; *D.* 1867, 1, p. 245 ; *GAJ civ.*, t. 2, Dalloz, 13^{ème} éd. 2015, n° 281.

²⁵¹⁵ Com. 4 oct. 1971, n° 70-12551, *Bull. civ.* IV, 1971, n° 221, p. 163 ; Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 91-10578, *Bull. civ.* I, 1993, n° 198, *Deffrénois*, n° 5, 1994, p. 356, D. MAZEAUD ; *RDI*, 1993, p. 520, D. TOMASIN ; *RTD civ.*, 1994, p. 346, J. MESTRE ; *RDI*, 1994, p. 281, H. HEUGAS-DARRASPEN : à propos des honoraires d'un agent immobilier.

²⁵¹⁶ Civ. 3^{ème}, 20 fév. 1973, n° 71-13689, *Bull. civ.* III, 1973, n° 145, p. 105. V. aussi : Com., 9 mars 1976, n° 74-15193, *Bull.* IV, 1976, n° 82, p. 70 ; Civ. 1^{ère}, 8 janv. 2002, n° 98-23183, inédit.

²⁵¹⁷ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-12146, inédit, *CCC*, n° 1, 2003, comm. 3, L. LEVENEUR.

²⁵¹⁸ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 89-21970, *Bull. civ.* I, 1992, n° 212, p. 141 : « *l'étendue des services fournis et à [la] qualification professionnelle* » du praticien ; Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-21161, *Bull. civ.* I, 1997, n° 313, p. 213, *RTD civ.*, 1998, p. 372, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1998, p. 402, P.-Y. GAUTHIER ; *Deffrénois*, n° 6, 1998, p. 405, A. BÉNABENT ; *JCP G*, n° 3, 1998, 1002 : « *la qualité du travail fourni* » ; Civ. 1^{ère}, 19 juin 1990, n° 88-20266, *Bull. civ.* I, 1990, n° 170, p. 120, *D.*, 1991, p. 317, J.-L. AUBERT ; *Deffrénois*, n° 6, 1991, p. 358, J.-L. AUBERT : « *l'importance des services rendus* ».

²⁵¹⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit des contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 385, p. 317.

²⁵²⁰ Loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* n° 3 du 5 janv. 1972, modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances

de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client » et « tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci ». Les honoraires sont donc fixés librement²⁵²¹, étant précisé que l'avocat est tenu à une obligation de délicatesse lui imposant de tenir compte de la fortune son client pour fixer les honoraires²⁵²². En cas de désaccord du client sur la facturation, celui-ci peut saisir le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau au sein duquel l'avocat est inscrit. Celui-ci répondra dans un délai de quatre mois. En l'absence de réponse dans ce délai ou si le client n'est pas satisfait de la décision, il est possible de former une requête devant le premier président de la cour d'appel²⁵²³ dans le délai d'un mois²⁵²⁴.

La procédure de contestation des honoraires de l'avocat échappe aux règles du Code de procédure civile²⁵²⁵. L'article 177 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose que « [l]e premier président entend [les parties] contradictoirement. Il peut, à tout moment, renvoyer l'affaire à la cour [...] L'ordonnance ou l'arrêt est notifié par le greffier en chef par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Le Premier Président se

économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015. V. aussi l'art. 10 du décret n° 2005-790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

²⁵²¹ Sauf en matière de saisie immobilière et de licitation par adjudication judiciaire, c'est-à-dire de vente aux enchères d'un bien en indivision, v. art. A444-191s du C. de commerce ; de partage et de licitation par adjudication volontaire, v. art. A.444-194s du C. de commerce, et de sûreté judiciaire, v. art. A.444-197s du C. de commerce. Ces émoluments font l'objet d'une tarification.

²⁵²² Art. 10 du décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats, *JORF* n° 0152 du 2 juill. 2023.

²⁵²³ Quoiqu'en pratique, celui-ci soit souvent empêché de statuer et désigne un autre magistrat pour rendre l'ordonnance.

²⁵²⁴ Art. 175 du décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat. V. sur la procédure de contestation des honoraires d'avocat, les art. 174 à 179 de ce décret. Ils furent modifiés par le décret n° 2007-932 du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat, *JORF* n° 113 du 16 mai 2007, texte n° 116, et par le décret n° 2019-966 du 18 sept. 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance, *JORF* n° 0218 du 19 sept. 2019, texte n° 16.

²⁵²⁵ Civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, n° 01-17016, *Bull. civ.* II, 2003, n° 131, p. 112, *Gaz. Pal.*, n° 191, 2003, p. 13, *JCP E*, n° 27, 2003, 999 ; Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 00-18184, *Bull. civ.* I, 2003, n° 113 p. 89, *Gaz. Pal.*, n° 179, 2003, p. 9, *JCP E*, n° 28, 2003, 1043 ; Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ.* II, 2018, n° 106, *JCP G*, n° 37, 2018, act. 918, R. GUICHARD ; *JCP G*, n° 24, 2018, 690, C. CASEAU-ROCHE ; *Gaz. Pal.*, n° 28, 2018, p. 60, L. RASCHEL ; *Gaz. Pal.*, n° 23, 2018, p. 37, C. BERLAUD ; *D.*, 2019, p. 91, T. WICKERS ; *D. actu.*, 13 juin 2018, J. JOURDAN-MARQUES : « l'article 175 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 [...] instaure une procédure spécifique » ;

Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ.* II, 2020, p. 61, *D.*, 2021, p. 104, T. WICKERS ; *D.*, 2020, p. 2198, N. TOUATI ; *D. avocats*, 2020, p. 258, C. CASEAU-ROCHE ; *JCP E*, n° 13, 2020, 1140 ; *JCP G*, n° 25, 2020, act. 753, G. DEHARO ; *JCP G*, n° 47, 2020, doct. 1294, C. CASEAU-ROCHE ; *JCP G*, n° 40, 2018, doct. 1023, S. GRAYOT-DIRX ; *Gaz. Pal.*, n° 34, 2020, p. 40, B. DE BELVAL ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2020, p. 32, C. BRENNER ; *Gaz. Pal.*, n° 13, 2020, p. 47, C. BERLAUD.

prononcera donc par voie d'ordonnance qui n'est en principe pas un acte juridictionnel au même titre que l'arrêt ou le jugement.

À titre d'exemple, le premier président de la cour d'appel de Bordeaux eut à connaître d'une contestation d'honoraires d'avocat dans le cadre d'une action en contestation de paternité²⁵²⁶. La décision du bâtonnier fixait les honoraires dus à 1 500 euros toutes taxes comprises. La première présidence de la cour d'appel décida de réduire les honoraires à la somme de 960 euros et condamna l'avocat à restituer le trop-perçu à la cliente. Le juge se fonda sur plusieurs éléments ainsi que le lui commande la loi du 31 décembre 1971. Il remarqua que la situation de fortune de la cliente était modeste et que l'affaire ne présentait pas de difficultés particulières. En outre, il releva que, si l'avocat a facturé cinq rendez-vous avec sa cliente, celle-ci précisait que trois de ces rendez-vous avaient consisté en la seule remise par l'avocat des factures d'honoraires réclamés. Le juge écrit : « *on ne voit pas effectivement quel pourrait être l'objet des trois rendez-vous contesté* [sic]. *Il conviendra d'en retenir deux* ». Il ajoute retenir deux heures pour le travail de préparation du dossier et deux heures pour la rédaction du projet d'assignation. Il ne précise pas en quoi deux heures lui semblent correspondre au travail vraisemblablement fourni. La preuve des diligences accomplies pèse sur le conseil. Par conséquent, en l'absence d'une telle preuve, il est aisé de comprendre que la première présidence d'une cour d'appel écarte purement et simplement le règlement des honoraires²⁵²⁷.

590. Le temps facturé. En revanche, la question se pose de savoir comment le juge procède pour déterminer la quantité de travail exigé de l'avocat pour les projets d'actions en justice sur lesquels il travaille. Dans une ordonnance, le conseiller désigné par le premier président de la cour d'appel de Bordeaux²⁵²⁸ juge, à propos d'un « *projet d'assignation en référé provision, document de deux pages qui contiennent un exposé concis, clair et précis du litige et de la demande et une assignation au fond qui est une copie quasi-conforme du projet sauf à ajouter une demande de dommages et intérêts et une curieuse demande relative à la modification de la carte grise du véhicule* », que « [l]a rédaction de ces deux projets ne peuvent avoir occupé le temps du conseil plus de 4 heures ». Le magistrat fixe la rémunération à 1 200 euros toutes taxes comprises. À la lecture de l'ordonnance, la décision de réduire le temps initialement facturé par le conseil qui réclamait initialement 2 600 euros d'honoraires toutes

²⁵²⁶ CA Bordeaux, 10 janv. 2017, n° 16/02490.

²⁵²⁷ Pour un ex. de diligences ayant donné lieu à une facturation de la part de l'avocat mais dont la preuve n'était pas apportée, v. CA Aix-en-Provence, ch. 1-11, 20 avril 2021, n° 19/16219.

²⁵²⁸ CA Bordeaux, 6 nov. 2018, n° 18/00229.

taxes comprises semble pertinente. Cependant, le juge n'est pas en mesure de motiver précisément sa décision car il n'existe pas de référentiel fixé par les instances ordinales susceptibles de justifier son calcul. À l'inverse, le juge peut estimer le temps facturé lorsqu'il est justifié par le conseil. Dans une ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel de Paris²⁵²⁹, le juge avait à connaître d'un mandat donné à un avocat pour la conclusion d'un contrat de sportif professionnel. Le client, le père du sportif, contestait le temps facturé de quarante-trois heures de travail, estimant qu'il s'agissait simplement de négocier la poursuite par le sportif de sa scolarité en parallèle de son activité professionnelle au sein d'un club de football. L'avocat justifiait des nombreux appels avec le client et avec le club, de recherches juridiques et de nombreuses relectures du contrat afin de le rendre conforme aux attentes des parties de telle sorte que les honoraires à hauteur de 18 199 euros toutes taxes comprises devaient être maintenus.

591. Le taux horaire. En outre, lorsque le paiement est calculé selon un taux horaire, une fois fixée le nombre d'heures vraisemblablement effectuée par l'avocat, le juge doit aussi déterminer la valeur de la prestation accomplie par le mandataire. Par exemple, dans une ordonnance rendue par la cour d'appel d'Aix-en-Provence en 2013²⁵³⁰, la cour rappelle les diligences accomplies par un mandataire judiciaire dont étaient contestés les honoraires. Il s'agissait de l'envoi d'une lettre, d'un échange de correspondances sous formes d'appels téléphoniques, fax et courriels ainsi que d'un rendez-vous avec un avocat pour la remise d'un courrier en main propre. Le mandataire avait fixé ses honoraires à 3 000 euros hors taxes ; la cour les réduisit à la somme de 1 200 hors taxes sans préciser le taux horaire appliqué. Dans une ordonnance rendue par la cour d'appel de Bordeaux²⁵³¹, le juge écrit : « *Le taux horaire sera arbitré à 200 € ht* » sans qu'il soit précisé ce qui justifie un tel taux. L'utilisation du terme « arbitré » reflète le caractère autoritaire de la fixation du taux. Dans une autre ordonnance rendue par la première présidence de la cour d'appel de Reims²⁵³², le juge confirma la décision du bâtonnier de ne pas réduire les honoraires du conseil facturés²⁵³³ dans le cadre de deux affaires. Le juge estima que la complexité de l'affaire opposant le client à une banque ainsi que

²⁵²⁹ CA Paris Pôle 1, ch. 9, 16 mars 2021, n° 20/00288.

²⁵³⁰ CA Aix-en-Provence, 17 janv. 2013, n° 12/03081.

²⁵³¹ CA Bordeaux, 6 nov. 2018, n° 18/00229.

²⁵³² CA Reims, 4 oct. 2012, n° 12/00705.

²⁵³³ V. aussi : CA Paris, 21 oct. 2020, n° 18/00021H qui confirme la décision du bâtonnier de fixation des honoraires de l'avocat et CA Orléans, 18 déc. 2019, n° 18/019841 qui confirme la décision du Président du tribunal de grande instance de Blois d'avoir maintenu les honoraires du bâtonnier.

le sérieux avec lequel avait été effectuées les diligences en matière de liquidation du régime matrimonial justifiaient les honoraires facturés²⁵³⁴.

La question se pose de savoir comment le juge procède à la fois pour fixer le nombre d'heures effectuées par l'avocat et également pour déterminer le taux horaire. L'enjeu est d'autant plus important que la Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation effectuée par les premiers présidents des cours d'appel. Elle a en effet précisé que ces derniers ne sont « *pas tenu[s] de s'expliquer sur chacun des critères énumérés par l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971* »²⁵³⁵ et a pu laisser penser que l'exigence de motivation qui pèsent sur eux est assez souple²⁵³⁶. Interrogés, des avocats de barreaux distincts constatent des divergences entre les taux horaires pratiqués par les avocats des différents barreaux²⁵³⁷. Néanmoins, le taux horaire pratiqué dans chaque barreau n'est pas fixé de façon officielle par le bâtonnier ou le Conseil National des Barreaux. En outre, un arrêt récent d'Assemblée plénière de la Cour de cassation²⁵³⁸ impose au premiers présidents des cours d'appels de ne pas se référer au taux horaire moyen pratiqué dans le ressort de la cour d'appel dans lequel exerce l'avocat, sous peine de voir leur ordonnance cassée pour violation de l'article 10 de la la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971²⁵³⁹. La décision peut surprendre dans la mesure où le taux horaire moyen peut s'apparenter aux usages visés par le même article. La décision du premier président montre bien la difficulté qu'éprouvent les magistrats à fixer les honoraires des avocats en cas de

²⁵³⁴ V. aussi : CA Paris Pôle 1, ch. 9, 16 mars 2021, n° 20/00288 à propos d'un mandat donné à un avocat pour la conclusion d'un contrat de sportif professionnel où les juges précisent que le taux horaire, au demeurant non contesté, de 350€ est « *juste* », « *compte tenu de la notoriété de Maître M.- G. spécialiste des contrats sportifs professionnels* ».

²⁵³⁵ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-10387, *Bull. civ. I*, 1998, n° 237, p. 164, *D.*, 1998, p. 211 ; *JCP E*, n° 41, 1998 : la Cour reconnut le « *pouvoir des juges de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu* » et ajouta que « *ayant estimé souverainement que les diligences [du conseil] ne justifiaient pas les honoraires convenus, le premier président a légalement justifié sa décision de les réduire* ».

²⁵³⁶ Civ. 2^{ème}, 21 avril 2022, n° 20-21447, inédit : la Cour de cassation rejeta le pourvoi dirigé contre l'ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel et fondé sur l'art. 455 CPC qui pose le principe de motivation du jugement. La Cour précise que « [sous] *couvert du grief non fondé de violation de l'article 455 du code de procédure civile, le moyen ne [tendait] qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par le premier président du montant de l'honoraire dû* ». Un tel raisonnement laisse entrevoir le peu d'effort de motivation qui serait requis des premiers présidents en matière de révision des honoraires.

²⁵³⁷ Maître Clémence RADÉ, avocat au barreau de Bordeaux. Propos recueillis le 26/05/2021. Maître Alexandre DUPAS, avocat au barreau de Toulouse. Propos recueillis le 27/07/2023.

²⁵³⁸ Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, *D. actu.*, 14 mars 2023, C. HÉLAINE ; *JCP G*, n° 11, 2023, 369, C. CASEAU-ROCHE ; *AJ fam.*, 2023, p. 192, F. EUDIER ; *Gaz. Pal.*, n° 11, 2023, p. 24, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 20, 2023, p. 12, J.-L. GAINETON ; *LEDC*, n° 7, 2023, p. 2, S. ABRAVANEL-JOLLY.

²⁵³⁹ En l'espèce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015. Le texte a depuis connu une autre réforme opérée par l'ordonnance n° 2018-310 du 27 avril 2018 relative à l'exercice par les avocats inscrits aux barreaux d'États non membres de l'Union européenne de l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé pour autrui, *JORF* n° 0099 du 28 avril 2018.

contestation. Le Règlement Intérieur National de la profession d'avocat²⁵⁴⁰ précise simplement qu'outre une obligation d'information du client, l'avocat doit établir une convention d'honoraires. Les honoraires sont fonction « [des] usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci »²⁵⁴¹. Le Règlement Intérieur National précise les éléments de la rémunération²⁵⁴² et prohibe notamment le pacte de *quota litis* c'est-à-dire la convention conclue entre l'avocat et son client qui fixe la rémunération de l'avocat exclusivement en fonction de la solution donnée par le juge au litige²⁵⁴³.

Hormis ces éléments, le règlement ne fixe aucune grille tarifaire de référence susceptible de guider les premiers présidents des cours d'appel dans la fixation du taux horaire, ce qui fâcheux. L'étude des ordonnances rendues par les premiers présidents de cours d'appel montre un décompte des heures et une fixation du taux horaire effectués de façon peu transparente sans aucun élément de référence concret. Si certains magistrats ont exercé la profession d'avocat, il est vraisemblable que cela ne soit pas le cas de la majorité de ceux qui sont issus de l'École Nationale de la Magistrature. En conséquence, il est difficile de considérer que le magistrat soit à même d'évaluer la quantité de travail fournie par l'avocat²⁵⁴⁴ ou le taux de rémunération appropriée. Il serait envisageable que le Conseil National des Barreaux établisse une grille à destination des magistrats en vue de donner à tout le moins une fourchette indicative d'heures pour les procédures les plus courantes, étant entendu qu'en fonction de la complexité de l'affaire, il sera toujours possible au conseil de dépasser la valeur haute de cette fourchette, à charge pour lui d'en justifier en cas de contestation d'honoraires. En outre, une fixation nationale du taux horaire, par le Conseil National des Barreaux ou régionale par l'ordre des avocats de chaque barreau, pourrait être la bienvenue afin, d'une part, de faciliter au magistrat le calcul, et d'autre part d'exposer plus clairement le raisonnement tenu et les motifs de la

²⁵⁴⁰ CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN)*, janv. 2021. [En ligne] https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2021-01-18_consolidefinal.pdf (page consultée le 26/05/2021)

²⁵⁴¹ Art. 11.2 du RIN.

²⁵⁴² Il s'agit du « *temps consacré à l'affaire, le travail de recherche, la nature et la difficulté de l'affaire, l'importance des intérêts en cause, l'incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, sa notoriété, ses titres, son ancienneté, son expérience et la spécialisation dont il est titulaire, les avantages et le résultat obtenus au profit du client par son travail, ainsi que le service rendu à celui-ci, la situation de fortune du client* ».

²⁵⁴³ Art. 11.3 du RIN.

²⁵⁴⁴ Le magistrat aura certes à connaître de différentes affaires à travers les dossiers qui lui sont soumis afin de trancher les litiges, mais dans ces dossiers ne figurent en aucun cas la convention d'honoraires. Par conséquent, le juge n'est pas à même de se faire une idée des honoraires habituellement demandés à un justiciable par son avocat pour tel ou tel litige.

fixation des honoraires. Cela permettrait de donner plus de légitimité aux ordonnances rendues par les premiers présidents de cour d'appels en la matière.

592. La préservation de la sécurité des conventions. Si les ordonnances et arrêts de réduction des honoraires des avocats sont nombreux, il arrive qu'une telle réduction soit refusée. La Cour de cassation, en 2003²⁵⁴⁵, eut à connaître d'une ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence supprimant les honoraires de résultat convenus entre un client et son avocat après service rendu. Le juge avait retenu que l'avocat n'ayant pas rédigé l'assignation relative à l'instance sur laquelle seraient prélevés les honoraires, il ne pouvait prétendre recevoir des honoraires de résultat sur ce litige. La Cour de cassation annula l'ordonnance sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Elle rappela que si les juges du fond ont le pouvoir de modifier les honoraires dus à l'avocat, « *il ne leur appartient pas de le réduire dès lors que le principe et le montant de l'honoraire ont été acceptés par le client après service rendu, que celui-ci ait été ou non précédé d'une convention* ». En l'espèce, une convention s'était formée lorsque le client avait apposé sa signature sur les factures présentées par l'avocat après service rendu de telle sorte que la révision n'était plus possible. Cela signifiait donc que le client qui manifesterait son accord, notamment par l'apposition de sa signature sur les factures présentées par son avocat, ne pourrait plus efficacement contester les honoraires. La protection judiciaire contre les abus éventuels spécifiques à certaines professions trouve donc ici une limite²⁵⁴⁶.

593. La révision des honoraires des avocats anglais. Au Royaume-Uni, si le montant des honoraires semble excessif au client, celui-ci peut saisir la *High Court of Justice* dans le délai d'un mois à compter de la communication de la facture par l'avocat sur le fondement du *Solicitors Act 1974*²⁵⁴⁷. L'action suspend le paiement de la facture par le client et vise à faire évaluer la facture par la cour. Cette évaluation est effectuée par un *costs officer*²⁵⁴⁸ au sein de la *High Court* et comprend l'estimation du coût de l'évaluation qui devra être supportée par le

²⁵⁴⁵ Civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, n° 01-15411, *Bull. civ.* II, 2003, n° 169, p. 144, *JCP G*, n° 30, 2003, 2336 ; *Gaz. Pal.*, n° 191, 2003, p. 13 ; *JCP E*, n° 32, 2003, 1178.

²⁵⁴⁶ V. cependant *contra* : Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-10387, *Bull. civ.* I, 1998, n° 237, p. 164, *D.*, 1998, p. 211 ; *JCP E*, n° 41, 1998 dans lequel la Cour refusa d'annuler sur le fondement de l'art. 1134 du C. civil une ordonnance ayant réduit les honoraires dus au titre d'une convention d'honoraire complémentaire.

²⁵⁴⁷ *Solicitors Act 1974*, c. 47, s.70 dans sa rédaction issue du *Legal Services Act 2007*, c. 29 entré en vigueur le 7 mars 2008. Le *solicitor* est, avec le *barrister*, un avocat, dont la profession est régie par le *Solicitors Act 1974*, c. 47.

²⁵⁴⁸ Ces magistrats sont rattachés au *Senior Courts Costs Office*. [En ligne] <https://www.gov.uk/courts-tribunals/senior-courts-costs-office> (page consultée le 04/06/2021)

client²⁵⁴⁹. S'il n'existe pas de grille indicative des honoraires d'avocats en France, le ministère de la Justice anglais²⁵⁵⁰ a initialement établi une grille des taux horaires susceptibles d'être appliqués par les *solicitors* anglais en fonction de leur expérience et de leur lieu d'exercice²⁵⁵¹. Cette grille a été initialement établie en 2004 au sein du « Guide to Summary Assessment of Costs »²⁵⁵². La grille, établie selon les données fournies par le *Bar of England and Wales*²⁵⁵³, n'est pas contraignante mais a pour but d'aider les juges dans leur tâche d'évaluation des honoraires des avocats. En outre, les *Civil Procedure Rules* présentent aux magistrats une série de règles visant à les guider dans l'évaluation des honoraires²⁵⁵⁴.

Il arrive que les magistrats anglais chargés d'évaluer la légitimité des honoraires réclamés par les avocats à leurs clients procèdent à une réduction. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2021²⁵⁵⁵, le juge examina chacune des factures soumises par le cabinet d'avocat. Le magistrat estima le temps prétendument facturé pour *litigation support*²⁵⁵⁶ « *manifestement trop élevé* ». Il n'expose pas précisément en quoi cela lui semble excessif mais ajoute : « *En arrivant aux décisions exposées ci-dessous, je me suis rappelé que cette évaluation [des coûts] se fait sur la base de l'indemnité et que tout doute que j'aurais sur le caractère raisonnable du montant des frais réclamés doit être exercé en faveur du demandeur* »²⁵⁵⁷. De la même façon qu'en France, il revient au conseil de justifier sa facture. Le doute sur la légitimité des honoraires profite au client.

²⁵⁴⁹ *Solicitors Act 1974*, c. 47, s.70(7).

²⁵⁵⁰ Plus précisément, il s'agit d'une *executive agency* du ministère de la Justice nommée *Her Majesty's Courts and Tribunals Service*.

²⁵⁵¹ [En ligne] <https://www.gov.uk/guidance/solicitors-guideline-hourly-rates> (page consultée le 03/06/2021) À titre d'exemple, un *solicitor* avec plus de huit ans d'expérience et exerçant dans la ville même de Londres est susceptible d'appliquer un tarif de 409 livres par heure de travail tandis qu'un *solicitor* avec 4 ans d'expérience et exerçant dans le comté du Devon au sud-ouest de l'Angleterre ne pourrait légitimement réclamer qu'un maximum de 177 livres horaires.

²⁵⁵² [En ligne]

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/422614/senior-court-costs-summary-assessment-guide.pdf (page consultée le 03/06/2021) Il s'agit d'un « *guide [...] destiné à aider et à assister les juges, mais il n'est pas destiné à se substituer à l'exercice régulier de leur pouvoir discrétionnaire après avoir entendu les arguments sur les questions à trancher* », cf. The Right Honourable, The Lord Phillips OF WORTH MATRAVERS, *Master of the Rolls*, « Foreword », 21 déc. 2004.

²⁵⁵³ *Ibid.*, n° 49.

²⁵⁵⁴ *CPR*, art. 46.9 « Basis of detailed assessment of solicitor and client costs ».

²⁵⁵⁵ *Deutsche Bank AG v. Sebastian Holdings Inc & Anor*, *High Court of Justice (Senior Courts Costs Office)*, 8 mars 2021, [2021] EWHC B4 (Costs).

²⁵⁵⁶ Il s'agit de la consultation par le conseil d'autres juristes, en dehors de son cabinet ou au sein du même cabinet, susceptibles de l'assister dans un litige particulièrement complexe.

²⁵⁵⁷ *Ibid.*, n° 183.

Dans un autre arrêt rendu en 2021²⁵⁵⁸, un client ayant été mécontent de l'issue d'une *pre-trial review*²⁵⁵⁹, le cabinet d'avocats prit l'initiative, afin d'apaiser les craintes du client, de désigner un avocat plus expérimenté dont le taux horaire était plus élevé pour représenter le client lors du procès à venir. Le client refusa de régler les honoraires plus élevés, la différence s'élevant à quinze mille livres. Le magistrat rappela qu'en vertu des *Civil Procedure Rules*, les dépenses « *sont considérées comme ayant été raisonnablement engagées si elles l'ont été avec l'approbation expresse ou implicite du client* »²⁵⁶⁰. Or il est constant que l'approbation implicite du client doit être « *éclairée* »²⁵⁶¹. En l'espèce, la preuve d'un tel consentement n'étant pas apportée par le cabinet, le juge considéra que le cabinet d'avocats ne pouvait recouvrer auprès du client les frais supplémentaires liés au travail fourni par un avocat plus expérimenté. Les *Civil Procedure Rules* disposent également que les dépenses seront présumées « *avoir été engagées de façon déraisonnable si elles sont d'une nature ou d'un montant inhabituels* »²⁵⁶². Autrement dit, les sommes réclamées peuvent être illégitimes si elles ne sont pas justifiées ou si elles sont trop élevées par rapport à la prestation fournie. En l'espèce, le juge considéra que l'augmentation de quinze mille livres par rapport à la somme initialement convenue représentait « *un paiement à la fois d'une nature et d'un montant inhabituels* »²⁵⁶³. En dépit du caractère détaillé des *Civil Procedures Rules*, l'appréciation du caractère éclairé de l'acquiescement du client ainsi que celle du caractère illégitime des dépenses ou de leur montant repose entre les mains du juge qui apprécie au cas par cas le degré d'information obtenu par le client ainsi que la proportion entre les sommes et la prestation.

²⁵⁵⁸ Murray & Anor v. Richard Slade and Company Ltd, *High Court of Justice (Senior Courts Costs Office)*, 29 janv. 2021, [2021] EWHC B3 (Costs).

²⁵⁵⁹ Thompson Reuters, Practical Law, Glossary, v° *pre-trial review* : « *In complex litigation, the court may hold what is known as a pre-trial review (PTR). It is a hearing and is usually fixed to take place up to ten weeks before the date listed for trial. The purpose of a PTR is to: Check that the parties have complied with all previous court orders and directions. Give directions for the conduct of the trial. Fix a trial timetable if this has not already been fixed* » ; « *Il s'agit d'une audience qui est généralement fixée pour avoir lieu jusqu'à dix semaines avant la date prévue pour le procès. L'objectif d'une PTR est de vérifier que les parties se sont conformées à toutes les ordonnances et instructions précédentes du tribunal, donner des instructions pour le déroulement du procès, fixer un calendrier de procès si celui-ci n'a pas encore été fixé* ».

²⁵⁶⁰ CPR, art. 46.9(3)(a).

²⁵⁶¹ McDougal & others v. Boote Edgar Esterkin, *High Court of Justice (Senior Courts Costs Office)*, 12 oct. 2000, [2001] Costs LR 118. Le juge précisa, *ibid.*, n° 122 : « *Pour s'appuyer sur l'approbation du demandeur, l'avocat doit me convaincre qu'elle a été obtenue à la suite d'un exposé complet et équitable des facteurs pertinents pour que les demandeurs, qui sont profanes, puissent être raisonnablement liés par elle* ».

²⁵⁶² CPR, art. 46.9(3)(c).

²⁵⁶³ Murray & Anor v. Richard Slade and Company Ltd, *High Court of Justice (Senior Courts Costs Office)*, 29 janv. 2021, [2021] EWHC B3 (Costs), n° 44.

594. L'agent sportif. En matière de sport, l'actuel article L. 222-17 du Code du sport prévoit que la rémunération due à l'agent sportif ne peut excéder dix pour cent²⁵⁶⁴ du montant du contrat conclu par les parties qu'il a mises en rapport à peine de nullité de la convention²⁵⁶⁵. Il appartient au juge de procéder à cette vérification. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai²⁵⁶⁶, le club de sport ayant recruté un footballeur professionnel jugeait excessives les commissions exigées par l'agent sportif pour avoir mis en relation le club et le sportif. Le club avait agi en réduction des commissions demandées. La cour d'appel de Douai déboute le recruteur de sa demande, précisant que les commissions contractuellement prévues n'excèdent pas le maximum des dix pour cent légalement autorisés et que leur caractère excessif n'est pas démontré. L'office du juge serait donc limité en matière de contrat d'agent sportif puisqu'il consiste simplement à procéder à un calcul, à savoir vérifier que la rémunération versée à l'agent n'excède pas dix pour cent du salaire du sportif. Néanmoins, si le juge a le pouvoir de réduire la rémunération de l'agent quand bien même les commissions ne dépasseraient pas le pourcentage légalement prévu, ce que laissent entendre ces arrêts, alors son office prendrait une tout autre ampleur. Une recherche de décisions émanant du juge judiciaire n'a rendu aucun résultat. En revanche, le juge administratif peut être amené à contrôler le caractère excessif de la rémunération de l'agent sportif dans un cas particulier. L'agent sportif qui engage des frais pour rémunérer des prestations tendant à l'entraînement et l'entretien du sportif peut solliciter la déduction de certaines de ces dépenses de l'assiette de son impôt. Or l'administration fiscale peut s'opposer à cette déduction dès lors, notamment, que la rémunération de cette contrepartie est excessive²⁵⁶⁷.

595. L'impossible contournement contractuel du pouvoir de révision judiciaire. Outre le pouvoir important qui est conféré au juge de réajuster les honoraires perçus par le mandataire, il faut souligner que les parties n'ont pas la possibilité de contourner l'éventuelle révision judiciaire. Dans un arrêt, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 20 février 1973²⁵⁶⁸ eut à se prononcer sur un contrat de mandant. La convention prévoyait « une

²⁵⁶⁴ Sur la pertinence d'un tel plafond, v. Julien BERENGER, « Agents et mandataires sportifs : quelle régulation en France ? », *CDE*, n° 6, dossier 38 ; Jean-Jacques GOUGUET et Didier PRIMAULT, « Les agents dans le sport professionnel : analyse économique », *RJES*, 2006, n° 81, p. 7.

²⁵⁶⁵ Art. L. 222-17, al. 2, 1° du C. du sport issu de la loi n° 2010-626 du 9 juin 2010 encadrant la profession d'agent sportif, *JORF* n° 0132 du 10 juin 2010. Ce nouvel art. reprend les dispositions de l'ancien art. L. 222-10, al. 1^{er}.

²⁵⁶⁶ CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} section, 22 sept. 2011, n° 09/06543. V. aussi : CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} section, 22 sept. 2011, n° 10/00585.

²⁵⁶⁷ V. pour une prestation rémunérée jugée inexistante : CAA Lyon, ch. 5, 16 août 2012, n° 11LY01377, inédit, Romain BOFFA (dir.), Nathalie BLANC, Manuel GROS, Bernard HAFTEL, Franck LE MENTEC et Jean-Philippe TRICOIT, « Droit du sport », *JCP G*, 2012, n° 26, doct. 751.

²⁵⁶⁸ Civ. 3^{ème}, 20 fév. 1973, *Bull. civ.* III, 1973, n° 145, p. 105.

commission irréductible et forfaitaire de 10 000 francs qui serait due en tout état de cause en cas de vente pendant la durée du mandat ». Elle avait donc pour objectif d'empêcher le juge du fond de réduire la somme allouée au mandataire à un montant inférieur à 10 000 francs. La cour d'appel de Rennes fixa néanmoins le montant dû au mandataire à la somme de 2 500 francs en retenant que la vente ayant été directement conclue par le mandant, le mandataire ne pouvait prétendre à l'intégralité de la rémunération même en l'absence de faute de sa part. Un pourvoi fût interjeté. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et conclut à l'absence d'effet de la clause de commission forfaitaire. Elle rappela le pouvoir souverain des juges du fond pour déterminer la rémunération du mandataire et ajouta que « *la commission d'usage n'est due que lorsque l'intermédiaire a accompli la totalité de son mandat et l'intégralité de ses diligences* ». Étonnamment, le fondement légal de la décision ne figure pas dans l'arrêt. La clause qui stipule la commission irréductible pourrait s'analyser en une manifestation de la volonté contractuelle des parties en vue de rémunérer le mandataire en toutes circonstances. Le juge du fond dispose donc d'un pouvoir considérable de fixation ou de modification des honoraires qui ne peut en outre être contourné par les parties.

Outre ce pouvoir de réajustement du prix par rapport à la prestation initialement convenue, le juge peut être amené à intervenir sur la sanction contractuelle prévue à l'encontre du contractant qui n'exécuterait pas ses obligations contractuelles, à savoir la clause pénale.

B) L'intervention judiciaire en matière de clauses pénales

596. L'influence de la clause pénale sur les autres remèdes à l'inexécution. En France, la présence d'une clause pénale dans le contrat n'oblige pas le créancier à en réclamer le paiement : il peut préférer poursuivre l'exécution en nature du contrat ou en demander la résolution pour inexécution²⁵⁶⁹ sur le fondement des articles 1121 et 1124 du Code civil. En Angleterre, il fut jugé que le créancier pouvait ignorer la clause pénale et agir sur le fondement d'un *breach of contract* pour obtenir des dommages et intérêts car son préjudice excédait largement le montant stipulé par la clause pénale²⁵⁷⁰. L'action en résolution est moins probable dans la mesure où elle est rarement accordée en droit anglais²⁵⁷¹.

²⁵⁶⁹ Civ. 3^{ème}, 22 fév. 1978, n° 76-13828, *Bull. civ.*, III, 1978, n° 99, p. 77 : « *la stipulation d'une clause pénale à défaut d'exécution d'une convention n'empêche pas de plein droit renonciation du créancier à poursuivre la résolution de cette convention* ».

²⁵⁷⁰ *Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude, High Court of Justice (King's Bench Division)*, 11 juin 1915, [1915] 3 K.B. 66.

²⁵⁷¹ Il s'agit d'un *equitable remedy* que les juges n'octroient que rarement, v. *infra* n°s 675s, spéc. n° 682.

597. Une différence de traitement. Les juges français comme les juges anglais sont réticents à permettre à une partie de recouvrer un montant en général supérieur au préjudice réellement subi. Cette réticence ne se manifeste pas de la même façon. Alors que les juges français disposent d'un pouvoir considérable de réviser la clause pénale, qui est par principe licite (1). En droit anglais, la clause pénale, nommé « *liquidated damages clause* » est en principe sans effet, ce qui constitue un frein notable à la liberté contractuelle. En revanche, lorsque les juges estiment que le montant stipulé par la clause constitue une évaluation *a priori* du préjudice potentiel, la clause est valable et requalifiée de « *penalty clause* ». (2).

1) La révision du montant de la clause pénale par le juge français

598. Définition de la clause pénale. L'article 1226 du Code civil définit la clause pénale comme « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». L'engagement souscrit en cas d'inexécution de l'obligation principale consiste le plus souvent en le règlement d'une somme d'argent. Plus précisément, la Cour de cassation a précisé que la clause pénale « *constitue une évaluation forfaitaire et anticipée du montant du préjudice* »²⁵⁷². L'objectif est d'inciter le contractant à exécuter entièrement sa prestation²⁵⁷³ et sans retard, le délai dans l'exécution pouvant constituer une forme d'inexécution. Une telle clause est donc en principe licite sauf dans certains contrats tels que les baux d'habitation dans lesquelles elles sont réputées non écrites²⁵⁷⁴. En outre, une telle clause ne peut se cumuler avec une action en responsabilité contractuelle, sauf si « *le préjudice dont la réparation est demandée est distinct de celui couvert par la clause* »²⁵⁷⁵.

²⁵⁷² Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ.*, IV, 2016, n° 86, p. 105, *D.*, 2016, p. 1628, D. MAZEAUD ; *LEDC*, n° 08, 2016, p. 2, M. LATINA ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2016, p. 39, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 33, 2016, p. 67, S. MOREIL ; *CCC*, n° 10, 2016, comm. 204, L. LEVENEUR ; *Comm. Com. électr.*, n° 10, 2016, comm. 80, G. LOISEAU ; *JCP E*, n° 27-28, 2016, 1404 ; *JCP E*, n° 26, 2016, act. 563. V. aussi Sébastien PIMONT, « Clause pénale », in *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2010 (actu. sept. 2019), n° 1 : « *les parties évaluent par avance et forfaitairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'un engagement* ».

²⁵⁷³ Com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ.* IV, 1991, n° 43, p. 27, *RTD com.*, 1991, p. 634, B. BOULOC ; *D.*, 1992, p. 67, D. TALON ; *RTD civ.*, 1991, p. 322, J. MESTRE : « *Une cour d'appel retient à bon droit que la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention, mais aussi de contraindre le débiteur à l'exécution, de sorte que son montant n'est pas nécessairement égal à celui du préjudice* ». La clause pénale revêt ainsi un double aspect : elle « *garantit l'exécution d'une obligation principale* » en dissuadant le contractant de ne pas exécuter ; elle est une « *peine qui sanctionne l'inexécution illicite de l'obligation garantie* », cf. Denis MAZEAUD, *La clause pénale*, t. 223, LGDJ, coll. BDP, 1992, p. 7.

²⁵⁷⁴ Art. 4, i de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* n° 0158 du 8 juill. 1989, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « ALUR », *JORF* n° 0072 du 26 mars 2014.

²⁵⁷⁵ Soc., 21 nov. 1978, *Bull. civ.* V, 1978, n° 589 ; Com., 20 mai 1997, n° 96-22406, *Bull. civ.* IV, 1997, n° 140, p. 125.

599. Un pouvoir légal de révision. Depuis une loi du 9 juillet 1975, il est constant en droit français que le juge a le pouvoir de réviser la clause pénale qui impose au contractant de payer en cas de non-exécution de sa part. Le deuxième alinéa du nouvel article 1231-5 du Code civil prévoit cette faculté. Il faut noter que ce pouvoir de révision est d'ordre public, c'est-à-dire que toute clause visant à exclure une éventuelle réduction de la clause pénale est réputée non écrite²⁵⁷⁶. En outre, le juge peut relever d'office le caractère excessif de la clause pénale, c'est-à-dire sans que l'une des parties agisse nécessairement en ce sens. Ces deux caractéristiques, un pouvoir d'ordre public²⁵⁷⁷ et la possibilité du relevé d'office²⁵⁷⁸, témoignent d'un office particulièrement étendu du juge. Celui-ci se justifie par la volonté d'encadrer et de contrôler la fixation des indemnités forfaitaires dues en cas d'inexécution. Selon le Professeur Christophe ALBIGES, cette révision de la clause pénale est une manifestation implicite de l'équité²⁵⁷⁹. Plus précisément, le Professeur Denis MAZEAUD y voit une manifestation de « *la moralisation des sanctions* » contractuelles à travers « *l'exigence de proportionnalité* »²⁵⁸⁰ : le juge rééquilibre le contrat en révisant la sanction forfaitaire prévue en cas d'inexécution contractuelle en fonction du préjudice réellement subi par le contractant.

600. Un contentieux développé. Une recherche de décisions de cours d'appel effectuée sur LexisNexis du 1^{er} janvier 2020 au 1^{er} juin 2021 avec l'article 1231-5 du Code civil comme législation citée a rendu plus de cinq cents résultats. Pour une question de faisabilité de cette recherche, le champ temporel a été réduit aux décisions de cours d'appel rendues entre le 1^{er} janvier 2021 et le 1^{er} juin 2021. Cette recherche a rendu cent soixante-neuf résultats. Cela laisse penser que le contentieux de la clause pénale est particulièrement développé : les contractants font régulièrement valoir le caractère excessif de la clause pénale dont leur est réclamé le paiement afin de la voir réduire par le juge. Sur ces cent soixante-neuf décisions, toutes n'ont pu être étudiées dans leur détail. Sur vingt-cinq décisions examinées, neuf constituent des refus de révision et seize des décisions de révision de la clause pénale litigieuse. Le taux de révision des clauses pénales effectué par les juges de cour d'appel serait donc de soixante-quatre pour cent contre trente-six pour cent de refus de révision. Plus rarement, le problème posé est celui

²⁵⁷⁶ Art. 1231-5 du C. civil.

²⁵⁷⁷ En revanche, l'obligation de mise en demeure préalable pour donner effet à la clause pénale n'est pas d'ordre public, cf. CA Reims, ch. civ., section instance, 12 janv. 2021, n° 19/02555.

²⁵⁷⁸ V. *infra* n° 865.

²⁵⁷⁹ Christophe ALBIGES, « L'équité », in *Rép. Civ.*, Dalloz, oct. 2017 (actu. janv. 2019), n° 14. La seule manifestation explicite étant l'art. 1194 du C. civil.

²⁵⁸⁰ Denis MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, n° 20, p. 255.

de la qualification, parfois difficile, de la clause pénale²⁵⁸¹. L'office du juge se manifeste donc également dans la vérification de la qualification donnée à la clause par les parties.

601. Les critères de révision retenus : le préjudice subi par le créancier. Le premier critère pris en compte par le juge correspond au préjudice causé par le non-respect de l'obligation sanctionnée par la clause pénale. La cour d'appel de Colmar²⁵⁸² eut à se prononcer sur une clause pénale qui stipulait que si l'une des parties, après avoir été mise en demeure, ne régularisait pas l'acte authentique de vente, elle devrait verser à l'autre partie la somme de 58 000 euros à l'autre. Le vendeur réclamait le paiement de la somme ; son contractant estimait que son montant devait être considérablement réduit en raison de ses faibles revenus. La cour d'appel réduisit le montant dû par le débiteur à la somme de 29 000 euros, précisant que « *le caractère excessif s'appréci[ait] au regard non pas de la situation financière du débiteur mais du préjudice effectivement subi* ». Or les juges notèrent que le vendeur avait vu son bien immobilier immobilisé seulement pour une durée de trois mois ce qui ne justifiait pas la pénalité initialement convenue²⁵⁸³.

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Pau en 2021²⁵⁸⁴ portait sur une clause pénale insérée dans un contrat de travail et calculée en fonction du salaire brut du salarié. La clause devait

²⁵⁸¹ CA Amiens, ch. éco., 20 mai 2021, n^{os} 20/03434 et 20/03436. V. aussi : CA Toulouse, 4^{ème} ch., 1^{ère} section, 14 mai 2021, n^o 18/05257 : la clause pénale ne se confond pas avec l'indemnité compensatrice qui constitue la contrepartie de l'obligation de ne pas faire qui a été imposée au salarié. Cette dernière n'est pas susceptible de révision. V. égal. Paris, Pôle 5, ch. 10, 18 janv. 2021, n^o 19/11921 : la clause pénale ne se confond pas avec la clause de dédit qui n'est pas susceptible de révision ; le terme « pénalité » est un indice de la nature de clause pénale de la stipulation contractuelle. V. CA Lyon, 3^{ème} ch. A, 14 janv. 2021, n^o 18/02692 : la clause stipulant que « *toute résiliation du fait du client effectuée trois mois après la mise en service rendra immédiatement exigible de plein droit le versement par le client à la SCT d'une indemnité égale, par ligne résiliée, à la moyenne des facturations émises antérieurement à la notification de la résiliation (trois deniers (sic) mois) multipliée par le nombre de mois restant à échoir jusqu'à la fin de la durée initiale ou renouvelée d'engagement* » s'analyse en une clause pénale et non en une clause de dédit malgré la mention de la résiliation.

²⁵⁸² CA Colmar, 2^{ème} ch. civ., 27 mai 2021, n^o 20/00746.

²⁵⁸³ V. dans le même sens : CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 26 janv. 2021, n^o 17/08579 jugeant que le montant de la clause insérée dans un contrat de location de matériel « *doit [être] apprécié au regard du seul préjudice réellement subi par le bailleur qui [...] a pu récupérer le matériel pour le relouer à un tiers* » ; CA Lyon, 3^{ème} ch. A, 14 janv. 2021, n^o 18/02692 jugeant que, dans un contrat de téléphonie, la clause pénale qui stipulait que « *toute résiliation du fait du client effectuée trois mois après la mise en service rendra immédiatement exigible de plein droit le versement par le client [...] d'une indemnité égale, par ligne résiliée, à la moyenne des facturations émises antérieurement à la notification de la résiliation (trois deniers (sic) mois) multipliée par le nombre de mois restant à échoir jusqu'à la fin de la durée initiale ou renouvelée d'engagement* » permet au fournisseur de ligne téléphonique d'obtenir la totalité du gain espéré au titre du contrat pendant trente-et-un mois. Or le préjudice subi par le créancier résulte de la privation de ce gain mais il n'aurait alors pas non plus à exécuter sa propre prestation : le montant ainsi calculé fut jugé, à juste titre, excessif ; CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 18 janv. 2021, n^o 19/11921. V. contra CA Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 3 mai 2021, n^o 19/01673 : la clause de 26 000 euros « *n'a pas lieu d'être réduite, en l'espèce, dès lors qu'elle ne se révèle pas, en elle-même, manifestement excessive ou disproportionnée eu égard à l'immobilisation du bien, aux multiples démarches, tracas, inhérents à la situation créée par l'attitude des acquéreurs* ».

²⁵⁸⁴ CA Pau, ch. soc., 1^{er} avril 2021, n^o 18/03379.

s'appliquer en cas de violation de la clause de non-concurrence conclue pour une durée d'un an. La cour vérifia la violation de la clause de non-concurrence et en déduisit l'application de l'indemnité forfaitaire. Elle procéda à la réduction du montant dû en fonction de la période pendant laquelle avait été exécuté l'engagement, à savoir six mois, sur le fondement du troisième de l'article 1231-5 du Code civil²⁵⁸⁵. Elle estima donc le montant de l'indemnité forfaitaire à six fois le salaire moyen mensuel brut du salarié soit environ 23 000 euros²⁵⁸⁶. La somme n'est pas négligeable pour un particulier. En outre, le salarié avait perçu en contrepartie du respect de la clause de non-concurrence une somme d'environ 700 euros mensuels soit environ 8 300 euros au total et tentait de faire valoir qu'eu égard à cette contrepartie, le montant de la clause pénale s'avérait disproportionné. La cour rejeta cet argument et précisa que le salarié « *ne peut se prévaloir de ce que l'indemnité forfaitaire stipulée est d'un montant plus important que la contrepartie financière convenue à son profit, la clause pénale s'analysant autant comme un moyen de contrainte et de dissuasion à l'encontre du débiteur de l'obligation que comme une évaluation anticipée du préjudice subi par le créancier* ». Par conséquent, si le montant de la clause pénale peut être réduit car il est disproportionné par rapport aux moyens financiers du débiteur²⁵⁸⁷, est indifférent le montant spécifiquement prévu comme contrepartie de l'obligation dont l'inexécution est visée par la clause pénale. Cependant, dans le cas d'un contrat de crédit-bail, une clause permettant au créancier d'obtenir une somme nettement supérieure à la somme totale qu'il aurait dû percevoir si le contrat s'était poursuivi normalement est susceptible d'être révisée car elle est manifestement excessive²⁵⁸⁸. Les juges du fond opèrent donc une différence entre la contrepartie de l'obligation sanctionnée par la clause pénale et l'obtention, par le jeu de la clause pénale, de sommes supérieures à celles générées par le contrat normalement exécuté. La première est indifférente ; la seconde, elle, est susceptible de justifier une révision de la clause pénale.

²⁵⁸⁵ « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent* ».

²⁵⁸⁶ V. pour la réduction d'une clause pénale mise en œuvre pour non-respect de la clause de non-concurrence du 29 août au 7 oct. 2016 passant d'environ 48 000 euros à 5 000 euros : CA Amiens, 5^{ème} ch. prud'homale, 11 mai 2021, n° 18/03026. La cour ne précise pas le calcul effectué qui la pousse à réformer le jugement. La salariée percevait une rémunération brute mensuelle de 3 800 euros.

²⁵⁸⁷ V. *infra* n° 602.

²⁵⁸⁸ CA Bastia, ch. civ., 2^{ème} section, 26 mai 2021, n° 19/00532 : la somme allouée au titre de la clause était également largement supérieure au coût du matériel prêté. V. dans le même sens : CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 26 janv. 2021, n° 17/08579 : le mode de calcul de la clause fût jugé « *particulièrement défavorable au locataire puisqu'il met à sa charge une somme équivalente - voire supérieure si l'on y ajoute la pénalité de 10 % - à celle qu'il aurait réglée si le contrat avait été mené jusqu'à son terme, alors au surplus que du fait de la résiliation, le locataire ne peut plus bénéficier du matériel jusqu'alors mis à sa disposition* ». L'emphase ne figure pas dans le texte initial.

Il arrive que la cour, constatant l'absence d'un préjudice particulier, déboute le créancier de sa demande de paiement du montant prévu par la clause pénale. Ainsi, la cour d'appel de Grenoble²⁵⁸⁹ eut à connaître d'une clause pénale insérée dans un bail conclu avant l'entrée en vigueur de la loi « ALUR »²⁵⁹⁰, de telle sorte que la clause qui prévoyait une pénalité à hauteur de dix pour cent des sommes dues était licite. La cour retint qu'en l'espèce, la dette de loyer s'élevant à environ 4 000 euros est d'importance relative, que les lieux avaient été libérés volontairement par le locataire et que le bailleur ne justifiait pas d'un préjudice particulier. Elle en déduisit que la clause était manifestement excessive et débouta le créancier de sa demande d'application de la clause pénale. Dans une logique similaire, la cour d'appel d'Angers²⁵⁹¹ estima qu'une clause pénale insérée dans un contrat d'entreprise et sanctionnant le retard dans l'exécution des travaux était inapplicable car il n'existait aucun calendrier détaillé des travaux. Par conséquent, il n'était pas possible d'établir le préjudice du créancier. Par conséquent, les juges ordonnèrent la restitution des sommes payées au titre de la clause pénale.

L'existence d'un préjudice engendré par l'inexécution ou la mauvaise exécution est donc le critère essentiel de la mise en œuvre de la clause pénale par le créancier. Il ne lui est néanmoins pas demandé de démontrer qu'il a subi un préjudice à hauteur de la somme réclamée au titre de la clause pénale²⁵⁹². La preuve du caractère excessif de la clause pèse sur le débiteur qui en réclame la réduction²⁵⁹³. Cela étant, l'absence de chiffrage de son préjudice par le créancier et de preuve en ce sens jouera forcément contre lui car le juge n'est alors pas en mesure d'évaluer avec certitude le préjudice²⁵⁹⁴.

L'office du juge se manifeste donc dans l'évaluation de la gravité du préjudice et dans l'évaluation du montant approprié pour indemniser ce préjudice, dans la limite du montant initialement prévu. En effet, le juge dispose d'un pouvoir important de réduire ou d'augmenter le montant dû au titre de la clause pénale. Il faut noter que, si l'article 1231-5 du Code civil autorise le juge à augmenter le montant de la clause pénale, aucun arrêt n'a été trouvé illustrant ce cas ce qui montre qu'en pratique, les juges du fond ont majoritairement tendance à diminuer

²⁵⁸⁹ CA Grenoble, 2^{ème} ch. civ., 18 mai 2021, n° 18/01310.

²⁵⁹⁰ Loi 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JORF* n° 0072 du 26 mars 2014. Cette loi a modifié la loi n° 89-462 du 6 juill. tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* du 8 juill. 1989, et a notam. interdit la clause abusive dans le contrat de bail à usage d'habitation.

²⁵⁹¹ CA Angers, ch. civ. A, 18 mai 2021, n° 17/01868.

²⁵⁹² CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 27 mai 2021, n° 19/03074.

²⁵⁹³ V. par ex. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 2 fév. 2021, n° 18/02994.

²⁵⁹⁴ CA Montpellier, 4^{ème} ch. civ., 6 janv. 2021, n° 18/01430 : les créanciers n'avaient pas chiffré le montant des sommes perdues et le prix finalement obtenu à la suite de la vente de leur maison.

le montant²⁵⁹⁵. En outre, dans l'évaluation de la gravité du préjudice et de la somme adéquate visant à l'indemniser, le pouvoir du juge du fond est considérable. Outre l'existence et le montant du préjudice subi par le créancier, d'autres facteurs sont susceptibles d'être pris en compte par le juge afin de réduire ou non le montant dû au titre de la clause pénale.

602. Les ressources du débiteur. La réduction peut aussi être encouragée par les capacités financières limitées du débiteur. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Montpellier²⁵⁹⁶, des époux potentiels acquéreurs n'ayant pas régularisé l'acte de vente s'exposaient au paiement d'une somme de 33 500 euros au titre de la clause pénale insérée dans le compromis de vente. Les juges estimèrent que le montant de la clause devait être réduit de moitié en raison des difficultés financières des époux acquéreurs. À l'inverse, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai²⁵⁹⁷, le débiteur n'avait pas réglé plusieurs loyers d'un local commercial et s'exposait à devoir payer une somme d'environ 46 000 euros au titre de la clause pénale. Les juges refusèrent de réviser la clause qui « *n'apparaissait pas manifestement excessive au regard des ressources d'une société gérant une enseigne de vêtements de haut de gamme et disposant d'importantes capacités financières* ».

603. L'usage. En matière de compromis de vente d'immeuble, il est d'usage que la clause pénale prévoie une indemnité à hauteur de dix pour cent du prix de vente à la charge du contractant qui n'aurait pas réitéré l'acte authentique de vente. La cour d'appel de Poitiers eut à connaître d'une telle situation dans un arrêt rendu le 2 février 2021²⁵⁹⁸. Elle rappela la nécessité pour le débiteur qui sollicite la réduction de la clause pénale de démontrer le caractère excessif. Le débiteur ne démontrant pas cette caractéristique, la cour ajoute que le taux de dix pour cent étant d'usage dans un compromis de vente, il n'avait pas lieu de réduire le montant contractuellement prévu.

604. Les circonstances de l'inexécution. Divers faits entourant l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat par le débiteur sont susceptibles de convaincre le juge de réduire ou non le montant de la clause pénale. Par exemple, le caractère professionnel du débiteur,

²⁵⁹⁵ En revanche, un juge d'appel peut, tout en confirmant le jugement de première instance sur le bien-fondé de la réduction du montant dû au titre de la clause pénale, augmenter le montant décidé par le jugement, v. CA Amiens, 1^{ère} ch ; civ., 11 mai 2021, n° 19/05871 : pour un bien immobilisé de sept. 2017 à mai 2018, le jugement réduisait le montant à 5 000 euros au lieu de 10 000 euros ; la cour réduisit la clause pénale à la somme de 7 000 euros.

²⁵⁹⁶ CA Montpellier, 4^{ème} ch. civ., 6 janv. 2021, n° 18/01430. Furent également décisifs en l'espèce les défauts de preuve de la part des créanciers, v. *supra* n° 0.

²⁵⁹⁷ CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} section, 18 juin 2020, n° 18/01781.

²⁵⁹⁸ CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 2 fév. 2021, n° 18/02994.

susceptible de connaître la portée de ses engagements au titre de la clause pénale peut servir à conforter les juges dans leur décision de ne pas réduire le montant dû²⁵⁹⁹. En outre, dans le cadre d'un contrat de crédit-bail, une clause pénale d'environ 30 000 euros peut être jugée non excessive lorsque le contrat a été interrompu par le débiteur plus de deux ans avant son terme, et que le bailleur n'a pas pu récupérer le matériel loué²⁶⁰⁰. En revanche, une indemnité journalière de cent euros par jour de retard dans la livraison et l'installation de matériel a été jugée excessive au regard du coût peu élevé du matériel commandé²⁶⁰¹ et au fait que ce dernier fut livré avec un retard relatif de trente-six jours. L'indemnité fut réduite à trente-cinq euros journaliers multipliés par les trente-six jours de retard²⁶⁰². La décision du juge de réduire le montant dû au titre de la clause pénale procède de la réunion d'une multitude de critères appréciés au cas par cas par les divers cours d'appel. La seule constante semble être l'existence d'un préjudice subi par le créancier.

605. La motivation. Les critères retenus par les juges pour décider ou refuser la révision de la clause pénale sont divers ; le détail dans la motivation donnée par les juges du fond pour justifier de leur décision de réduire la clause pénale est très variable. Les cours exposent parfois toutes les considérations qui lui ont permis de trancher en faveur d'une réduction ou d'un refus de réduction de la clause pénale. Ce sont ces décisions qui ont permis de noter qu'outre le préjudice subi par le créancier, de nombreux autres facteurs entrent en ligne de compte. En revanche, certains arrêts comportent une motivation laconique. Par exemple, la cour d'appel d'Aix-en-Provence²⁶⁰³ eut à se prononcer sur une clause pénale figurant dans une promesse de vente et stipulant que si le bénéficiaire de la promesse ne levait l'option dans les conditions prévues, il devrait régler une somme représentant quinze pour cent du prix de vente et une indemnité journalière de 500 euros, jusqu'au règlement de cette indemnité au promettant. La cour estima que la clause était excessive. Elle se contente d'écrire que le promettant « *ne justifie pas des conditions de vente de son terrain, a déjà bénéficié de l'indemnité d'immobilisation* » et que « *le montant de la clause pénale doit être fixé à la somme de 30 000 €, couvrant à la fois la partie forfaitaire et les indemnités journalières* ». Si l'absence de preuve des conditions de

²⁵⁹⁹ CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 27 mai 2021, n° 19/03074.

²⁶⁰⁰ CA Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 11 mai 2021, n° 18/03007.

²⁶⁰¹ V. aussi CA Bastia, ch. civ., 2^{ème} section, 26 mai 2021, n° 19/00532. V. dans une logique similaire : CA Grenoble, 2^{ème} ch. civ., 18 mai 2021, n° 18/01310 où la cour réduisit le montant de la clause pénale au motif notamment qu'en dépit des loyers impayés, s'élevant en outre à une faible somme, les lieux furent libérés volontairement par le locataire.

²⁶⁰² CA Reims, ch. civ., section instance, 12 janv. 2021, n° 19/02555.

²⁶⁰³ CA Aix-en-Provence, ch. 1-1, 2 mars 2021, n° 18/13262.

vente du terrain susceptible de constituer le préjudice ne permet effectivement pas au juge d'évaluer le préjudice, le calcul effectué aboutissant à la somme de 30 000 euros est inconnu ce qui regrettable²⁶⁰⁴.

606. Le contrôle de la motivation opéré par la Cour de cassation. L'absence de guide à destination des juges est d'autant plus préjudiciable au bon fonctionnement de la justice que la Cour de cassation contrôle, de façon légitime, la motivation des juges du fond quant à l'appréciation du caractère excessif de la clause pénale. Ce contrôle n'est pas systématique dans la mesure où il ne s'exerce que si les parties forment un pourvoi en cassation et que l'arrêt rendu par le juge du fond est ainsi porté à la connaissance de la Cour de cassation. Néanmoins, lorsqu'un pourvoi est formé, la Cour de cassation se voit contrainte de casser l'arrêt pour défaut de base légale. Elle a pu ainsi casser un arrêt qui se bornait à préciser que le montant de la clause était « *un peu élevé* » sans exposer en quoi il était manifestement excessif²⁶⁰⁵. La Cour de cassation contrôle donc l'existence de la motivation ainsi que sa suffisance.

607. Des solutions. Afin de faciliter la tâche du juge du fond, tenu de motiver ses décisions, il pourrait être envisagé d'inscrire dans le Code civil les critères d'évaluation de la somme pertinente à la lumière des décisions de justices étudiées, voire d'un plus large échantillon de décisions. Cela aurait l'effet bénéfique de donner aux magistrats des outils concrets de révision des clauses pénales.

À l'inverse du juge français dont le pouvoir de révision de clauses pénale est considérable, le juge anglais ne connaît pas la révision de la clause pénale : si elle est excessive, il ne peut que la rendre inefficace.

2) L'anéantissement des clauses pénales sur le fondement de l'absence d'intérêt légitime par le juge anglais

608. Un changement récent. Depuis un arrêt de principe rendu en 1914²⁶⁰⁶, le pouvoir judiciaire d'anéantissement de clauses fixant des dommages et intérêts forfaitaires prenait la forme d'une opération de requalification : les stipulations nommées « *liquidated damages*

²⁶⁰⁴ V. la réduction d'une clause pénale mise en œuvre pour non-respect de la clause de non-sur une période de cinq semaines : CA Amiens, 5^{ème} ch. prud'homale, 11 mai 2021, n° 18/03026. La cour ne précise pas le calcul effectué qui la pousse à soustraire à la clause la somme de 43 000 euros.

²⁶⁰⁵ Ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11611, *Bull. ch. mixte*, 1978, n° 1, p. 1.

²⁶⁰⁶ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 1914, [1915] AC 79.

clauses », en principe licites, étaient parfois requalifiées de « *penalty clauses* » clauses illicites, lorsqu'elles étaient excessives (a). En 2015, dans un arrêt rendu par la *Supreme Court*, l'attention des juges a été attirée sur la pertinence de l'abolition d'un tel pouvoir judiciaire²⁶⁰⁷. Cette abolition n'eut pas lieu, mais les critères de détermination du caractère excessif de la clause pénale furent redéfinis de telle sorte que le pouvoir judiciaire d'anéantissement de ces clauses sera vraisemblablement rarement exercé à l'avenir (b).

a) La requalification de la « *liquidated damages clause* » en « *penalty clause* » par le juge anglais

609. Précisions terminologiques. Le droit anglais des contrats connaît des clauses, identiques aux clauses pénales françaises par lesquelles « *une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Néanmoins, l'expression « clause pénale » ne sera pas utilisée s'agissant du droit anglais car ce dernier a développé une terminologie plus complexe et distingue les *penalty clauses* et les *liquidated damages clauses*. Les premières sont des clauses dont « *la fonction est de dissuader et non de compenser la perte engendrée par l'inexécution* »²⁶⁰⁸ ; les secondes sont des clauses consistant une « *véritable pré estimation du préjudice* »²⁶⁰⁹ causé par l'inexécution. Les juges anglais ont choisi de priver d'effet les premières, mais pas les secondes, sur le fondement des règles d'*equity* qui donneront lieu au paiement par le débiteur de la somme stipulée²⁶¹⁰. Par conséquent, utiliser l'expression « clause pénale » à propos du droit anglais créerait la confusion car cette expression fait référence à deux notions distinctes et obéissant à des régimes juridiques opposés. Il convient de préciser ces nuances.

²⁶⁰⁷ *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373.

²⁶⁰⁸ *Lordsvale Finance Plc. v. Bank of Zambia*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 20 mars 1996, [1996] 3 W.L.R. 688, [1996] Q.B. 752.

²⁶⁰⁹ *Murray v. Leisureplay Plc*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 juill. 2005, [2005] EWCA Civ 963, n° 111 : « *a genuine pre-estimate of loss* ».

²⁶¹⁰ Lord INGLIS in *Forrest & Barr v. Henderson & Co*, *Court of Session (Inner House, First Division)*, 26 nov. 1869, 8 M. 187, n° 193 : « *I hold it to be part of our law on this subject that, even where parties stipulate that a sum of this kind shall not be regarded as a penalty, but shall be taken as an estimate and ascertainment of the amount of damage to be sustained in a certain event, equity will interfere to prevent the claim being maintained to an exorbitant and unconscionable amount* » ; « *Je considère qu'il fait partie de notre droit en cette matière que, même lorsque les parties stipulent qu'une somme de ce genre ne doit pas être considérée comme une pénalité, mais doit être prise comme une estimation et une détermination du montant du dommage qui sera subi dans un certain cas, equity interviendra pour empêcher que la réclamation soit maintenue à un montant exorbitant et déraisonnable* ».

610. La qualification de *liquidated damages clause*²⁶¹¹. Le critère de distinction entre les deux types de clauses réside principalement dans le caractère dissuasif ou compensatoire de la clause. La question est de savoir comment le juge anglais détermine si une clause a été conçue pour dissuader le débiteur de ne pas exécuter sa prestation ou pour compenser la perte éventuelle engendrée par l'inexécution.

Une série de quatre éléments a été formulée par un arrêt de principe rendu par la *Court of Appeal* en 1914²⁶¹² sur le fondement de décisions antérieures. Ces éléments sont encore aujourd'hui repris par les décisions relatives aux dommages et intérêts forfaitaires dus en cas d'inexécution. Le premier correspond à l'idée que, si au premier abord l'utilisation par les parties de termes tels « *penal* » ou encore « *liquidated damages* » sont une forte indication de la nature de la cause, les juges ne sont pas liés par ces termes et sont libres de la requalifier. Le second élément consiste en une définition des deux types de clauses : « *L'essence d'une pénalité réside dans un paiement d'argent stipulé in terrorem de la partie fautive ; l'essence des dommages et intérêts forfaitaires réside dans une véritable pré estimation conventionnelle des dommages* »²⁶¹³. La troisième précision indique que la qualification de la clause dépend de l'interprétation qui en est faite en fonction des « *conditions et des circonstances inhérentes à chaque contrat particulier, jugé au moment de la conclusion du contrat* » et non au moment où survient l'inexécution²⁶¹⁴. Enfin, cette interprétation peut être guidée par quatre facteurs énumérés en l'espèce par le juge. La nature de *penalty clause* est principalement révélée par le caractère excessif de la somme due au titre de la clause. Son caractère excessif s'évalue par rapport à la perte la plus élevée potentiellement engendrée²⁶¹⁵ par l'inexécution contractuelle. Le second facteur n'est en réalité qu'un cas d'application du premier : si l'obligation protégée par la clause pénale est le paiement d'une somme d'argent²⁶¹⁶, cette clause sera privée d'effet si elle prévoit le paiement d'une somme supérieure à celle initialement prévue²⁶¹⁷. Le troisième

²⁶¹¹ Traduisible par l'expression de clause de dommages et intérêts forfaitaires.

²⁶¹² Lord DUNEDIN in *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd*, *House of Lords*, 1^{er} juill. 1914, [1915] AC 79, n^{os} 86 et 87.

²⁶¹³ V. aussi : *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co Ltd v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda*, *House of Lords*, 19 nov. 1904, [1905] A.C. 6, (1904) 7 F. (H.L.) 77.

²⁶¹⁴ V. aussi : *Rowland Valentine Webster v. William David Bosanquet*, *Privy Council (Ceylon)*, 21 fév. 1912, [1912] A.C. 394 ; *Commissioner of Public Works (representing the Colonial Government) v. Hills*, *Privy Council (Cape of Good Hope)*, 24 mai 1906, [1906] A.C. 368.

²⁶¹⁵ C'est-à-dire la perte qu'il était raisonnablement possible d'envisager au moment de la conclusion du contrat, et non pas la perte réellement engendrée. Il est donc logique que le juge se place au moment de la conclusion du contrat et non au moment du litige pour évaluer le caractère disproportionné du montant prévu par la clause.

²⁶¹⁶ Exclusivement le paiement d'une somme d'argent.

²⁶¹⁷ *Kemble v. Farren*, *Court of Common Pleas*, 6 juill. 1929, 130 E.R. 1234, p. 1237.

élément réside dans l'absence d'un mécanisme de calcul proportionnel au dommage causé²⁶¹⁸ de la somme due au titre de la clause. L'absence d'un tel calcul établit une présomption²⁶¹⁹ de qualification de *penalty clause* car une clause qui calcule la somme due par le débiteur en fonction de la gravité du dommage s'apparente plus facilement à une compensation qu'à un mécanisme dissuasif. Le dernier critère correspond à la précision selon laquelle si l'estimation du préjudice subi en raison de l'inexécution est impossible, cela ne fait pas obstacle à ce que la clause soit qualifiée de *liquidated damages clause* et donc licite. La plupart de ces éléments s'apparentent plutôt à des indices et présomptions destinés à guider le juge. C'est surtout le caractère excessif de la somme due par rapport à la perte prévisible au moment de la conclusion du contrat qui constitue un véritable critère d'identification des clauses de dommages et intérêts forfaitaires licites. Il convient donc de l'examiner plus en détail.

611. Le caractère excessif de la somme stipulée par rapport au dommage prévisible.

Un arrêt rendu par l'*Employment Appeal Tribunal* en 2006²⁶²⁰ portait sur un contrat de travail dont la clause litigieuse prévoyait que le manquement du salarié à son obligation de respecter un préavis de quatre mois à la fin de son emploi et de travailler pendant la période de préavis entraînerait une déduction de son salaire équivalente au nombre de jours manquants. L'employé ne se présenta pas au travail après avoir envoyé son préavis. L'employeur agit en vue d'obtenir le paiement de la somme stipulée par la clause litigieuse. Les juges estimèrent que la clause était excessive car elle ne représentait pas une véritable estimation des pertes de l'employeur pour deux raisons. En premier lieu, les juges retinrent que l'employeur n'aurait rencontré aucune difficulté pour remplacer le salarié de telle sorte que lui réclamer la totalité de son salaire sur les jours non-travaillés ne représentait pas un calcul de la perte envisageable au moment de la conclusion du contrat. Ensuite, les juges furent attentifs au fait que le droit à réparation de l'employeur n'était à l'inverse pas limité si le dommage réellement subi devait s'avérer supérieur à la somme prévue par la clause litigieuse. Dans un tel cas, l'employeur pouvait donc préférer agir sur le fondement de la sanction du manquement contractuel²⁶²¹ et obtenir des dommages et intérêts à hauteur du dommage réellement subi. Il en résultait que le salarié se

²⁶¹⁸ Par ex., dans l'arrêt *Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co*, *The House of Lords*, 29 juin 1886, (1886) 11 App. Cas. 332, p. 342 : des preneurs s'étaient engagés à payer au bailleur cent livres par acre de terre non restaurées au bailleur à une date donnée. Les juges estimèrent qu'un tel calcul faisait de la stipulation une *liquidated damages clause* valide car la somme due est « *proportionnée à la mesure dans laquelle la société mise en cause risque de manquer à ses obligations* ».

²⁶¹⁹ Cette présomption est cependant réfragable, v. *infra* n° 612.

²⁶²⁰ *Giraud UK Ltd v. Smith*, *Employment Appeal Tribunal*, 26 juin 2000, [2000] I.R.L.R. 763, [2000] C.L.Y. 2115

²⁶²¹ *Breach of contract*, v. *supra* n°s 680s.

trouvait dans une situation particulièrement défavorable : si la perte réelle s'avérait nulle, l'employeur pouvait lui réclamer des dommages et intérêts au titre de la clause litigieuse, mais si la perte réelle était supérieure à la somme prévue, l'employé pouvait faire face à une demande de paiement de dommages et intérêts destinée à compenser l'entièreté du dommage subi. Dans ces conditions, les juges estimèrent que la clause ne pouvait constituer une évaluation préalable du dommage éventuel ; elle correspondait à une *penalty clause* illicite et non à une clause de dommages et intérêts forfaitaires.

À l'inverse, dans un arrêt rendu en 2019 par la *Court of Appeal*²⁶²², était en cause un contrat d'entreprise portant sur la production d'un logiciel. Une clause, qui comportait le terme « *penalty* », précisait que si l'entrepreneur n'avait pas livré les travaux dans les délais prévus par le calendrier inséré dans le contrat, et si ce retard n'avait pas été causé par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur serait tenu de payer une somme égale à 0,1% de la valeur des travaux non livrés par jour de retard. Les juges retinrent qu'en dépit de l'utilisation du terme « *penalty* », la clause n'était pas une *penalty clause* illicite car les sommes générées par le calcul retenu étaient modestes par rapport aux conséquences financières d'un retard dans l'installation du logiciel. Par conséquent, l'entrepreneur était tenu de payer au maître de l'ouvrage 0.1% de la valeur des travaux non livrés multiplié par cent quarante-neuf jours de retard dans l'exécution²⁶²³.

612. Le caractère excessif par rapport à la réparation de *common law* pour manquement contractuel. Dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 2005²⁶²⁴, les juges eurent à se prononcer sur un contrat de travail qui stipulait qu'en cas de résiliation du contrat par l'employeur sans respect du préavis d'un an prévu dans le même contrat, l'employeur s'engageait à verser au salarié l'équivalent d'une année de salaire brut. L'employeur ayant résilié le contrat de travail sans préavis d'une durée d'un an, le salarié agit en vue d'obtenir le paiement de la somme due au titre de la clause litigieuse. L'employeur tenta de faire valoir

²⁶²² Triple Point Technology Inc v. PTT Public Co Ltd, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 5 mars 2019, [2019] EWCA Civ 230, [2019] 1 W.L.R. 3549, [2019] 3 All E.R. 767.

²⁶²³ En revanche, le maître de l'ouvrage fut débouté de sa demande d'application de la clause litigieuse pour un deuxième retard dans l'exécution. En effet, le premier entrepreneur n'ayant pas achevé le travail demandé, le maître de l'ouvrage mit fin au contrat et fit appel à un deuxième contractant pour finir le logiciel. Or la cour retint que le premier contractant n'ayant jamais remis les travaux achevés au maître de l'ouvrage, ce dernier ne pouvait recouvrer des dommages-intérêts forfaitaires pour d'autres retards. L'exécution, certes retardée, de l'obligation était une condition d'application, cf. *British Glanzstoff Manufacturing Co. Ltd v. General Accident, Fire and Life Assurance Co. Ltd, Court of Session (Inner House First Division)*, 28 oct. 1912, 1912 SC 591, 1913 SC (HL) 1.

²⁶²⁴ Murray v. Leisureplay Plc, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 juill. 2005, [2005] EWCA Civ 963.

qu'une telle stipulation constituait une *penalty clause* et était donc illicite et sans effet. Les juges précisèrent la méthode suivie afin de déterminer la nature de la clause et donc son caractère licite. Selon cet arrêt, le juge doit d'abord déterminer à quelles violations du contrat la clause s'applique et quel montant serait dû au titre de la clause si elle était licite. Ensuite, il revient au juge d'estimer le montant qui serait obtenu sur le fondement d'une demande de *common law*²⁶²⁵ de dommages et intérêts pour manquement aux obligations contractuelles du contrat de façon à le comparer au montant dû au titre de la clause litigieuse. Enfin, le juge doit déterminer si le montant payable en vertu de la clause était imposé à titre dissuasif ou s'il constituait une véritable pré-estimation du dommage. Ce dernier élément, primordial dans la qualification de la clause, doit être compris à la lumière de l'arrêt *Dunlop* qui a posé les facteurs de qualification d'une *liquidated damaged clause* licite²⁶²⁶.

En l'espèce, la cour énonce effectivement le calcul du montant dû au titre de la clause litigieuse ainsi que le calcul des dommages et intérêts que le salarié aurait pu obtenir sur le fondement de l'action en *common law*. Les juges notent que la somme due au titre de la clause est susceptible d'être largement supérieure à la compensation du dommage réel subi puisque le salarié aurait été tenu d'atténuer son préjudice en trouvant un autre emploi. Il aurait donc fallu déduire du calcul la rémunération qu'il aurait pu raisonnablement gagner au cours de la période d'un an. Néanmoins, les juges estiment que cette comparaison n'est qu'un « *indice de la nature de dissuasive plutôt que compensatoire de la clause* ». Autrement dit, la teneur du dommage réellement subi, ou plus précisément la réparation qui serait obtenue sur le fondement de l'action de *common law*, n'est pas forcément décisive²⁶²⁷.

Elle ne le fut pas en l'espèce. Les juges notèrent que le contrat dans son ensemble contenait de nombreuses obligations à la charge du salarié si le contrat devait prendre fin, notamment le respect d'une clause de non-concurrence d'une durée d'un an après la fin du contrat de travail ou la possibilité même pour l'employeur de verser un an de salaire sans respecter le préavis initialement prévu, ce qui s'analyse en une situation inconfortable pour le

²⁶²⁵ La question de la qualification d'une stipulation contractuelle comme *penalty clause* ou comme *liquidated damages clause* relève d'*equity*, v. *supra* n° 609.

²⁶²⁶ V. *supra* n° 610.

²⁶²⁷ Notamment dans un contrat conclu entre deux professionnels, v. *infra* n° 613, et à plus forte raison que le montant contractuellement prévu n'a pas à être « raisonnable », cf. *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v. Tilebox Ltd, The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 fév. 2005, [2005] EWHC 281 (TCC), (2005) 21 *Const. L.J.* 539.

salarié²⁶²⁸. Ces éléments étaient susceptibles de justifier l'onérosité de la clause pour l'employeur. Autrement dit, la balance des avantages et inconvénients générés par le contrat pour chacune des parties peut permettre de déterminer si la clause est de nature dissuasive ou compensatoire. Les juges retinrent qu'à la lumière de ces éléments, l'employeur n'avait pas apporté la preuve que la clause ne constituait pas une véritable estimation préalable du préjudice que le salarié était susceptible de subir en raison de l'inexécution. Par conséquent, l'employeur était tenu de verser la somme stipulée dans le contrat. En l'espèce, la circonstance selon laquelle le contrat était conclu dans un « contexte commercial », c'est-à-dire entre une société employeur et un salarié directeur général de la société et ayant pour but de garantir une rupture discrète, sans mauvaise publicité, des relations contractuelles fut mentionnée par les juges comme un élément pouvant éventuellement amener à conclure au caractère licite de la clause.

613. Le contexte commercial. Les juges anglais montrèrent de nombreuses hésitations quant à la pertinence de qualifier la clause litigieuse de « *penalty clause* » illicite dans un contrat conclu entre professionnels, voire plus largement lorsque la clause aurait eu une « *justification commerciale* »²⁶²⁹. Autrement dit, la clause n'aurait pas pour seul objectif de dissuader et sanctionner le contractant qui n'exécuterait pas ses obligations : elle aurait une justification résidant dans le bon déroulement des relations contractuelles ou la protection des intérêts du contractant. Pour cette raison, l'avocat d'une des parties dans un arrêt ultérieur, l'arrêt *Cavendish*, avança que, dans les contrats conclus entre deux professionnels, le contrôle des clauses pénales par le biais de leur éventuelle requalification en *penalty clauses* devait être aboli²⁶³⁰. Les juges refusèrent ces arguments, maintenant la possibilité de déclarer sans effet les clauses pénales dans les contrats commerciaux, mais à des conditions différentes. L'arrêt définissant ces nouveaux critères a marqué une rupture dans le pouvoir d'anéantissement judiciaire des clauses fixant des dommages et intérêts forfaitaires. Les prérogatives du juge

²⁶²⁸ Murray v. Leisureplay Plc, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 juill. 2005, [2005] EWCA Civ 963, n^{os} 71 à 74.

²⁶²⁹ Murray v. Leisureplay Plc, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 28 juill. 2005, [2005] EWCA Civ 963, n^{os} 70 et 74 ; Cine Bes Filmcilik ve Yapimcilik & Another v. United International Pictures & Others, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 2003, [2003] EWCA Civ 1669, n^o 15 ; Lordsvale Finance Plc. v. Bank of Zambia, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 20 mars 1996, [1996] 3 W.L.R. 688, [1996] Q.B. 752, pp. 763 et 764.

²⁶³⁰ Certains auteurs sont au contraire favorables à l'abolition du pouvoir judiciaire d'anéantissement des clauses pénales : Johnathan MORGAN, « The penalty clause doctrine: unlovable but untouchable », *C.L.J.*, 2016, vol. 75, n^o 1, p. 11 ; Dorota GALEZA, « Getting rid of the penal doctrine - the implications of the joint cases Cavendish Square v El Makdessi and ParkingEye v Beavis », *I.C.C.L.R.*, 2016, vol. 27, n^o 6, p. 175.

anglais en la matière s'en sont trouvées considérablement réduites, de telle sorte que l'anéantissement des clauses pénales en droit anglais est devenu rare.

b) Le rare anéantissement des clauses pénales

614. Le caractère décisif de l'intérêt légitime dans l'exécution de l'obligation. Un arrêt récent rendu en 2015 par la *Supreme Court*²⁶³¹ a posé un nouveau critère de détermination de la qualification des clauses prévoyant des dommages et intérêts en cas d'inexécution qui remplacerait les précédents éléments²⁶³². L'arrêt résout deux litiges distincts ayant donné lieu à deux appels que la *Supreme Court* choisit de joindre, car ils nécessitaient une réponse à la même question, à savoir la règle de détermination de la licéité des *penalty clauses*. Dans le premier litige, il s'agissait d'un contrat de vente d'actions commerciales stipulant qu'en cas d'inexécution de son obligation de non-concurrence, le vendeur n'aurait pas le droit de recevoir les deux derniers versements et qu'en outre, l'acquéreur obtiendrait le droit d'acheter les actions restantes à un prix réduit²⁶³³. Dans le second litige, des panneaux visibles à l'entrée d'un parking stipulaient que le stationnement était gratuit pendant deux heures, mais que si l'automobiliste dépassait ce délai, il devait payer la somme de 85 livres²⁶³⁴.

Les juges précisèrent que les critères établis par l'arrêt *Dunlop* étaient trop incertains pour être appliqués efficacement²⁶³⁵. En l'espèce, leur application aurait abouti à la conclusion que les deux clauses n'étaient pas une estimation préalable du préjudice causé par l'inexécution et étaient par conséquent des *penalty clauses* illicites. Les juges retinrent que, pour déterminer si une clause correspond à la fixation forfaitaire licite de dommages et intérêts, « *l'élément décisif est de savoir s'il s'agit d'une clause qui impose à celui qui rompt le contrat une obligation secondaire lui causant un préjudice disproportionné par rapport à l'intérêt légitime de la partie innocente à l'exécution de l'obligation principale* »²⁶³⁶. Les juges établirent donc une nouvelle méthode de détermination de validité de la clause. Il s'agit d'abord de déterminer si la clause impose une seconde obligation à l'auteur de l'inexécution, étant noté qu'il s'agira le plus

²⁶³¹ *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373.

²⁶³² Solene ROWAN, « The "legitimate interest in performance" in the law on penalties », *CLJ*, 2019, vol. 78, n° 1, p. 148 ; « The regulation of penalty clauses », *Civ. P.B.*, 2017, vol. 134, p. 1.

²⁶³³ *Litige Cavendish*.

²⁶³⁴ *Litige ParkingEye Ltd v. Beavis*.

²⁶³⁵ *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373, n° 3.

²⁶³⁶ « *The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation* », *ibid.*, n° 32.

souvent d'une obligation de paiement mais que l'obligation peut être d'une autre nature²⁶³⁷. Si la clause remplit ce critère, les juges recherchent ensuite si la victime de l'inexécution a un intérêt légitime à l'exécution de l'obligation, puis si l'inconvénient créé par la clause litigieuse est disproportionné par rapport à cet intérêt légitime²⁶³⁸. L'objectif poursuivi par les juges répond à l'inquiétude relative à la particularité du contexte commercial²⁶³⁹ : dans la vie des affaires, il peut être légitime qu'un contractant cherche à dissuader l'autre de ne pas exécuter sa prestation car les sommes en jeu sont particulièrement élevées et l'enjeu peut résider dans le bon fonctionnement de tout un commerce. En outre, les parties sont souvent assistées d'un conseil et donc à même de déterminer comment sanctionner au mieux le manquement des parties à leurs obligations²⁶⁴⁰. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Cavendish* où les parties étaient l'une et l'autre des acteurs commerciaux expérimentés et furent chacune assistées de plusieurs conseils lors des négociations. Or l'arrêt *Dunlop* ne permettait précisément pas d'aboutir à la licéité d'une clause de nature dissuasive.

615. La nature des clauses. Quant à la nature des clauses comme imposant une seconde obligation en cas d'inexécution d'une obligation principale²⁶⁴¹, les juges estimèrent que, dans le premier litige, la clause relative au prix réduit s'analysait comme une clause d'ajustement du prix et n'était donc à ce titre pas une clause fixant des dommages et intérêts ; la clause refusant au vendeur le bénéfice des deux derniers versements constituait en revanche une forme de fixation de dommages et intérêts. Il en était de même dans le second litige pour la clause créant une obligation de paiement en cas de manquement.

616. L'intérêt légitime. Au regard de la question de la légitimité du désavantage imposé à l'auteur de l'inexécution, il fut retenu que dans le contexte du contrat de ventes de parts sociales, le respect de l'obligation de non-concurrence était primordial car la valeur des parts dépendait largement de l'attitude du vendeur : s'il devait établir une activité similaire, il ne faisait aucun doute que les clients fidèles et nombreux de la société s'en seraient détournés pour suivre le vendeur²⁶⁴². La présence d'un intérêt légitime à dissuader le vendeur de ne pas exécuter

²⁶³⁷ *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373, n° 16.

²⁶³⁸ Carmine CONTE, « The penalty rule revisited », *LQR*, 2016, vol. 132, n° 3, p. 384.

²⁶³⁹ V. *supra* n° 613.

²⁶⁴⁰ Tom COLLINS, « Liquidated damages clauses - where are we now? », *Const. L. J.*, 2016, vol. 32, n° 4, p. 463.

²⁶⁴¹ V. sur cette distinction : Mark STAMP, « The penalties rule in corporate contracts - is it offside? », *Comp. Law.*, 2016, vol. 37, n° 7, p. 219, spéc. p. 220.

²⁶⁴² *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373, n° 82.

son obligation était vérifiée²⁶⁴³. En outre, la cour pose une « *forte présomption initiale* » selon laquelle des parties ayant bénéficié d'un conseil et ayant un pouvoir de négociation comparable « *sont les meilleurs juges de la légitimité* » de la clause litigieuse²⁶⁴⁴. Cette présomption signe un recul de l'intervention judiciaire en matière de validité des *liquidated damages clauses*. En ce qui concerne le second litige, la victime de l'inexécution avait intérêt à s'assurer de gérer efficacement les emplacements de parking afin de s'acquitter de ses obligations contractuelles à l'égard de son propre contractant et à générer des revenus, sous forme de dommages et intérêts, pour couvrir les coûts d'exploitation des emplacements²⁶⁴⁵. Il convient de noter que les juges reconnaissent donc dans cet arrêt la possibilité pour la dissuasion effectuée par le biais de la clause fixant des dommages et intérêts forfaitaires de constituer un intérêt légitime. Or c'était tout l'enjeu de la distinction entre clause dissuasive et compensatoire fixée par l'arrêt *Dunlop*. Ce critère est donc abandonné.

Concernant le caractère disproportionné du désavantage conféré à l'auteur de l'inexécution par rapport à l'intérêt légitime de la victime, les juges estimèrent dans le litige *Cavendish* que, si les termes étaient sévères, ils n'étaient pas pour autant disproportionnés dans la mesure où l'exécution de l'obligation de non-concurrence était « *cruciale* » pour l'investissement de l'acquéreur et où chacune des parties, assistées de conseils, étaient en mesure de négocier la clause litigieuse justifiée²⁶⁴⁶. Dans le litige *ParkingEye*, les juges conclurent à l'absence de disproportion. Ils précisèrent que, par référence aux frais exigés par les autorités locales pour le dépassement de la durée de séjour dans les parkings publics et par les exploitants de parkings pour le dépassement de la durée de séjour dans les parkings privés, la charge imposée en l'espèce à l'utilisateur du parking n'était pas excessive²⁶⁴⁷. En réalité, la solution donnée au litige *ParkingEye* est particulièrement sévère²⁶⁴⁸, d'autant que le contractant n'est pas un professionnel et qu'il ne s'agit donc pas de protéger un intérêt légitime dans la vie des affaires. Pour avoir dépassé la durée de deux heures gratuites sur le parking, le consommateur se trouve dans l'obligation de payer 85 livres soit presque cent euros. Or une

²⁶⁴³ V. *contra*. *Vivienne Westwood Ltd v. Conduit Street Development Ltd*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 27 fév. 2017, [2017] EWHC 350 (Ch) : dans le cadre d'un contrat de bail stipulant un loyer réduit par rapport au marché et stipulant que le non-paiement d'une mensualité résulterait en la mise en œuvre de la clause pénale, le bailleur ne pouvait utilement invoquer un intérêt légitime à l'exécution de l'obligation de paiement quand la clause pénale stipulait qu'un loyer nettement supérieur s'appliquerait. En l'espèce, le bailleur avait plus intérêt à l'inexécution qu'à l'exécution.

²⁶⁴⁴ *Ibid.*, n^{os} 35 et 152.

²⁶⁴⁵ *Ibid.*, n^{os} 99 et 286.

²⁶⁴⁶ *Ibid.*, n^o 282.

²⁶⁴⁷ *Ibid.*, n^{os} 100 et 287.

²⁶⁴⁸ David CAMPBELL et Roger HALSON, « By their fruits shall ye know them », *CLJ*, 2020, vol. 79, n^o 3, p. 405.

telle somme dépasse très largement le préjudice vraisemblablement subi par l'exploitant du parking.

617. Un recul de l'intervention du juge. Il est indéniable que ce nouvel arrêt pose de nouveaux critères d'évaluation du caractère licite des « clauses pénales » et marque une volonté de faire reculer le pouvoir judiciaire d'intervention en la matière. À la suite de cet arrêt, la *Scottish Law Commission* s'est également prononcée pour un contrôle judiciaire limité à certains cas de clauses²⁶⁴⁹. La décision *Cavendish* marque un retour à la liberté contractuelle des parties, notamment dans le contexte commercial, car ces dernières sont en mesure de souscrire ou de refuser de souscrire les obligations et clauses pénales qui leur sont suggérées par le contractant. Le pouvoir d'anéantissement de la *penalty clause*, et de réécriture du contrat qui en découle, ont fait l'objet d'inquiétudes de la part des juges eux-mêmes. Très tôt déjà, il fut noté que « *le pouvoir d'annuler une clause pénale constitue une atteinte flagrante à la liberté contractuelle et est conçu dans le seul but d'offrir une protection contre l'oppression à la partie qui doit payer la somme stipulée. Il n'a pas sa place là où il n'y a pas d'oppression* »²⁶⁵⁰. La règle autorisant cet anéantissement, parfois nommée « *penalty rule* », fut qualifiée d'« *anomalie du droit des contrats* »²⁶⁵¹ en raison de l'atteinte à la liberté contractuelle qu'elle constitue. Elle était donc vouée à devenir une exception n'ayant notamment pas sa place dans le contexte d'un contrat conclu entre professionnels : « *les juges seraient plutôt enclins, dans la mesure du possible, à maintenir les clauses contractuelles qui fixent le niveau des dommages et intérêts en cas de violation, en particulier dans le cas de contrats commerciaux librement conclus entre des entreprises ayant un pouvoir de négociation comparable* »²⁶⁵². Dans l'arrêt *Cavendish*, les juges précisent même que la simple mention dans le contrat de ce

²⁶⁴⁹ SCOTTISH LAW COMMISSION, *Review of Contract Law, Discussion Paper on Penalty Clauses*, Discussion paper n° 162, nov. 2016, n° 5.87, p. 77. [En ligne] http://www.scotlawcom.gov.uk/files/4815/0003/7098/Discussion_Paper_on_Penalty_Clauses_DP_No_162.pdf (page consultée le 16/06/2021) La *Scottish Law Commission* revient sur la notion d'intérêt légitime qu'elle estime mal définie par les juges anglais pour l'instant. Elle propose de donner aux juges une forme de guide pour les aider à déterminer le contenu de cette notion.

²⁶⁵⁰ Justice DICKSON in *Else v. J G Collins Insurance Agencies Ltd*, *The Supreme Court of Canada*, 3 mars 1978, (1978) 83 DLR, p. 15 : « *It is now evident that the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract and is designed for the sole purpose of providing relief against oppression for the party having to pay the stipulated sum. It has no place where there is no oppression* ».

²⁶⁵¹ *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v. Tilebox Ltd*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 fév. 2005, [2005] EWHC 281 (TCC), (2005) 21 *Const. L.J.* 539, p. 548.

²⁶⁵² *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v. Tilebox Ltd*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 25 fév. 2005, [2005] EWHC 281 (TCC), (2005) 21 *Const. L.J.* 539, pp. 548 et 549 : « *Because the rule about penalties is an anomaly within the law of contract, the courts are predisposed, where possible, to uphold contractual terms which fix the level of damages for breach. This predisposition is even stronger in the case of commercial contracts freely entered into between parties of comparable bargaining power* ».

que les parties disposaient de pouvoirs de négociation égaux pourrait suffire à établir la présomption de licéité de la clause. Le pouvoir judiciaire d'anéantissement des clauses fixant des dommages et intérêts forfaitaires en cas d'inexécution demeure mais il a considérablement reculé. Peu de clauses seront susceptibles d'être anéanties à l'avenir²⁶⁵³.

618. La motivation des juges. La motivation des décisions des juges anglais est, sans que cela soit spécifique au contentieux de la clause pénale, extrêmement détaillée. Chaque élément susceptible de convaincre le juge d'annuler ou de maintenir la clause est exposé et son poids parmi les autres éléments est énoncé. Le juge anglais titre alors une conclusion au vu de tous les éléments qui ont retenu son attention. La décision du juge français en matière de clause pénale obéit à cette même configuration, quoique le calcul effectué pour réduire d'un certain montant la clause pénale ne soit pas toujours apparent. L'absence de motivation quant à ce calcul laisse penser que la tâche qui incombe au juge français de réduire le montant de la clause est particulièrement complexe et la solution difficile à justifier. Là où le juge anglais dispose de deux choix, priver ou non la clause de ses effets, le juge français dispose d'une multitude de possibilités puisqu'il existe une pluralité de montants finaux. En outre, le juge français n'est pas guidé dans son évaluation de la réduction qu'il convient d'opérer et ne peut s'en remettre qu'à l'évaluation du dommage réellement subi par la victime de l'inexécution contractuelle. En cas de révision, la clause pénale ne serait plus une évaluation forfaitaire du dommage mais une évaluation du préjudice réel, cette dernière estimation n'étant elle-même pas toujours évidente.

619. L'étendue de l'office des juges. En ce qui concerne l'étendue de l'office des juges, il est indéniable que le juge français dispose d'un pouvoir considérable de réécriture du contrat puisqu'il peut fixer le montant de la clause pénale. En revanche, le droit anglais ne connaissant pas la révision à proprement parler, la réécriture du contrat se faisait initialement par l'anéantissement de la clause fixant les dommages et intérêts forfaitaires. Depuis l'arrêt *Cavendish* rendu en 2015, ce pouvoir de réécriture du juge anglais, quoique reconnu, a considérablement reculé. Il est indéniable que ce recul de l'office du juge anglais est en théorie cohérent avec le reste du droit des contrats qui prône généralement l'absence d'intervention judiciaire. En revanche, cela est regrettable en pratique car les nouveaux critères de

²⁶⁵³ Bobby LINDSAY, « Penalty clauses in the Supreme Court: a legitimately interesting decision? », *Edin. L.R.*, 2016, vol. 20, n° 2, p. 204, spéc. p. 210 ; William DAY, « A Pyrrhic victory for the doctrine against penalties: *Makdessi v Cavendish Square Holding BV* », *J.B.L.*, 2016, n° 2, p. 115, spéc. p. 127.

détermination de la licéité de la clause pénale peuvent aboutir à des solutions sévères, comme ce fut le cas dans le litige relatif au parking.

Si les juges peuvent être amenés à intervenir sur la clause pénale, sur son montant en ce qui concerne les juges français, sur sa validité en ce qui concerne les juges anglais. Il existe donc une grande disparité entre le pouvoir du juge en France et en Angleterre en matière de clauses pénales. En revanche, les juges français et les juges anglais retrouvent des prérogatives communes dans leur tâche de rééquilibrage du contrat par la suppression des clauses abusives.

C) Le rééquilibrage économique du contrat par la suppression des clauses abusives

620. Une notion issue du droit de l'Union. La sanction des clauses abusives est aujourd'hui²⁶⁵⁴ le fruit de la directive n° 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993²⁶⁵⁵. Elle fut transposée en France par la loi du 1^{er} février 1995²⁶⁵⁶ qui créa l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation remplacé ensuite par l'actuel article L. 212-1²⁶⁵⁷ ; elle fut transposée en Angleterre par l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* de 1999²⁶⁵⁸, modifié ensuite par le *Consumer Rights Act* de 2015²⁶⁵⁹. La protection des consommateurs telle qu'elle a été conçue par le droit de l'Union repose sur une notion-clé : en droit français, il s'agit du « déséquilibre significatif » ; en droit anglais d'une « *significant imbalance* »²⁶⁶⁰. Cette notion fait l'objet d'une évaluation par les juges nationaux qu'il convient d'examiner pour rendre compte de l'office du juge en la matière (1). La clause abusive est sanctionnée par le « réputé non écrit », sanction particulière qui s'apparente à une forme de réécriture judiciaire du contrat (2).

1) L'évaluation judiciaire du déséquilibre significatif

621. Une protection plus extensive en France. La sanction des clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs à travers l'identification d'un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » est issue du droit de l'Union²⁶⁶¹. Elle est à ce titre commune au juge français et au juge anglais (a). En revanche, en France, la sanction d'un tel déséquilibre n'est plus une préoccupation exclusivement réservée au droit de la consommation. L'extension de la sanction au droit commercial et au droit commun a

²⁶⁵⁴ Le droit français connaissait auparavant la sanction des clauses abusives exercée par le biais de décret en Conseil d'État, cf. Art. 35 de la loi n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JORF* n° 0009 du 11 janv. 1978 abrogée par la loi n° 93-949 du 26 juill. 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), *JORF* n° 0171 du 27 juill. 1993.

²⁶⁵⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 3.

²⁶⁵⁶ Loi n° 95-96 du 1^{er} fév. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* n° 28 du 2 fév. 1995.

²⁶⁵⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 fév. 2016, texte n° 26, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018.

²⁶⁵⁸ *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*, 1999 n° 2083.

²⁶⁵⁹ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15.

²⁶⁶⁰ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s.62(6).

²⁶⁶¹ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 3.

considérablement augmenté les hypothèses de rééquilibrage judiciaire du contrat par le biais de la réécriture (b).

a) L'appréciation du déséquilibre significatif en matière consumériste

622. Une notion-clé. La protection des consommateurs telle qu'elle a été conçue par le droit de l'Union repose sur une notion-clé : en droit français, il s'agit du « *déséquilibre significatif* »²⁶⁶²; en droit anglais du « *significant imbalance* »²⁶⁶³. La Directive européenne contient en annexe « *une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives* ». Cette logique a été reprise à l'identique par le *schedule 2* du *Consumer Rights Act*. Le Code de la consommation français choisit une législation plus complexe et dresse une liste des clauses présumées abusives de façon irréfragable²⁶⁶⁴ et des clauses présumées abusives à charge pour le professionnel d'apporter la preuve contraire²⁶⁶⁵. Ces listes sont des guides détaillés pour le juge national qui lui facilitent le travail d'identification des clauses abusives. Il faut noter qu'en présence d'une clause présumée abusive de façon irréfragable, le juge n'est pas libre de déclarer la clause non-abusive. La limitation de son office se fait donc dans le sens de la protection du consommateur. Hormis cette précision, les listes de clauses ne restreignent pas son pouvoir puisqu'elles ne sont pas exhaustives : le juge dispose donc de la faculté de découvrir des clauses abusives hors de ces listes, à travers la constatation de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En outre, une commission des clauses abusives, créée par l'article L. 822-4 du Code de la consommation, est chargée de rechercher si les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants consommateurs ou non professionnels contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. Cette commission rend des rapports annuels d'activité et des recommandations identifiant des clauses abusives dans certains contrats conclus avec des consommateurs. De la même façon, les recommandations de la commission des clauses abusives sont un guide, non contraignant, pour le juge. Une entité similaire à la commission des clauses abusives existe en Angleterre : il s'agit de la *Competition and Markets Authority* qui peut être saisie de la présence de clauses abusives dans des contrats de consommation et qui

²⁶⁶² Art. L. 212-1 du C. conso.

²⁶⁶³ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s.62(6).

²⁶⁶⁴ Art. R. 212-1 du C. conso.

²⁶⁶⁵ Art. R. 212-2 du C. conso.

rédige et publie des documents explicatifs destinés à guider les professionnels dans la rédaction de leurs contrats²⁶⁶⁶.

Il convient d'étudier comment le juge français et le juge anglais apprécient l'existence d'un tel déséquilibre, notion-clé de la protection du consommateur issue du droit de l'Union et de constater les éventuelles similitudes et divergences entre les deux pays.

623. Un contentieux développé. Une recherche de décisions de justice effectuée sur LexisNexis entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} juin 2021 avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation en législation citée n'a rendu que trois résultats. En revanche, une recherche menée de 2016 à 2021 avec l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la réforme du 10 février 2016 a indiqué 803 résultats. Il fallait donc réduire le champ temporel. Entre le 1^{er} juin 2020 et le 1^{er} juin 2021, 230 décisions ont été rendues par des cours d'appel. Pour des questions de faisabilité, un échantillon de ces décisions a été étudié afin de déterminer plus précisément comment le juge du fond établit l'existence d'un déséquilibre significatif dans un contrat.

En ce qui concerne l'Angleterre, sur la période du 1^{er} juin 2020 au 1^{er} juin 2021, cinq décisions seulement ont été trouvées avec l'expression « unfair terms », toutes rendues par la *High Court of Justice*. Sans limitation de date, cinquante-huit décisions ont été rendues par les juridictions anglaises en matière de clause abusive²⁶⁶⁷. Parmi elles, treize ont été citées avec approbation dans des décisions ultérieures. Une d'entre elles est considérée comme fondamentale²⁶⁶⁸ ; d'autres doivent néanmoins être mobilisées afin de permettre une vue d'ensemble. Il ressort de ces chiffres une disparité entre la France et l'Angleterre. En France, le contentieux des clauses abusives est très développé, le juge souvent sollicité pour déterminer l'existence d'un déséquilibre significatif. Cette différence peut tenir à l'existence en Angleterre d'une procédure par laquelle l'appel doit être autorisé pour pouvoir être formé²⁶⁶⁹.

624. Une pluralité de qualifications préalables. L'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en droit français exige la vérification

²⁶⁶⁶ V. par ex. *COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY*, « Unfair contracts: what do businesses need to know? (short guide) », 31 juill. 2015. [En ligne] <https://www.gov.uk/government/publications/unfair-contract-terms-cma37/unfair-contracts-what-do-businesses-need-to-know-short-guide> (page consultée le 04/07/2021)

²⁶⁶⁷ Recherche menée avec les expressions « *unfair contract terms*, *consumer contracts* ».

²⁶⁶⁸ *Director General of Fair Trading v. First National Bank*, *House of Lords*, 25 oct. 2011, [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481.

²⁶⁶⁹ V. *infra* n° 498.

d'autres critères préalables. En matière de clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, la qualification de consommateur peut parfois poser des difficultés²⁶⁷⁰. En outre, si l'appréciation du caractère abusif des clauses dans les contrats de consommation « *ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* », ce n'est qu'à la condition que ces clauses « *soient rédigées de façon claire et compréhensible* »²⁶⁷¹. Il revient donc parfois au juge d'apprécier si la clause porte sur l'objet principal du contrat²⁶⁷² et d'évaluer sa clarté²⁶⁷³ de la clause. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles²⁶⁷⁴, les juges eurent à connaître d'un contrat de prêt conclu en francs suisses et précisant pour les modalités de l'amortissement du prêt que le paiement se ferait en euros après conversion selon un taux de change²⁶⁷⁵. Les époux emprunteurs agirent en vue d'obtenir la nullité de la clause prévoyant

²⁶⁷⁰ En droit français, v. par ex. : CA Chambéry, 2^{ème} ch., 29 oct. 2020, n° 20/00098 : les juges rappelèrent qu'une personne morale, société civile immobilière, ne peut se prévaloir de la qualité de consommateur. Ils précisèrent également que le prêt souscrit étant destiné au financement d'un immeuble, c'est-à-dire d'une opération qui relèvait de l'objet social de la société, cette dernière agissait à des fins professionnelles quand bien même il s'agit d'une société civile immobilière familiale et que le bien acquis à crédit constituait la résidence de ses associés ; en droit anglais, v. par ex. : Ashfaq v. International Insurance Co of Hannover Plc, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 mai 2017, [2017] EWCA Civ 357 : un particulier qui avait souscrit une police d'assurance intitulée « propriétaires de biens résidentiels loués » pour un bien qu'il louait à des étudiants ne pouvait établir qu'il avait contracté avec l'assureur en tant que consommateur au sens de l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999. L'assurance était de nature commerciale, et non une assurance souscrite par un consommateur.

²⁶⁷¹ Art. L. 212-1, al. 3, du C. conso ; *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s.64(1).

²⁶⁷² V. par ex. : CA Versailles, 3^{ème} ch., 4 fév. 2021, n° 18/05221, dans un contrat d'assurance, la clause litigieuse « *défini[ssait] l'objet principal du contrat, en ce qu'elle détermin[ait] le risque assuré en matière d'incapacité de travail qui est un élément essentiel de la police et caractérise celle-ci* ».

²⁶⁷³ V. sur cette notion les développements relatifs à la dénaturation, *supra* n°s 101s.

²⁶⁷⁴ CA Versailles, 16^{ème} ch., 28 janv. 2021, n° 19/03234. V. dans le même sens CA Versailles, 16^{ème} ch., 28 janv. 2021, n° 19/02664.

²⁶⁷⁵ Il faut noter que la sanction des clauses abusives a joué un rôle particulièrement important dans la lutte contre ces contrats de prêts souvent très défavorables à l'emprunteur consommateur, v. notam. Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *D.*, 2017, p. 1859 S. CANAS ; *RTD com.*, 2017, p. 409, D. LEGEAIS ; *D.*, 2017, p. 2176, D. R. MARTIN ; *D.*, 2018, p. 583, H. AUBRY ; *D.*, 2017, p. 1893, C. KLEINER ; *RTD civ.*, 2017, p. 383, H. BARBIER ; *AJ contrat*, 2017, p. 278, B. BRIGNON ; *AJDI*, 2017, p. 596, J. MOREAU ; *RTD com.*, 2017, p. 409 D. LEGEAIS ; *JCP E*, n° 20, 2017, 1267 J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2017, 144, T. SAMIN et S. TORCK ; *CCC*, n° 6, 2017, 136, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G*, n° 19-20, 2017, 532 T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 15, F. DANOS ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 107, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 16, 2017, 461, S. PIÉDELIÈVRE ; *RLDC*, n° 150, 2017, n° 6329, C. CONSTANTIN-VALLET ; *Dr. et patr. hebdo*, n° 1096, 2017, p. 4, P. P. Cet arrêt rappela aux juges du fond leur obligation de rechercher d'office si la clause d'indexation sur une monnaie étrangère était abusive, sur le fondement de l'arrêt de la CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyórfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *D.*, 2009, p. 2312, G. POISSONNIER ; *RTD civ.*, 2009, p. 684, P. RÉMY-CORLAY ; *RTD civ.*, 2010, p. 169, N. FRICERO ; *RTD civ.*, 2010, p. 790, H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD com.*, 2009, p. 794, D. LEGEAIS ; *Procédures*, n° 12, 2009, comm. 275, C. NOURISSAT ; *JCP G*, n° 42, 2009, act. 336, G. PAISANT ; *JCP G*, n° 51, 2009, 574, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, n° 5, 2010, doct. 135, M. ATTAL ; *JCP E*, n° 42, 2009, 1970, L. RASCHEL ; *Europe*, n° 8-9, 2009, n° 334, note V. MICHEL et M. MEISTER ; *JCP G*, 2009, n° 43, 369, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 25, 2009, act. 27, F. PICOT ; *RDC*, n° 1, 2010, p. 59, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 4, 2009, p. 1467, C. AUBERT DE VINCELLES ; *LEDC*, n° 8, 2009, p. 6, G. GUERLIN ; *RLDA*, n° 40, 2009, n° 2422, C. ANADON ; *RLDC*, n° 63, 2009, n° 3524, V. MAUGERI. V. *infra* n° 909.

que « l'emprunteur assume les conséquences du changement de parité entre la devise empruntée et l'euro qui pourrait intervenir jusqu'au complet remboursement du prêt ». Le taux de change entre le franc suisse et l'euro ayant évolué, les sommes à rembourser étaient particulièrement élevées. La cour retint que « le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé [...] a pu connaître, du fait de leur clarté et intelligibilité, la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise et évaluer les conséquences économiques sur ses obligations financières ». Les juges ajoutent qu'« eu égard à leur niveau intellectuel », les emprunteurs ne pouvaient utilement prétendre que les informations fournies par la banque leur étaient inaccessibles ou qu'il ne leur était pas possible de mesurer les risques encourus en cas de dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse ainsi que les conséquences induites sur leurs obligations financières. Les juges combinent une appréciation *in abstracto*, puisqu'ils font référence au consommateur normalement informé, et une appréciation *in concreto* puisqu'ils se réfèrent au niveau intellectuel des emprunteurs en l'espèce, pour admettre l'absence d'obscurité des clauses litigieuses²⁶⁷⁶.

625. L'appréciation du déséquilibre significatif : les clarifications européennes. En matière consumériste, la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur l'appréciation de l'existence d'un déséquilibre significatif afin de guider les juges nationaux dans l'application du droit de l'Union en matière de clauses abusives²⁶⁷⁷. Elle a notamment précisé que « l'existence d'un “déséquilibre significatif” ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient [...] une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables [...] »²⁶⁷⁸. Elle a pu ajouter que « conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive, le caractère abusif d'une clause contractuelle doit être apprécié en tenant compte de

²⁶⁷⁶ V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2023, n° 22-17030, *Bull. civ. I*, 2023, p. .

²⁶⁷⁷ Pour un récapitulatif des décisions fondatrices de la Cour de Justice en matière de clauses abusives, v. *Répertoire de jurisprudence des CEE*, Partie B, « Protection des consommateurs », « Clauses abusives », *Bull. CEE*, B-36.04. [En ligne] https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_cee/data/index_B-36_04.htm (page consultée le 28/06/2021)

²⁶⁷⁸ CJUE, *Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez*, 16 janv. 2014, aff. C-226-12, n° 30, *RTD eur.*, 2014, p. 715, C. AUBERT DE VINCELLES ; *D.*, 2014, p. 1297, H. AUBRY ; *Europe*, n° 3, 2014, comm. 132, J. DUPONT-LASSALLE ; *Europe*, n° 4, 2014, comm. 182, J. DUPONT-LASSALLE ; *Resp. civ. et assur.*, n° 5, 2014, alerte 18, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP E*, n° 14, 2014, 1177, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP G*, n° 24, 2014, doct. 699, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 170, 2017, p. 21, S. PIEDELIÈVRE.

la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion »²⁶⁷⁹.

Outre ces clarifications générales sur le sens de la directive de 1993, la CJUE est parfois amenée à se prononcer sur l'appréciation du déséquilibre significatif dans un type de contrat spécifique. Par exemple, elle a pu expliquer qu'en matière de prêt, pour apprécier le caractère abusif de la clause qui octroie au professionnel la possibilité de prononcer la déchéance du terme et de déclarer exigible la totalité du prêt, le juge national doit vérifier une série non exhaustive de critères tels que la subordination de la mise en œuvre de la clause litigieuse à « *l'inexécution par le consommateur d'une obligation qui présente un caractère essentiel dans le cadre du rapport contractuel en cause* »²⁶⁸⁰. La Cour de Justice a choisi, par ses précisions, d'élargir le champ d'application de la protection du consommateur contre les clauses abusives en adoptant une conception extensive de la notion de déséquilibre significatif et augmentant les occasions pour les juges nationaux d'exercer leur pouvoir de réécriture des conventions à travers la sanction de ces clauses²⁶⁸¹.

626. La conception large du déséquilibre significatif par les juges français. Les juges français adoptent une conception large du déséquilibre significatif. Dans un récent arrêt²⁶⁸², la

²⁶⁷⁹ CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C-415/11, n° 71, *RTD eur.*, 2013, p. 559, C. AUBERT DE VINCELLES ; *JDE*, 2014, p. 20, chr. E. POILLOT ; *D.*, 2014, p. 1297, H. AUBRY ; *JCP E*, n° 23, 2013, 1331, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *Europe*, n° 5, 2013, comm. 228, V. MICHEL.

²⁶⁸⁰ CJUE, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, n° 66, *AJDI*, 2017, p. 859, L. LANG, J. MOREAU et O. POINDRON ; *AJDI*, 2017, p. 525, M. MOREAU, J. MOREAU et O. POINDRON ; *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2017, comm. 95, A. GOURIO et M. GILLOUARD ; *Europe*, n° 3, 2017, comm. 118, É. DANIEL ; *D.*, 2018, p. 583, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD. La cour ajoute d'autres facteurs : la clause sera vraisemblablement licite « *si cette faculté est prévue pour les cas dans lesquels une telle inexécution revêt un caractère suffisamment grave au regard de la durée et du montant du prêt, si ladite faculté déroge aux règles de droit commun applicables en la matière en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques et si le droit national confère au consommateur des moyens adéquats et efficaces lui permettant, lorsque celui-ci est soumis à l'application d'une telle clause, de remédier aux effets de l'exigibilité du prêt* ». V. aussi : CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C-415/11, n° 73, *RTD eur.*, 2013, p. 559, C. AUBERT DE VINCELLES ; *JDE*, 2014, p. 20, chr. E. POILLOT ; *D.*, 2014, p. 1297, H. AUBRY ; *JCP E*, n° 23, 2013, 1331, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *Europe*, n° 5, 2013, comm. 228, V. MICHEL.

²⁶⁸¹ Cela se vérifie dans les arrêts les plus récents : QÉ c. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, 8 déc. 2022, aff. C-600/21, n° 33 ; *Europe*, n° 2, 2023, comm. 76, J. TRIBOUT : « *les critères que [le juge national] dégage pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13, notamment du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat que cette clause crée au détriment du consommateur [...] doivent être compris comme faisant partie de l'ensemble des circonstances entourant la conclusion du contrat concerné, que le juge national doit examiner afin d'apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle* ». Autrement dit, le juge national bénéficie d'une souplesse et d'une marge de manœuvre pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif. Il doit, sans se référer à une stricte liste de critères alternatifs ou cumulatifs constitutifs du déséquilibre significatif, prendre en compte la relation contractuelle dans sa globalité.

²⁶⁸² Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Flash Defrénois*, n° 15, 2023, p. 6 ; *Gaz. Pal.*, n° 12, 2023, p. 29, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2023, p. 5, S. PIÉDELIEVRE ; *LEDB*, n° 5, 2023, p. 4, S. PIÉDELIEVRE ; *LEDC*, n° 5, 2023, p. 4, C.-M. PÉGLION-ZIKA ; *RTD com.*, 2023, p. 430, D. LEGEAIS ; *JCP E*,

Cour de cassation s'est prononcée sur le caractère abusif d'une clause contenu dans un contrat de prêt prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de prêt et la déchéance du terme en cas du manquement du débiteur à ses obligations de remboursement. La cour d'appel avait jugé que la clause ne créait pas de déséquilibre significatif car les débiteurs avaient été mis en demeure de régulariser leur situation et la clause litigieuse s'analysait en une clause résolutoire licite. La Cour de cassation censura la décision des juges du fond pour violation de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008²⁶⁸³. Se fondant sur les arrêts Banco Primus²⁶⁸⁴ et Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest²⁶⁸⁵ de la CJUE, la Haute juridiction rappela la nécessité pour le juge national d'envisager toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat. En l'espèce, la clause autorisait le prêteur professionnel à prononcer la déchéance du terme huit jours seulement après la mise en demeure. La Cour estima que l'absence de « *préavis raisonnable* » avait pour effet d'exposer l'emprunteur à une « *aggravation soudaine des conditions de remboursement* ».

Il est également possible de prendre à titre d'exemple une autre clause reprise dans de nombreux contrats de crédit et qui a donné lieu à une jurisprudence fournie. Cette clause prévoyait un calcul des intérêts dus à la banque prêteuse sur la base d'une année de trois cent soixante-cinq jours, d'un semestre de cent quatre-vingt jours, d'un trimestre de quatre-vingt-dix jours et d'un mois de trente jours. La Cour de cassation a retenu qu'il incombait au juge du fond, examinant le caractère abusif d'une telle clause « *d'apprécier quels sont ses effets sur le coût du crédit* ». Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Limoges²⁶⁸⁶ s'était contentée de retenir que la clause « *prive les consommateurs de la possibilité de calculer le coût réel de leur crédit et qu'elle présente donc un caractère abusif, quelle que soit l'importance de son impact réel et qu'elle doit être déclarée non écrite* ». L'arrêt fut cassé. Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Poitiers²⁶⁸⁷ retint que la majoration du montant des intérêts conventionnels que

n° 13, 2023, act. 321 ; *JCP G*, n° 13, 2023, act. 411 ; *JCP N*, n° 14, 2023, act. 480 ; *CCC*, n° 5, 2023, comm. 89, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RD banc. et fin.*, n° 3, 2023, comm. 72, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 27, 2023, 1210, N. DUPONT ; *Constr. – Urb.*, n° 5, 2023, comm. 65, C. SIZAIRE.

²⁶⁸³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 5 août 2008.

²⁶⁸⁴ CJUE, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, n° 66, *AJDI*, 2017, p. 859, L. LANG, J. MOREAU et O. POINDRON ; *AJDI*, 2017, p. 525, M. MOREAU, J. MOREAU et O. POINDRON ; *RD banc. et fin.*, n° 2, 2017, comm. 95, A. GOURIO et M. GILLOUARD ; *Europe*, n° 3, 2017, comm. 118, É. DANIEL ; *D.*, 2018, p. 583, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

²⁶⁸⁵ QE c. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, 8 déc. 2022, aff. C-600/21 ; *Europe*, n° 2, 2023, comm. 76, J. TRIBOUT.

²⁶⁸⁶ CA Limoges, 7 fév. 2019, n° 18/00156.

²⁶⁸⁷ CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 8 juin 2021, n° 20/02139.

provoquait cette clause n'était que de 23 euros seulement par rapport à des intérêts calculés sur trois cent soixante-cinq jours avec un mois normalisé²⁶⁸⁸. Par conséquent, il existait une « *équivalence financière* » entre le calcul prévu par cette clause et le second calcul de telle sorte que la clause n'était pas abusive. En outre, la cour ajoute que les emprunteurs étaient en mesure de constater cette équivalence financière en examinant les termes de l'offre et les tableaux d'amortissement. Les juges en déduisirent l'absence de déséquilibre significatif²⁶⁸⁹. Le critère principal semble être celui de l'existence de contreparties réciproques dans les droits et obligations des parties. Plus précisément, l'expression « *équivalence financière* » employée par les juges révèle qu'ils s'attachent à vérifier que la clause litigieuse ne prive pas de contrepartie les obligations de la prétendue victime du déséquilibre²⁶⁹⁰.

La cour d'appel de Nancy²⁶⁹¹ eut à connaître d'un contrat de location longue durée portant sur un véhicule en contrepartie de loyers mensuels. Le contrat contenait une clause d'indemnité de résiliation prévoyant qu'en cas de non-paiement des loyers, le contrat serait résilié de plein droit par le bailleur huit jours après l'envoi d'une lettre de mise en demeure restée sans effet, que le locataire devrait restituer le véhicule en bon état d'entretien et verserait les loyers impayés ainsi qu'une indemnité de résiliation égale au prix d'achat du véhicule par le bailleur diminué de 60% des loyers hors taxes. La clause stipulait également que le locataire devrait verser à titre de clause pénale, une somme égale à 10% de ces sommes restant dues. Le juge se livre à un calcul complet de la somme totale réclamée par le bailleur au titre de ces deux

²⁶⁸⁸ Mois de 30,41666 jours, cf. l'art. R. 313-1 du C. conso. relatif au taux d'intérêt global dans le contrat de crédit.

²⁶⁸⁹ V. dans le même sens : CA Douai, 8^{ème} ch., 1^{ère} section, 17 sept. 2020, n° 18/01914 où la cour observe que cette clause est une « *clause de rapport ou d'équivalence financière* » et que le consommateur ne démontre pas qu'elle créerait un déséquilibre significatif à son détriment de sorte qu'elle ne saurait être qualifiée d'abusives ; CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 16 mars 2021, n° 19/01448 où le juge constate que la clause prévoit simplement une contrepartie réciproque : « *Liée à la décision du seul emprunteur de vendre en tout ou partie le bien dont l'acquisition avait été financée à crédit, l'exigibilité immédiate des sommes restant dues dont peut alors se prévaloir le prêteur ne crée pas un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties, au préjudice de la venderesse. Celle-ci rembourse en exécution du contrat de prêt le capital restant dû et une indemnité de remboursement anticipé, par prélèvement sur le prix de vente du bien au surplus objet de sûretés* ».

²⁶⁹⁰ V. dans le même sens : CA Rennes, 4^{ème} ch., 29 oct. 2020, n° 18/06773. Un contrat de louage d'ouvrage stipulait une clause d'exclusion de solidarité aux termes de laquelle l'architecte « *ne pourra être tenu responsable de quelque manière que ce soit, et en particulier solidairement des dommages imputables aux actions ou omissions du maître de l'ouvrage ou des autres intervenants dans l'opération faisant l'objet du présent contrat* ». Les maîtres d'ouvrage avaient tenté de faire valoir le caractère abusif de cette clause sur le fondement du droit de la consommation. Les juges retinrent que « *La clause d'exclusion de solidarité ne peut [...] être qualifiée d'abusives au sens de l'article L 212-1 du code de la consommation, ne créant aucun déséquilibre significatif entre le professionnel et le non professionnel puisqu'elle ne vide pas la responsabilité de l'architecte de son contenu, lequel doit assumer les conséquences de ses fautes et sa part de responsabilité dans les dommages sans pouvoir être condamné pour la totalité d'entre eux* ». Autrement dit, la cour a vérifié que la clause n'avait pas pour effet d'annihiler la responsabilité de l'architecte de telle sorte qu'il existait une contrepartie à l'obligation des maîtres de l'ouvrage de payer le prix.

²⁶⁹¹ CA Nancy, 2^{ème} ch. civ., 6 fév. 2020, n° 19/00396.

mécanismes contractuels. Il constate que le bailleur réclamait au preneur la somme d'environ 24 000 euros, somme presque égale au prix de 25 000 euros auquel le bailleur avait acquis le véhicule mis à bail. La réclamation d'une telle somme n'était d'autant pas justifiée que le preneur avait, d'une part, perçu les dix-sept mensualités du loyer convenu, et, d'autre part, avait pu récupérer le véhicule en bon état et le revendre rapidement pour un prix net d'environ 15 000 euros. En outre, le juge nota que les mensualités restant à échoir au jour de la résiliation s'élevaient à 16 000 euros. L'écart entre le montant de l'indemnité et la perte réellement subie par le bailleur était telle que le montant total de l'indemnité était manifestement disproportionné. Le juge retient l'application de l'ancien article R. 132-2 du Code de la consommation²⁶⁹² qui disposait que sont présumées abusives « *les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ». Il est possible pour le bailleur d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause. En l'espèce, le juge retint que le bailleur se contentait d'indiquer que l'indemnité de résiliation avait pour objectif de dissuader le locataire de restituer le véhicule de façon anticipée. Cette justification ne constitue pas la preuve du caractère non abusif de la clause qui sera déclarée réputée non écrite. Cet arrêt permet d'illustrer qu'en matière de clauses pénales susceptibles d'être abusives, le juge met en œuvre le raisonnement typique de l'évaluation du caractère excessif du montant des clauses pénales par référence au préjudice réellement subi par le créancier²⁶⁹³. Le caractère « *manifestement disproportionné* » de la clause potentiellement abusive s'apparente au caractère « *manifestement excessif* » de la clause pénale.

La sanction des clauses abusives en matière consumériste constitue un contentieux très fourni susceptible de concerner une multitude de contrats et de clauses variées. Les conventions d'honoraires d'avocat ne sont ainsi pas à l'abri du contrôle judiciaire. Le premier président de la cour d'appel de Bordeaux²⁶⁹⁴ eut ainsi à connaître d'une clause selon laquelle en cas de rupture du mandat à l'initiative du client toute somme payée est acquise au professionnel, faute de contrepartie. Le Premier Président précise qu'une telle clause est manifestement abusive car elle contrevient à l'article R. 212-2, 2° du Code de la consommation qui dispose que sont présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou effet « *d'autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à*

²⁶⁹² Repris par le nouvel art. R. 212-2 du C. conso.

²⁶⁹³ V. *supra* n° 601.

²⁶⁹⁴ CA Bordeaux, 6 nov. 2018, n° 18/00229.

exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce ». Les prestations réglées en avance par la cliente et non accomplies ou partiellement accomplies devaient donc donner lieu à restitution des sommes correspondantes par le conseil. Les listes de clauses présumées abusives et de clauses absolument abusives sont des outils qui guident de façon détaillée le juge dans l'exercice de son office de sanction des clauses déséquilibrant le contrat²⁶⁹⁵.

627. L'application raisonnée d'un important pouvoir d'appréciation. Néanmoins, force est de constater que le pouvoir du juge en la matière est considérable, puisque les listes ne sont pas limitatives. Outre l'appréciation des critères d'identification des clauses énoncées par les articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation, l'étendue de l'office du juge se manifeste aussi dans sa liberté de retenir une manifestation du déséquilibre significatif qui n'a pas été fixée par décret²⁶⁹⁶. La notion de clause abusive revêt ainsi un caractère particulièrement large dont le critère est l'existence d'un déséquilibre significatif. Or l'appréciation de l'existence d'un tel déséquilibre se trouve entièrement dans les mains du juge²⁶⁹⁷. Cela a suscité de vives critiques fondées sur l'idée que « *le sentiment d'abus est beaucoup trop subjectif pour autoriser un accès systématique et individuel aux prétoires sur son fondement* »²⁶⁹⁸. Cette inquiétude doit être relativisée : la diversité des clauses susceptibles de créer un déséquilibre au détriment du consommateur et la variété des contrats dans lesquels elles sont susceptibles de se manifester nécessite une appréciation casuistique de la part des

²⁶⁹⁵ V. CA Paris, Pôle 4, ch. 8, 4 mai 2021, n° 19/21048 pour un contrat de maintenance d'aéronefs contenant une clause limitative de responsabilité ainsi rédigée : « *La responsabilité de la société [...] est limitée aux seuls dommages causés aux aéronefs d'une faute lourde ou intentionnelle et hormis les cas de force majeure, de faute et de négligence de la société [...] La responsabilité de la société [...] est strictement limitée aux dommages matériels occasionnés aux aéronefs sur lesquels elle est amenée à effectuer ses interventions. La prise en charge des préjudices commerciaux et immatériels est expressément exclue* ». La cour estima que la clause avait pour objet de « [s]upprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations », interdite par l'art. R. 212-1, 6°.

²⁶⁹⁶ Quoique l'absence de correspondance entre la clause litigieuse et les clauses présumées abusives semble parfois être un élément de la décision des juges du fond, v. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 16 mars 2021, n° 19/01448 où la cour constate l'absence de déséquilibre significatif puis ajoute : « *Il sera observé que ces clauses ne sont pas visées aux articles R 132-1 et R 312-2 du code de la consommation. Les appelantes ne sont pour ces motifs pas fondées en leur contestation de cette clause* ».

²⁶⁹⁷ Denis MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 36 ; Jacques MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éditions du Juris-classeur, coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, p. 680 évoque « *l'intervention essentielle du juge* ».

²⁶⁹⁸ Jean-Luc AUBERT, « Le juge et la détermination des clauses abusives », *Deffrénois*, n° 6, 1991, p. 366.

juges du fond. En outre, ces derniers peuvent tout à fait exercer leur prérogative avec sagesse²⁶⁹⁹.

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Toulouse²⁷⁰⁰ illustre la retenue dont le juge peut faire preuve en tranchant dans le sens du caractère licite de la clause. Il s'agit du cas particulier de l'interdépendance de deux contrats. Les juges eurent à connaître de contrats conclus entre une société gestionnaire d'un service d'aide et d'accompagnement à domicile et un de leurs locataires. Un contrat de prestation de services comprenait une clause prévoyant qu'en cas de « rupture du contrat de prestations de service [sic], initiée par l'une ou l'autre des parties, la présente convention de logement sera également dénoncée, le préavis courant à la date de première présentation de l'avis de rupture ». Un contrat de bail avec clause stipulait que « la double situation contractuelle (contrat de bail et contrat de prestations de services) engage le bénéficiaire à l'utilisation exclusive des services de l'association [...] En cas de [manquement], le contrat de service sera résilié à l'initiative de l'association [...] De plus, en cas de signification de congé pour le logement, le contrat de prestations de services sera également résilié au terme du préavis en vigueur ». La cour retint que ces clauses s'apprécient chacune par rapport à celle figurant dans l'autre contrat. Elle précise que ces stipulations ne sont pas de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat parce que chaque contractant se voyait « reconnaître une faculté réciproque de ne pas poursuivre les relations et soumise à un préavis » contractuellement défini. La faculté réciproque est un indice décisif du caractère non abusif d'une clause. L'appréciation globale des clauses contractuelles, parfois contenues dans deux contrats distincts mais indissociables, ne peut se faire qu'au cas par cas par le magistrat.

628. La conception restreinte du déséquilibre significatif par les juges anglais. En Angleterre, le *Consumer Rights Act* de 2015 dispose : « Une clause est abusive si, contrairement à l'exigence de bonne foi, elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur »²⁷⁰¹. Dans le but de guider les magistrats dans l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles, la *Competition*

²⁶⁹⁹ Jacques GHESTIN, « L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français », in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilités et assurances*, Larcier, 1994, n° 13, p. 217.

²⁷⁰⁰ CA Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 13 mai 2019, n° 17/04527.

²⁷⁰¹ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s62(4) : « A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer ». La section 62(5) vise également les « notices » adressées au consommateur, c'est-à-dire toute « annonce faite au consommateur, qu'elle soit écrite ou non, et toute autre communication » telles que les définit la section 61(8).

and Markets Authority précise que « [I]es éléments du test sont reconnus comme pouvant se chevaucher dans leur application à tout ensemble de faits pertinents quels qu'ils soient. Une approche rigide de l'évaluation du caractère non-abusif, impliquant un exercice artificiel divisé en parties distinctes, n'est pas appropriée »²⁷⁰². Elle ajoute que le « contrat de consommation peut être considéré comme équilibré si les deux parties jouissent de droits d'une étendue et d'une valeur égales en pratique, compte tenu notamment de la nature des biens, des services ou du contenu numérique fournis en vertu du contrat »²⁷⁰³. De la même façon que le juge français, le juge anglais devrait donc s'attacher à déterminer l'existence d'une contrepartie, voire d'une équivalence des prestations, ce qui est contraire à l'esprit du droit anglais²⁷⁰⁴. Dans un arrêt important²⁷⁰⁵, la *House of Lords* fut saisie d'un litige portant sur une clause d'un contrat de crédit qui permettait au prêteur de facturer des intérêts sur la somme impayée jusqu'au complet remboursement. Lord BINGHAM, dont l'opinion fut suivie par les autres juges, précisa que « [I]'exigence d'un déséquilibre significatif est remplie si une clause est si favorable au professionnel qu'elle fait pencher les droits et obligations des parties au contrat de manière significative en sa faveur. Il peut s'agir de l'octroi au professionnel d'une option, d'un pouvoir discrétionnaire ou d'un pouvoir bénéfique, ou de l'imposition au consommateur d'une charge, d'un risque ou d'un devoir désavantageux »²⁷⁰⁶. Pour vérifier cet élément, il est « évidemment utile d'évaluer l'impact d'une clause contestée sur les droits et obligations des parties en comparant l'effet du contrat avec la clause avec l'effet qu'il aurait sans elle »²⁷⁰⁷. Les juges ajoutèrent en outre que, pour évaluer le caractère abusif de la clause, ils étaient tenus de vérifier si « le prêteur avait traité ouvertement et équitablement » avec l'emprunteur²⁷⁰⁸ en vertu de l'exigence de bonne foi. Lord BINGHAM ajouta que la bonne foi « s'appuie sur les bonnes normes issues de la morale et de la pratique commerciales »²⁷⁰⁹. Selon lui, la directive pose un mécanisme à deux temps, portant « à la fois sur la conclusion et la substance du contrat, et

²⁷⁰² *COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY*, « Unfair contract terms guidance. Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015 », 31 juill. 2015, CMA37, 2.10, p. 21. [En ligne] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf (page consultée le 04/07/2021)

²⁷⁰³ *Ibid.*, n° 2.13, p. 21.

²⁷⁰⁴ *V. infra* n° 521.

²⁷⁰⁵ *Director General of Fair Trading v. First National Bank*, *House of Lords*, 25 oct. 2011, [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481.

²⁷⁰⁶ Lord BINGHAM OF CORNHILL, *ibid.*, n° 17.

²⁷⁰⁷ Lord MILLETT *ibid.*, n° 54.

²⁷⁰⁸ Lord STEYN, *ibid.*, n° 36 : « Schedule 2 to the Regulations, which explains the concept of good faith, provides that regard must be had, amongst other things, to the extent to which the seller or supplier has dealt fairly and equitably with the consumer ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

²⁷⁰⁹ Lord BINGHAM OF CORNHILL, *ibid.*, n° 17 : « [Good faith] looks to good standards of commercial morality and practice ».

[qui] doit être appliquée en gardant clairement à l'esprit l'objectif que la réglementation vise à promouvoir »²⁷¹⁰. En l'espèce, la clause fut jugée licite car l'absence d'intérêts « déséquilibrerait le contrat au détriment du prêteur »²⁷¹¹. Cet arrêt donne un aperçu assez complet des éléments qui doivent guider le juge dans l'appréciation du caractère abusif de la clause.

Les éléments retenus dans cet arrêt furent appliqués à plusieurs reprises. La *Court of Appeal* en 2014²⁷¹² eut à se prononcer à propos d'une « *clause de contribution nette* »²⁷¹³ contenue dans un contrat de construction. Il fut jugé que la clause qui limitait la responsabilité d'un cabinet d'architectes envers les époux clients pour les pertes et dommages matériels était licite et contraignante. En effet, elle pouvait être considérée comme contraire aux exigences de la bonne foi exigée par la protection des consommateurs. Si elle était écrite dans des « *caractères raisonnablement grands* »²⁷¹⁴, l'utilisation du terme « raisonnable » dans une telle clause avait pour effet de détourner l'attention du lecteur de sa véritable et relativement grave conséquence, à savoir limiter la responsabilité du professionnel²⁷¹⁵. En outre, l'attention du client n'avait pas été attirée sur cette stipulation. Pour ces raisons, les juges conclurent que l'exigence de bonne foi n'était pas satisfaite²⁷¹⁶ ce qui ne suffit pas pour considérer que la clause est abusive. En effet, le premier critère est celui du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Or la cour retint que, s'il existe un déséquilibre, il n'est pas significatif. Les juges citent trois raisons pour justifier leur appréciation²⁷¹⁷. La première, la présence

²⁷¹⁰ Lord BINGHAM OF CORNHILL, *ibid.*, n° 17 : « *Regulation 4(1) lays down a composite test, covering both the making and the substance of the contract, and must be applied bearing clearly in mind the objective which the regulations are designed to promote* ». V. dans le même sens : Stephen West, Carol West v. Ian Finlay & Associates, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 27 mars 2014, [2014] EWCA Civ 316, n° 47.

²⁷¹¹ Lord BINGHAM OF CORNHILL, *ibid.*, n° 20.

²⁷¹² Stephen West, Carol West v. Ian Finlay & Associates, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 27 mars 2014, [2014] EWCA Civ 316.

²⁷¹³ Une telle clause, aussi connue sous le nom de « *proportional liability clause* » est courante dans les contrats types portant sur des prestations de construction et d'ingénierie conclus avec des architectes et autres ingénieurs. Elle vise à limiter la « contribution » à la réparation du dommage due par chaque contractant fautif à sa part de responsabilité. V. Thompson Reuters, Practical Law, Glossary, v° *net contribution clause* : « *In the context of construction, if there is a problem with a construction project resulting in a loss, this is often the fault of more than one of the parties designing or constructing the project. The party suffering the loss can sue any of the parties at fault and each will be 100% liable for damages, whatever their share of the blame. A net contribution clause states that where two or more parties involved in a construction project are each jointly liable for the same loss or damage, the liability of each party will be limited to the amount which would be apportioned to that party by a court* ».

²⁷¹⁴ Stephen West, Carol West v. Ian Finlay & Associates, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 27 mars 2014, [2014] EWCA Civ 316, n° 55.

²⁷¹⁵ *Ibid.*, n° 56.

²⁷¹⁶ *Ibid.*, n° 58.

²⁷¹⁷ *Ibid.*, n° 59.

régulière de ces clauses dans les contrats type rédigés par le *Royal Institute of British Architects*²⁷¹⁸. La seconde raison réside dans la circonstance que la clause n'aurait rien d'inhabituel dans un contrat conclu entre professionnels. Enfin, en l'espèce, les clients choisiraient ou non, une fois les plans établis, de poursuivre leurs relations avec le cabinet d'architectes à travers la conclusion d'un contrat ultérieur. Or, compte tenu de l'expérience dans le domaine bancaire d'un des époux, ce dernier aurait eu conscience que la stabilité financière du cabinet était une question importante.

La décision est sévère et peut surprendre car les critères semblent peu adaptés à l'appréciation de l'existence d'un déséquilibre significatif dans un contrat conclu avec un consommateur. Le contrat type est considéré en France comme un facteur de renforcement du déséquilibre au détriment du consommateur. Or l'utilisation systématique d'une clause dans un contrat conclu avec un cabinet d'architectes semble être comprise différemment par les juges anglais : la présence de la clause n'est pas surprenante, le consommateur ne saurait s'en étonner. De la même façon, la comparaison avec ce qui est attendu dans un contrat conclu entre professionnels semble peu opportune : le client n'est par hypothèse pas un professionnel et nécessite à ce titre une protection particulière. Raisonner selon le modèle du contrat conclu entre professionnels s'avère illogique. Enfin, la circonstance de la connaissance du milieu bancaire par l'un des époux clients étonne également. En réalité, une telle connaissance n'est certainement pas spécifique à un client sachant. Il serait possible de considérer que tout consommateur sensé est conscient que la survie économique d'une entreprise, quelle qu'elle soit, dépend de la conclusion de contrats. Tout consommateur jouirait donc en ce sens d'une connaissance particulière susceptible de contribuer à justifier l'absence de déséquilibre significatif. Il semble plus précisément que le juge anglais ait souhaité prendre en compte la circonstance selon laquelle la clause limitative de responsabilité rééquilibrait le contrat car le cabinet d'architectes se trouvait dans une situation de dépendance, au sens large, vis-à-vis de la conclusion d'un contrat ultérieur. L'ensemble de ce raisonnement est d'autant plus critiquable que ce n'est pas, de la part du juge anglais, garder à l'esprit l'objectif de la directive européenne.

²⁷¹⁸ Il s'agit d'un organisme professionnel qui propose notamment des contrats-type aux cabinets d'architectes. En dépit de son nom, son rayonnement est mondial. [En ligne] <https://www.architecture.com/about> (page consultée le 05/07/2021)

Les juges anglais semblent vouloir réduire le champ d'application de la législation relative aux clauses abusives. Un arrêt rendu par la *Supreme Court* en 2016²⁷¹⁹ le confirme. Dans ce litige, des panneaux visibles à l'entrée d'un parking stipulaient que le stationnement était gratuit pendant deux heures, mais que si l'automobiliste dépassait ce délai, il devait payer la somme forfaitaire de 85 livres. La clause n'exclut aucun droit dont on peut dire que le consommateur bénéficiait en vertu du droit national²⁷²⁰. Le juge note que sans la clause, le client n'aurait pas été responsable envers l'exploitant du parking et qu'il existait en ce sens un déséquilibre dans les droits et obligations des parties. Il note cependant que ce déséquilibre n'était pas contraire à l'exigence de bonne foi, car l'exploitant du parking et le propriétaire du terrain avaient un intérêt légitime²⁷²¹ à imposer aux clients une responsabilité supérieure aux dommages et intérêts qui auraient été recouvrables en droit commun²⁷²². En conséquence, la clause n'était pas abusive. Autrement dit, la bonne foi du professionnel permet de considérer que la clause n'est pas abusive. La comparaison entre les arrêts *West* et *ParkingEye* est révélatrice d'une certaine réticence des juges anglais à intervenir dans le contrat, y compris dans le but de protéger le consommateur. Dans la décision *West*, l'absence de bonne foi était insuffisante à déclarer la clause abusive ce qui peut sembler pertinent puisque le critère décisif est la présence du déséquilibre significatif. Néanmoins, l'arrêt *ParkingEye* révèle que pour les juges anglais, une attitude de bonne foi de la part du professionnel suffit à conclure que la clause n'est pas abusive, quand bien même le déséquilibre significatif serait caractérisé.

629. Conclusion sur l'office du juge en matière de clauses abusives. Le déséquilibre significatif est la notion-clé de la protection des consommateurs en matière de clauses abusives. Le sens de cette notion n'est pas évident. Les efforts de définition de la Cour de Justice de l'Union Européenne, les législations nationales particulièrement étayées comportant notamment des listes de clauses susceptibles d'être abusives et les recommandations de la commission des clauses abusives et de la *Competition and Market Authority* sont tout à fait bienvenus pour guider les juges dans l'appréciation du critère du déséquilibre significatif.

²⁷¹⁹ Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373.

²⁷²⁰ En application de l'arrêt CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C 415/11, n^{os} 68 et 75, *RTD eur.*, 2013, p. 559, C. AUBERT DE VINCELLES ; *JDE*, 2014, p. 20, chr. E. POILLOT ; *D.*, 2014, p. 1297, H. AUBRY ; *JCP E*, n^o 23, 2013, 1331, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *Europe*, n^o 5, 2013, comm. 228, V. MICHEL.

²⁷²¹ V. *supra* n^o 616.

²⁷²² Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373, n^{os} 105 et 107.

La notion demeure large et le juge est libre de le caractériser de diverses façons, en s'en remettant à un faisceau d'indices forcément nécessaire pour l'appréhender. C'est précisément ce que note un auteur concernant la présence de l'expression « bonne foi » dans l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Act*, reprise par le *Consumer Rights Act*. En effet, cette expression, par son caractère large, permet « *d'assurer que toutes les considérations pertinentes possibles puissent être prises en compte dans l'évaluation globale du caractère équitable d'une clause* »²⁷²³. Parmi les indices indiquant l'existence d'une clause abusive, le premier critère et le plus important est l'absence de contrepartie, de réciprocité des prestations voire de leur équivalence, qui permettent d'établir la présence d'un déséquilibre significatif. En outre, cela nécessite que le juge regarde la convention dans son ensemble voire qu'il examine d'autres conventions indissociables de la première. Il doit également considérer la façon dont la clause est insérée dans le contrat, c'est-à-dire notamment si le professionnel a cherché à dissimuler la clause. Si le juge français semble manifester une sympathie indéniable pour le consommateur, le juge anglais fait preuve de plus de rigidité. En outre, il faut noter qu'en France, la sanction des clauses abusives ne se limite pas au droit de la consommation.

b) L'extension de l'office du juge français en matière de clauses abusives

630. Une généralisation de la sanction en France. Il convient de noter que la sanction d'un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » n'est plus une préoccupation exclusivement réservée au droit de la consommation. En France, en matière commerciale, l'article L. 442-1 du Code de commerce en vigueur depuis le 26 avril 2019²⁷²⁴ dispose que « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » engage la responsabilité de l'auteur producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers. Cette disposition prévoit l'octroi de dommages et intérêts à la victime de cette pratique restrictive de concurrence²⁷²⁵. L'article L. 442-4, issu de l'ordonnance du 24

²⁷²³ Hugh G. BEALE, *Chitty on Contracts*, 31^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2012, n° 15-074 : « *the function of the requirement of good faith is to ensure that all possible relevant considerations may be taken into account in making the overall assessment of the fairness of a term* ».

²⁷²⁴ Issu de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, *JORF* n° 0296 du 8 déc. 2020. Il reprend les termes de l'ancien art. L. 441-6 du C. commerce applicable aux contrats conclus après le 1^{er} janv. 2009 et issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 5 août 2008.

²⁷²⁵ Cet art. figure en effet dans une section 1 intitulée « Des pratiques restrictives de concurrence », dans un chapitre 2 portant sur les « pratiques commerciales déloyales entre entreprises » au sein du C. commerce.

avril 2019²⁷²⁶ ajoute que « [s]eule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2 [...] peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus ». Un partenaire commercial peut donc obtenir la nullité d'une clause qui créerait un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties dans le contrat qui le lie notamment à un commerçant. En outre, en droit commun des contrats français, l'article 1171 du Code civil dispose que « [d]ans 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 ». L'existence de ces dispositions élargit l'office du juge français qui est incontestablement chargé d'assurer le rééquilibrage économique du contrat.

Hormis le droit de la consommation, la notion de déséquilibre significatif figure dans deux dispositions du droit français. Le droit anglais des contrats a également connu un développement destiné à assurer une protection plus accrue des contractants à travers la notion d' « *unfair term* ». L'*Unfair Contract Terms Act*²⁷²⁷ de 1977 témoignait d'une volonté du législateur anglais de lutter contre les clauses limitatives de responsabilité souvent insérées dans les contrats par les professionnels, y compris dans leurs relations avec d'autres professionnels²⁷²⁸. Cette législation rendait certaines clauses par hypothèses inefficaces ; d'autres étaient soumises à un critère de « raisonabilité » pour être licite. Cela n'était pas anodin : les juges anglais sont particulièrement réticents à réviser les contrats, notamment entre les professionnels expérimentés et de forces de négociation égales. Parce que les juges estiment de tels professionnels suffisamment avisés pour faire valoir leurs intérêts au moment des négociations, l'*Unfair Contract Terms Act* et le pouvoir d'intervention qu'il donne au juge

²⁷²⁶ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du Titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

²⁷²⁷ *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 c. 50.

²⁷²⁸ *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 c. 50, s.1(3) : « *In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising (a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another's); or (b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier* ».

furent largement critiqués²⁷²⁹ par les magistrats²⁷³⁰. L'intervention d'une telle loi les obligeait à intervenir de façon plus marquée dans le contrat mais leur réticence les conduisit à interpréter strictement les critères d'application de la législation, notamment le caractère déraisonnable de la clause. En conséquence, une clause conclue entre deux professionnels, l'un « *agissant comme un consommateur* »²⁷³¹, était rarement jugée abusive. Cette législation a été remplacée par le *Consumer Rights Act* qui en limite l'application aux seuls consommateurs, personnes physiques contractant pour des besoins non professionnels²⁷³². Cette protection des professionnels contre les clauses abusives a donc disparu en droit anglais. Ce refus montre la nature inflexible du droit anglais des contrats. La protection du consommateur en matière de clauses abusives vient de l'Union Européenne et non du Royaume-Uni dont la principale préoccupation demeure l'efficacité des contrats. Le droit anglais se montre peu sensible à la protection d'une partie faible ; il n'est donc pas étonnant qu'il n'aille pas jusqu'à protéger le professionnel.

631. Qualifications préalables. En matière commerciale, l'application du nouvel article L. 441-1 du Code de commerce suppose de déterminer, avant de vérifier si un déséquilibre significatif existe, s'il y a soumission ou tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif. Ainsi, la cour d'appel de Paris²⁷³³, eut à connaître d'un contrat d'agent commercial conclu entre un fabricant de pièces automobiles et un agent commercial pour la

²⁷²⁹ Lord Justice TUCKEY in *Granville Oil & Chemicals Limited v. Davis Turner & Co Limited*, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 avril 2003, [2003] EWCA Civ 570, [2003] 1 All E.R. (Comm) 819, n° 31 : « *The 1977 Act obviously plays a very important role in protecting vulnerable consumers from the effects of draconian contract terms. But I am less enthusiastic about its intrusion into contracts between commercial parties of equal bargaining strength, who should generally be considered capable of being able to make contracts of their choosing and expect to be bound by their terms* ». V. aussi Justice CLARKE in *Balmoral Group Ltd v. Borealis [UK] Ltd*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division (Commercial Court))*, 25 juill. 2006, [2006] EWHC 1900 (Comm), [2006] 2 Lloyd's Rep. 629, n° 405 ; Lord Justice CHADWICK in *Watford Electronics Ltd v. Sanderson CFL Ltd*, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* 23 fév. 2001, [2001] EWCA Civ 317, n° 55 : « *Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made [...] Unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other — or that a term is so unreasonable that it cannot properly have been understood or considered — the court should not interfere* ».

²⁷³⁰ L'*Unfair Contracts on Consumer Contracts* de 1999 en matière de clauses abusives ne fut pas non plus épargné par la critique des juges anglais. V. par ex. Lord NEUBERGER et Lord SUMPTION in *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV et ParkingEye Ltd v. Beavis*, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 nov. 2015, [2015] UKSC 67, [2016] A.C. 1172, [2015] 3 W.L.R. 1373, n° 105 qui qualifient les dispositions de la directive d'« *opaques* ».

²⁷³¹ L'expression étant « *dealing as a consumer* », c'est-à-dire qu'une société qui contractait avec un professionnel hors de champ d'activité était ainsi protégée par cette législation, cf. *R&B Customs Brokers Co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd*, *The England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 21 déc. 1987, [1987] EWCA Civ 3. En l'espèce, une société avait acheté un véhicule pour l'un de ses salariés et fut considérée comme « *agissant en tant que consommateur* ».

²⁷³² *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s.2(2) pour la Partie I et s.61(1) pour la Partie II. La Partie II correspond à l'ancien *Unfair Contract Terms Act*.

²⁷³³ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 15 avril 2021, n° 18/19313.

vente de ces pièces auprès de la société Mercedes. Le contrat prévoyait que le fabricant s'engageait à ne pas mener lui-même ses propres négociations avec toute société du groupe Mercedes. Le fabricant agit notamment sur le fondement de l'ancien article L. 441-6 du Code de commerce en vue d'obtenir des dommages et intérêts en précisant que cette clause permettait à l'agent commercial de déterminer seul les prix de vente finaux sans que ne soit intégrée la marge du fabricant. Cela aurait abouti à des pertes importantes et donc à un déséquilibre significatif entre l'interdiction de négociation pesant sur le fabricant et la liberté de l'agent de négocier les prix de vente afin d'obtenir une rémunération confortable. La cour refusa l'octroi des dommages et intérêts au motif que le fabricant ne se trouvait pas, lors de l'élaboration du contrat, dans une situation de tentative de soumission ou de soumission à des obligations manifestement déséquilibrées. Les juges se fondèrent sur la constatation que les parties avaient convenues qu'une évolution technique des pièces automobiles pendant la durée du contrat était susceptible d'entraîner une révision du prix de vente de la part du fabricant. Ces dispositions démontraient que les parties avaient négocié les modalités de fixation et de révision des prix stipulées dans la convention ce qui excluait l'hypothèse de la tentative de soumission à des obligations déséquilibrées. Par conséquent, il appartenait au fabricant d'intégrer sa marge dans le prix intermédiaire communiqué à l'agent commercial dès lors que les termes du contrat indiquaient qu'il ne bénéficierait pas d'un pourcentage sur le prix de vente final. La perte engendrée s'analyse plutôt comme un mauvais calcul commercial de la part du fabricant que comme une tentative de soumission de la part de l'agent commercial²⁷³⁴. Ainsi, la soumission ou tentative de soumission à une clause créant un déséquilibre significatif se caractérise par « *l'absence de négociation effective de la clause litigieuse, pour un motif tenant au rapport de force déséquilibré [...] ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant spécifiquement à forcer l'acceptation de cette clause* »²⁷³⁵.

²⁷³⁴ V. aussi : CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 3 sept. 2020, n° 17/18674, en matière de distribution : si ce marché est caractérisé selon les juges par des « *rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission d'une clause du contrat signé entre eux* ». En l'espèce, l'existence avérée d'un contrat d'adhésion était insuffisante à caractériser « *l'absence de pouvoir réel de négociation* » de la prétendue victime d'une soumission ou d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif. Cette dernière doit établir cette absence de pouvoir de négociation, par exemple « *en démontrant l'exclusion de toute possibilité de négociation* ». V. *contra* : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 25 nov. 2020, n° 19/00558, relatif à un contrat de prestation de services portant sur l'installation de climatisations : « *L'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer* » la tentative de soumission ou soumission. Or en l'espèce, les juges notèrent qu'« *il n'est pas justifié ni même allégué que les clauses litigieuses aient donné lieu à des négociations* » et qu'« *il s'agit dans chacun des contrats d'une clause prérédigée figurant en annexe* ». Ils en déduisirent l'existence d'une tentative de soumission ou d'une soumission à un déséquilibre significatif.

²⁷³⁵ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/04765.

En droit commun du contrat, le second alinéa de l'article 1171 du Code civil précise : « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »²⁷³⁶. Il en va de même en matière consumériste²⁷³⁷. Par conséquent, le juge doit d'abord déterminer si la clause porte sur l'objet principal ou sur l'adéquation du prix à la prestation²⁷³⁸. L'objet principal du contrat peut être défini comme « *l'opération juridique envisagée par les parties* », plus précisément « *la prestation [...] finalité promise et attendue de l'obligation* »²⁷³⁹. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence²⁷⁴⁰, les juges statuèrent sur un contrat d'assurance définissant²⁷⁴¹ l'incapacité temporaire totale de travail. La cour d'appel confirme le jugement rendu par le tribunal judiciaire en ce qu'il a retenu que cette clause, qui fixait la définition des garanties prises en charge par l'assureur, relevait de la définition de l'objet principal du contrat. Cela se justifie dans la mesure où cette clause circonscrit la prestation de l'assureur, c'est-à-dire l'indemnisation due à l'assuré, à certains événements. Pour être susceptible d'être abusive, cette clause devait donc manquer à l'exigence de clarté ce qui n'était en l'espèce pas le cas.

632. Le déséquilibre significatif en matière commerciale. Entre le 1^{er} juin 2020 et le 1^{er} juin 2021, 299 arrêts de cours d'appel comportent l'expression « déséquilibre significatif » et ont été fondés sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, dans sa version applicable jusqu'au 26 avril 2019. Comme la sanction des clauses abusives en matière consumériste, la sanction des clauses abusives entre commerçants est souvent invoquée devant le juge régulièrement sollicité pour rétablir le déséquilibre inhérent au contrat.

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2020²⁷⁴² apporte des précisions utiles sur la caractérisation par les juges du fond d'un déséquilibre significatif de nature à entraîner la sanction d'une clause dans un contrat entre commerçants. Le litige portait sur un contrat de distribution relatif à des vêtements. Les juges précisèrent que, de façon générale, « [l]e déséquilibre significatif est le plus souvent caractérisé par une absence de réciprocité des

²⁷³⁶ Il existe cependant des formes de contrôle judiciaire de l'adéquation du prix à la prestation dont la sanction est la nullité, v. *supra* n^{os} 527s sur la lésion, n^{os} 533 sur l'abus dans la fixation du prix, n^{os} 540s sur l'engagement disproportionné de la caution.

²⁷³⁷ Art. L. 212-1, al. 3 du C. conso.

²⁷³⁸ Contrôlé par ailleurs par le juge français à travers la révision du prix dû en cas d'exécution imparfaite de la prestation, v. *infra* n^{os} 748s.

²⁷³⁹ Anne-Sophie LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, LGDJ, coll. BDP, 2005, n^{os} 696 et 697, p. 416.

²⁷⁴⁰ CA Aix-en-Provence, ch. 3-3, 4 mars 2021, n^o 19/00094.

²⁷⁴¹ V. *supra* n^o 236 sur les clauses de définition.

²⁷⁴² CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 3 sept. 2020, n^o 17/18674.

prérogatives contractuelles ou par une disproportion entre les droits et obligations des parties [et] doit être examiné au regard de l'analyse des clauses imposées dans la convention en tenant compte des contreparties accordées, et de l'équilibre économique de l'opération ». Les contrats avaient été conclus avant le 1^{er} juillet 2009 de telle sorte que l'article L. 442-6, I, 2^o ne pouvait trouver application mais ces précisions permettent d'appréhender le déséquilibre significatif. La cour d'appel de Paris mit en œuvre cette définition du déséquilibre significatif dans un arrêt ultérieur²⁷⁴³. Les juges tranchèrent un litige relatif à un contrat de prestation de services comportant des clauses accordant au maître de l'ouvrage des remises en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le prestataire. La cour, rappelant la définition du déséquilibre significatif précédemment citée, précisa que « [l]es clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto »²⁷⁴⁴. En l'espèce, les clauses fixant les remises appliquaient un barème dès le premier euro du chiffre d'affaires et non en cas de franchissement d'un certain seuil de chiffre d'affaires. Les juges en déduisirent que la clause n'apparaissait « pas justifiée par un objectif d'atteinte de volume d'affaires, même si le pourcentage du chiffre d'affaires croît avec le montant du chiffre d'affaires obtenu ». En l'absence d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause, la cour conclut à l'existence d'un déséquilibre significatif résultant de la clause litigieuse²⁷⁴⁵. Dans un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2020, les juges apportèrent une solution différente. Le litige concernait un contrat de distribution de chaînes sur une plateforme internet conclu entre une entreprise de communication audiovisuelle et un distributeur. Ce contrat contenait une clause aux termes de laquelle l'entreprise de communication audiovisuelle exigeait un paiement en contrepartie de l'autorisation de diffusion des programmes et imposait au distributeur de ne pas diffuser ces mêmes chaînes en dehors de bouquets payants. Les juges retinrent que l'obligation de payer et l'interdiction de diffusion gratuite pesant sur la prétendue victime du déséquilibre significatif avait pour contrepartie l'autorisation accordée de diffuser les programmes en question. Ils ajoutèrent que la circonstance que la clause litigieuse ait diminué l'attractivité d'une autre offre de diffusion faite au public et reposant sur la gratuité de certaines chaînes est indifférente à la

²⁷⁴³ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 25 nov. 2020, n° 19/00558.

²⁷⁴⁴ V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/04765 : « pour l'appréciation du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la Cour doit procéder à une appréciation concrète et globale des contrats en cause et apprécier le contexte dans lequel ils ont été conclus ou proposés à la négociation ».

²⁷⁴⁵ Le prestataire ayant sollicité non pas la nullité mais la réparation du préjudice, il lui fut octroyé des dommages et intérêts.

caractérisation du déséquilibre significatif²⁷⁴⁶. L'appréciation du déséquilibre significatif en matière commerciale se fait, comme en droit de la consommation, à travers la détermination de l'absence d'une contrepartie. Néanmoins, ce critère semble plus difficile à satisfaire : l'étude des décisions révèle que peu de justiciables obtiennent satisfaction sur ce fondement.

633. Le déséquilibre significatif en droit commun. Entre le 1^{er} juin 2020 et le 1^{er} juin 2021, trente-six arrêts rendus par des cours d'appel ont fondés sur l'article 1171 du Code civil, ce qui représente beaucoup moins d'arrêts que pour les autres dispositions relatives aux clauses abusives. L'article 1171 date de la réforme du 10 février 2016 et ne s'applique qu'aux contrats conclus après le 10 octobre 2016. Cette disposition constitue une nouvelle règle du droit des contrats contrairement aux autres dispositions qui ont fait l'objet de réformes mais existent depuis plus longtemps. Cela peut expliquer le peu de demandes en justice fondées sur l'article 1171. Une autre raison réside peut-être dans son champ d'application résiduel puisqu'un tel article n'aura vocation à s'appliquer qu'entre professionnels non visés par l'article L. 441-6 du Code de commerce ayant conclu un contrat d'adhésion²⁷⁴⁷. Il revient au juge d'apprécier la qualification préalable de contrat d'adhésion²⁷⁴⁸.

La moitié des vingt décisions examinées correspond à l'invocation infructueuse de l'article 1171 du Code civil en ce que le contrat a été conclu sous l'empire du droit antérieur²⁷⁴⁹.

²⁷⁴⁶ V. aussi l'importance de l'interprétation de la clause en la matière : CA Paris, Pôle 5, ch 5, 25 juin 2020, n° 18/01066 : dans un contrat de transport routier de marchandises, une clause pénale prévoyait une indemnité en cas « *de retard lors de la collecte ou de la livraison imputable au Transporteur* ». La cour retint que l'interprétation correcte de la clause pénale impliquait en réalité que « *le seul retard à la collecte ne pourrait déclencher l'application de pénalités s'il n'y a[vait] pas de retard à la livraison consécutif* ». Par conséquent, la clause n'était pas abusive au sens de l'art. L. 442-6, 2°, du C. de commerce.

²⁷⁴⁷ V. par ex. un contrat conclu entre des professionnels libéraux : Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ.* I, 2019, p. 59, *D. actu.*, 8 mars 2019, obs. J.-D. PELLIER ; *D.*, 2020, p. 108, T. WICKERS ; *D. avocats*, 2019, p. 309, C. CASEAU-ROCHE ; *Gaz. Pal.*, n° 11, 2019, p. 42, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 04, 2019, p. 3, N. LEBLOND ; *JCP G*, n° 48, 2019, doctr. 1238, C. CASEAU-ROCHE ; *CCC*, n° 5, 2019, comm. 86, N. MATHEY ; *LEDC*, n° 4, 2019, p. 3, N. LEBLOND ; *Gaz. Pal.*, n° 11, 2019, p. 42, C. BERLAUD : « *c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ce texte n'avait pas vocation à s'appliquer, dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale entre un avocat et le cabinet au sein duquel il collabore* ».

²⁷⁴⁸ V. *supra* n° 292. V. pour un avenant à un contrat de travail dont la cour précise qu'il n'entre pas dans « *le cadre d'un contrat d'adhésion pour des clauses non négociables* », CA Versailles, 17^{ème} chambre, 1 Juillet 2020 – n° 17/05012. V. dans le même sens : CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 30 juin 2020, n° 18/01858 : « *il résulte des éléments produits que la signature des contrats litigieux fait suite à une proposition tarifaire [...] que la société [...] était donc parfaitement en mesure de négocier ou de refuser, ce qu'elle a d'ailleurs fait pour la seconde offre émise en octobre 2017* ».

²⁷⁴⁹ CA Reims, ch. civ., 1^{ère} section, 7 juill. 2020, n° 18/01133 ; CA Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 18 fév. 2021, n° 19/01964 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 20 nov. 2020, n° 18/01265 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 15 fév. 2021, n° 19/13652 ; CA Versailles, 3^{ème} ch., 4 fév. 2021, n° 18/05221 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 25 juin 2020, n° 18/01066 ; CA Aix-en-Provence, 3^{ème} et 4^{ème} ch. réunies, 8 avril 2021, n° 18/05456 ; CA Versailles, 17^{ème} ch., 1^{er} juill. 2020, n° 17/05012 ; CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 1 juin 2021, n° 19/03961 ; CA Versailles, 12^{ème} ch., 8 avril 2021, n° 19/07753 dans lequel la cour remédie à une erreur de raisonnement dans le jugement de première instance qui avait prononcé la nullité des clauses alors que l'art. 1171 du C. civil n'étant pas applicable en l'espèce et que le caractère abusif de

Deux de ces décisions sont tranchées sur le fondement du droit de la consommation et le juge ne se prononce pas sur l'application de l'article 1171 du Code civil²⁷⁵⁰. Une autre décision fait état d'une absence de justification de l'existence du déséquilibre significatif allégué par le consommateur dans la convention d'honoraires d'un avocat²⁷⁵¹. Cette décision isolée permet de rappeler qu'il ne revient pas au juge de démontrer le caractère abusif de la clause à la place du consommateur, ou de son conseil car l'article 1171 ne permet pas au juge de relever d'office l'existence d'une clause abusive, contrairement au droit de la consommation²⁷⁵². Enfin, deux décisions concluent au caractère abusif de la clause²⁷⁵³ ; cinq décisions concluent au caractère non-abusif de la clause²⁷⁵⁴. L'écart n'étant pas suffisamment marqué, de tels chiffres ne permettent pas d'évaluer le succès de l'action en justice sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. En revanche, l'étude de ces décisions révèle que le facteur décisif de l'appréciation judiciaire de l'existence d'un déséquilibre significatif réside dans l'existence d'une contrepartie.

634. La négation de la substance de l'obligation. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2021²⁷⁵⁵, les juges eurent à connaître d'un contrat d'assurance contenant une clause définissant le vol en tant que sinistre couvert par l'assurance. La cour précise qu'aux termes de cette clause, « *l'effraction mécanique doit être prouvée par deux éléments cumulatifs (effraction de l'habitable ou du coffre et le forçement de la colonne de direction et la détérioration du faisceau de démarrage ou d'un système antivol en fonctionnement) et que l'effraction électronique, quant à elle, doit être prouvée par une attestation d'expert constatant l'effraction ayant permis aux auteurs de démarrer le moteur et au véhicule de se déplacer de façon autonome* ». Elle en déduisit que par cette définition de l'effraction, l'assureur avait limité à des indices prédéterminés la preuve du sinistre, contrevenant ainsi aux dispositions de l'ancien article 1315 du Code civil²⁷⁵⁶ instaurant la liberté de la preuve. La cour ajoute, de façon

la clause ne pouvait être sanctionné que par des dommages intérêts sur le fondement de l'art. L. 442-6 du C. de commerce.

²⁷⁵⁰ CA Paris, Pôle 4, ch. 8, 4 mai 2021, n° 19/21048 ; CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 16 mars 2021, n° 19/01448.

²⁷⁵¹ CA Lyon, Premier président, 1 sept. 2020, n° 20/01879.

²⁷⁵² Art. L. 141-4 du C. conso : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». V. *infra* n° 910 sur le relevé d'office en droit de la consommation.

²⁷⁵³ CA Paris, Pôle 4, ch. 8, 23 fév. 2021, n° 19/10293 ; CA Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 30 juin 2020, n° 19/00258.

²⁷⁵⁴ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 6 mai 2021, n° 20/16325 ; CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 30 juin 2020, n° 18/01858 ; CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 25 juin 2020, n° 17/16211 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 6 janv. 2021, n° 17/21664 ; CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 20 mai 2021, n° 18/06208. Dans ce dernier arrêt, la clause est tout de même qualifiée de clause pénale et réduite sur le fondement de l'art. 1152 du C. civil.

²⁷⁵⁵ CA Paris, Pôle 4, ch. 8, 23 fév. 2021, n° 19/10293.

²⁷⁵⁶ Devenu l'art. 1315 du C. civil.

pragmatique et informée, qu'outre « *leur caractère restrictif, ces modes de preuve ne correspondent plus à la réalité des moyens de piratage électroniques actuels* » accessibles au très grand nombre depuis Internet et qui permettent de démarrer la majeure partie des véhicules sans jamais devoir les forcer de telle sorte qu'aucune trace d'effraction ne serait constatable²⁷⁵⁷, y compris par un expert automobile. La cour en déduit qu'une telle clause vidait de « *sa substance* » l'obligation de garantie à la charge de l'assureur puisque ce dernier « *ne saurait promettre à l'assuré de garantir le vol tout en limitant l'application de la garantie à des hypothèses d'exécution matérielle de l'infraction trop précises, devenues totalement marginales ou dont la preuve est impossible à rapporter* »²⁷⁵⁸.

Dans cette recherche de contrepartie ou de négation de l'obligation principale, le juge peut faire référence à l'économie générale du contrat. En effet, la clause litigieuse peut se justifier au regard d'un autre avantage conféré par une autre stipulation contractuelle à la prétendue victime d'un déséquilibre. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Besançon²⁷⁵⁹, un contrat d'abonnement au service public de production, transport et distribution de chaleur de la chaufferie collective était conclu pour une durée de vingt ans sans résiliation possible par le souscripteur et ses successeurs auquel le contrat devait se transmettre en cas de décès. Les juges se référèrent à une recommandation de la Commission des clauses abusives

²⁷⁵⁷ V. *contra* : Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-17279, *Bull. civ. I*, 1998, n° 240, p. 167, *RTD civ.*, 1999, p. 94, J. MESTRE ; *D.*, 1999, p. 111, D. MAZEAUD ; *Deffrénois*, n° 22, 1998, p. 147, D. MAZEAUD ; *RLDC*, n° 9, 1998 ; *JCP E*, n° 41, 1998 ; *JCP G*, n° 41, 1998, 3034 : l'association Union fédérale des consommateurs « Que Choisir » avait agi en vue de voir déclarer abusive dans les contrats d'assurance multirisque habitation garantissant le vol la clause obligeant l'assuré, lorsque le vol n'a pas eu lieu par effraction, à faire la preuve de l'escalade, usage de fausses clés ou introduction clandestine. La cour d'appel de Paris l'avait déboutée de sa demande. La Cour de cassation rejette le pourvoi, reprenant les arguments des juges du fond selon lesquels il n'y avait pas de déséquilibre significatif parce que la clause litigieuse « *emportait une extension du champ de la garantie, plus protectrice de l'assuré* », dès lors qu'il était en mesure d'apporter les preuves citées.

²⁷⁵⁸ V. *contra* : CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 30 juin 2020, n° 18/01858 : la cour constate en l'espèce l'absence d'adhésion mais précise que l'engagement du client, prétendue victime du déséquilibre, de s'approvisionner auprès du fournisseur pour un volume déterminé de consommables pour la durée du contrat ferme et irrévocable a pour contrepartie l'engagement du fournisseur de mettre à disposition et entretenir gratuitement du matériel coûteux. Les juges ajoutent que cette durée du contrat correspond à l'amortissement du matériel mis à disposition et qu'il n'y avait donc en tout état de cause pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties ; CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 6 janv. 2021, n° 17/21664 : dans un contrat de franchise, « *il doit être retenu que la clause de conversion des obligations en actions [de société] ne vide pas de toute sa substance l'obligation essentielle prévue par la convention puisqu'elle prévoit pour une partie l'obligation de consentir un financement à une autre en souscrivant à des obligations, et pour cette autre partie, celle de rembourser les fonds avancés dans un certain délai et précise que le non remboursement sera sanctionné par la conversion des obligations en actions* » ; CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 25 juin 2020, n° 17/16211, dans un contrat de location financière, « *Il n'est [...] pas anormal que le loueur qui a acquis la prestation du fournisseur, mette fin à l'utilisation du site en cas de défaillance dans le paiement des loyers, lors de la résiliation unilatérale du contrat, tout en exigeant la réalisation de ce contrat jusqu'au terme du délai prévu. Cette clause de résiliation de plein droit qui s'applique en cas d'inexécution contractuelle du paiement des loyers par le locataire, ne présente pas un caractère abusif par conséquent* ».

²⁷⁵⁹ CA Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 30 juin 2020, n° 19/00258.

relative à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs recommandant que soient éliminées des contrats « *les clauses qui ont pour objet d'imposer une durée initiale minimum du contrat sans en autoriser, eu égard à son économie, la résiliation anticipée par le consommateur pour motifs légitimes* », ou « *de prévoir la prorogation ou la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée pour une période excessivement longue* »²⁷⁶⁰. La cour releva que le fournisseur de chauffage invoquait sa prise en charge des frais d'installation et de raccordement sans justifier de leur coût. Elle précisa que le fournisseur « *échou[ait] par conséquent à démontrer qu'un tel avantage compenserait une durée initiale incompressible de l'engagement de 20 ans ainsi qu'un renouvellement tacite pour une durée particulièrement longue de 5 ans* ». Les magistrats ajoutèrent que l'installation du matériel destiné au chauffage de la maison avait été supporté en partie par les abonnés qui avaient dû régler le coût des installations secondaires et de l'évacuation d'eau. Le fournisseur ne justifiait donc pas d'une obligation à sa charge, stipulée en dehors de la clause litigieuse, susceptible de constituer une contrepartie suffisante à la durée du contrat stipulée de vingt ans²⁷⁶¹.

L'office du juge français en matière de clauses abusives est particulièrement étendu. Il permet l'usage en la matière d'une sanction particulière en droit de la consommation et en droit commun : le « réputé non écrit ».

2) L'analyse de la sanction du « réputé non écrit » et de la nullité d'une clause : une réécriture du contrat

²⁷⁶⁰ COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, Recommandation n° 01-02 : « Durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs », *BOCCRF* du 23 mai 2001. [En ligne] <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/duree-des-contrats-conclus-entre-professionnels-et-consommateurs/> (page consultée le 30/06/2021)

²⁷⁶¹ V. *contra* : CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 6 mai 2021, n° 20/16325 : dans un contrat de location gérance, la clause qui confère au bailleur la faculté de résilier le contrat à certaines conditions prévoit, en référence à l'économie générale du contrat, la même faculté pour le loueur, de telle sorte qu'il n'y a pas de déséquilibre. La Cour de cassation alla même plus loin, en cassant pour violation de l'art. 1171 C. civil l'arrêt d'une cour d'appel ayant retenu le caractère abusif d'une clause de résolution unilatérale dans un contrat de location-gérance, alors que cela se justifiait au regard des obligations réciproques des parties, *cf.* Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ.* IV, 2022, p. 147, *D.*, 2022, p. 1419, S. BARBOT ; *D.*, 2022, p. 539, S. TISSEYRE ; *D.*, 2022, p. 725, N. FERRIER ; *D.*, 2022, p. 2255, CDEDYS ; *D.*, 2023, p. 254, R. BOFFA ; *RTD civ.*, 2022, p. 124, H. BARBIER ; *LEDB*, n° 3, 2022, p. 7, J. LASSERE-CAPDEVILLE ; *LEDICO*, n° 3, 2022, p. 1, C. GRIMALDI ; *LEDC*, n° 3, 2022, p. 1, M. LATINA ; *Gaz. Pal.*, n° 9, 2022, p. 20, G. MILLERIOUX ; *LPA*, n° 4, 2022, p. 72, J. QUIROGA-GALDO ; *Gaz. Pal.*, n° 16, 2022, p. 5, D. HOUTCIEFF ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 10, M. LATINA ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 103, J. JULIEN ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 144, S. GERRY-VERNIÈRES ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 16, P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC*, n° 3, 2022, p. 89, N. BALAT ; *JCP E*, n° 5, 2022, act. 114 ; *JCP G*, n° 07-08, 2022, doct. 257, Y.-M. SERINET ; *CCC*, n° 3, 2022, 40, L. LEVENEUR ; *Comm. Com. électr.*, n° 3, 2022, comm. 19, G. LOISEAU ; *JCP E*, n° 12, 2022, 1125, G. CHANTEPIE ; *RD banc. et fin.*, n° 3, 2022, comm. 75, T. SAMIN et S. TORCK ; *JCP E*, n° 28, 2022, 1253, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 26, 2022, 1234, L. MOLINA.

635. Anéantissement ou réécriture. L'étude des clauses abusives pourrait figurer dans la partie relative à l'anéantissement dans la mesure où la sanction des clauses abusives, qu'il s'agisse de la nullité en droit commercial ou du « réputé non écrit » en droit commun et en droit de la consommation, correspond à la disparition de la clause. Certes, ces deux sanctions sont en principe distinctes. La nullité correspond à la « *sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation* »²⁷⁶². En revanche, l'expression « réputée non écrite » s'appliquerait à une « *clause illicite dont la nullité n'emporte pas celle de l'acte qui la contient, la clause (seule annulée) étant censée n'avoir pas été stipulée* »²⁷⁶³. Une clause est réputée non écrite parce qu'elle est illicite, mais cette illicéité ne découle pas d'un manquement à des conditions de formation. Cela peut constituer un critère de distinction de la nullité et du réputé non-écrit. En droit anglais, la sanction du contrat qui ne respecte pas les conditions de formation consiste en la reconnaissance de son caractère « void »²⁷⁶⁴. Or le *Consumer Contracts Act* prévoit que la clause abusive est « *not binding on the consumer* »²⁷⁶⁵, c'est-à-dire dépourvue de force obligatoire envers le consommateur. De la même façon qu'en droit français, l'absence de force obligatoire ne sanctionne pas un défaut dans la formation. Cela pousse à conclure à une distinction entre le contrat ou la clause qui serait *void* et la clause dépourvue de force contraignante.

En ce qui concerne le régime de ces sanctions, il faut noter que la nullité relative peut être couverte par la confirmation²⁷⁶⁶ alors qu'une telle possibilité n'est pas offerte lorsque la clause est réputée non écrite²⁷⁶⁷. Un consommateur ne pourrait donc pas confirmer la clause abusive qui crée à son détriment un déséquilibre entre ses droits et obligations contractuelles et ceux du professionnel. Un autre élément de distinction réside dans le délai de prescription de l'action. Si la sanction du réputé non écrit obéit au même régime que la nullité, elle se prescrit par cinq ans²⁷⁶⁸ ; à défaut, elle est imprescriptible. La Cour de cassation s'est prononcée sur la question

²⁷⁶² Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 728.

²⁷⁶³ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2020, p. 684.

²⁷⁶⁴ Géraldine GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais. Méthode, traduction et approche comparative*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2019, p. 278 : « *a contract which is void ab initio never came into existence in the first place* » ; « *un contrat qui est void ab initio n'a jamais été formé* ».

²⁷⁶⁵ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s62(1).

²⁷⁶⁶ Art. 1182 du C. civil.

²⁷⁶⁷ L'art. L. 241-1, al. 3, du C. conso dispose que ses dispositions sont d'ordre public. Par conséquent, il n'est pas possible pour les parties, y compris le consommateur, d'écarter la sanction d'une clause abusive.

²⁷⁶⁸ Art. 2224 du C. civil.

dans un arrêt rendu en 2019²⁷⁶⁹ à propos d'un contrat de prêt conclu en francs suisses et contenant une clause de remboursement en devise étrangère du prêt. Les emprunteurs agirent en vue de voir reconnaître la nullité des prêts et le caractère abusif de la clause ; la banque prêteuse souleva une fin de non-recevoir tirée de la prescription de la demande. La Cour de cassation rejeta le pourvoi de la banque, précisant que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale* ». L'absence d'assimilation de la sanction du « réputé non écrit » à la nullité se justifie dans la mesure où l'imprescriptibilité permet de mieux protéger le consommateur²⁷⁷⁰.

Ces deux sanctions sont donc indéniablement distinctes dans leurs définitions et surtout dans leurs régimes. Néanmoins, si l'on se place du point de vue du contrat dans son ensemble et de l'office du juge, la suppression de la clause jugée abusive correspond à une réécriture puisque le contrat survit avec une clause en moins, sous une nouvelle forme partiellement rédigée par le juge.

636. La sanction du non-écrit. Le droit français prévoit que la clause abusive dans les contrats de consommation et les contrats d'adhésion est « *réputée non écrite* »²⁷⁷¹ ; le droit anglais indique plus simplement que la clause abusive est « *dépourvue de force obligatoire* »²⁷⁷² mais que le contrat continue de produire des effets sans la clause illicite si cela est possible²⁷⁷³. Pour certains auteurs, cette « *sanction [est] particulièrement favorable à la victime du déséquilibre* » puisque le facteur de déséquilibre au détriment du consommateur ou de celui qui adhère au contrat disparaît²⁷⁷⁴. La sanction du réputé non écrit est ainsi un mécanisme de «

²⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, CCC, n° 6, 2019, comm. 112, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E*, n° 38, 2019, 1425, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2019, comm. 117, obs. T. SAMIN et S. TORCK ; *D.*, 2019, p. 1033, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *RTD com.*, 2019, p. 463, D. LEGEAIS ; *D.*, 2019, p. 1784, S. VITSE ; *D.*, 2019, p. 2009, D. R. MARTIN ; *D.*, 2020, p. 624, H. AUBRY ; *D.*, 2020, p. 353, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2019, p. 334, H. BARBIER ; *RTD eur.*, 2020, p. 768, A. JEAUNEAU ; *RTD com.*, 2019, p. 465, D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal.*, n° 31, 2019, p. 23, D. HOUTCIEFF ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 73, G. CATTALANO ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 21, S. PELLET ; *RGDA*, n° 6, 2019, p. 22, A. PÉLISSIER ; *LEDB*, n° 5, 2019, p. 2, M. MIGNOT ; *LEDIU*, n° 5, 2019, p. 2, B. DERRAR ; *RDC*, n° 5, 2019, p. 1, S. PELLET ; *RLDA*, n° 147, 2019, n° 6688 ; *RLDC*, n° 170, 2019, n° 6174, P. FLEURY.

²⁷⁷⁰ Vincent COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G*, n° 28, 1993, doct. 3691, n° 23.

²⁷⁷¹ Art. L. 241-1, al. 1^{er}, du C. conso.

²⁷⁷² *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s62(1) : « *An unfair term of a consumer contract is not binding on the consumer* ».

²⁷⁷³ *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15, s67.

²⁷⁷⁴ Alina GUTSUNAEVA, « La recherche d'un équilibre protecteur en matière contractuelle », in Anne-Sophie SIEW-GUILLEMIN, Alexandra BAILE, Cédric CHAPPELLE, Caroline FABRE (dir.), *Equilibre(s) et déséquilibre(s) en droit*, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, n° 8, p. 223.

sauvetage du contrat »²⁷⁷⁵ puisque ce dernier survit ainsi sous une forme rééquilibrée et demeure contraignant pour la victime du déséquilibre rectifié ainsi que son cocontractant. Cela est indéniable mais n'a pas de quoi interpeler si l'on considère que le réputé non écrit vise non seulement à rééquilibrer le contrat mais aussi à dissuader le professionnel ou le *proferentem* d'abuser de la situation favorable dans laquelle il se trouve. En pratique, il est possible que l'effet dissuasif ne fonctionne que partiellement²⁷⁷⁶, notamment sur les professionnels qui compteront parfois sur la naïveté ou l'inaction du consommateur. Néanmoins, dans le cas où le consommateur ou celui qui adhère au contrat réagissent, le « réputé non écrit », si tant est qu'il soit particulièrement défavorable au professionnel ou *proferentem*²⁷⁷⁷, revêtirait alors une fonction punitive. Dans son esprit, la sanction du « réputé non écrit » revêt une triple fonction : en amont, elle vise à dissuader ; en aval, elle sert à rééquilibrer le contrat et à réprimer celui qui a tenté de duper son contractant.

637. La perte partielle de force contraignante. La sanction de la clause abusive consiste en sa perte de force contraignante. Les juges anglais considèrent plus précisément qu'une partie de la clause seulement peut être déclarée dépourvue de force contraignante. Dans un arrêt rendu par la *High Court of Justice* en 2017²⁷⁷⁸, les juges eurent à connaître d'un contrat portant sur la fourniture et l'installation d'un système d'extinction d'incendie contenant une clause excluant « *toute responsabilité en cas de perte, dommages ou dépenses consécutifs ou non causés aux biens, marchandises, personnes ou autres, résultant directement ou indirectement de sa négligence, retard, panne ou mauvais fonctionnement des systèmes ou composants fournis* » par le prestataire. Cette clause est directement visée par la section 2(1) de l'*Unfair Contract Terms Act* de 1977²⁷⁷⁹ applicable en l'espèce. Les juges décidèrent donc que cette clause était privée d'effet mais seulement en ce qu'elle visait les dommages corporels.

²⁷⁷⁵ Sophie GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2006, spéc. n° 31, p. 20.

²⁷⁷⁶ V. en ce sens : Sophie BIENENSTOCK, « The Deterrent Effect of French Liability Law: the Example of Abusive Contract Terms », *RÉP*, 2019, vol. 129, n° 2, spéc. n°s 8 et 9., pp. 205s.

²⁷⁷⁷ Cela n'est pas certain dans la mesure où il ne s'agit en principe que de rééquilibrer le contrat. La disparition de la clause abusive ne devrait en principe pas déséquilibrer le contrat au profit du consommateur ou de celui qui adhère au contrat si la clause puisque l'appréciation de la clause se fait par rapport à l'ensemble du contrat et son caractère abusif dépend en partie de l'absence d'un autre avantage conférée à la prétendue victime du déséquilibre significatif.

²⁷⁷⁸ *Goodlife Foods Ltd v. Hall Fire Protection Ltd, High Court of Justice (Queen's Bench Division (Technology & Construction Court))*, 7 avril 2017, [2017] EWHC 767 (TCC).

²⁷⁷⁹ « *A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence* » ; « *Une personne ne peut pas, par référence à une clause contractuelle ou à un document communiqué de façon générale ou à des personnes en particulier, exclure ou limiter sa responsabilité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'une négligence* ».

Elle était donc partiellement licite et contraignante en ce qu'elle visait les dommages matériels. Les juges précisèrent que l'attention du client ayant été attirée spécifiquement sur cette clause par le prestataire dans la mesure où elle n'avait pas été « *enfouie au milieu d'un tas de petits caractères, mais constituait l'une des conditions standard expresses du défendeur* »²⁷⁸⁰. L'égalité de taille et de pouvoir de négociation des parties fut également décisive bien que l'une soit effectivement considérée comme une société « *agissant comme un consommateur* »²⁷⁸¹.

638. Un office du juge particulièrement étendu. La sanction du réputé non écrit s'apparente à une réécriture judiciaire du contrat. Ce dernier survit sous une forme partiellement rédigée par le juge. La réécriture témoigne d'un office particulièrement étendu du juge. En outre, en matière de clauses abusives et particulièrement celles qui figurent dans les contrats conclus par des consommateurs, une telle sanction est loin de présenter un caractère exceptionnel. Ainsi que le révèlent le nombre élevé de décisions en la matière²⁷⁸² et la diversité des clauses déclarées abusives dans des contrats variés, la sanction du réputé non écrit est très souvent sollicitée par les justiciables auprès des juridictions anglaises et françaises.

Ce contentieux témoigne donc d'un potentiel d'immixtion judiciaire particulièrement marqué dans la sphère contractuelle²⁷⁸³. La seule limite perceptible au pouvoir du juge date d'avant la création de listes noire et grise de clauses abusives. Elle résidait dans la possibilité pour le professionnel d'écarter l'intervention judiciaire par l'attitude qui consiste à proposer au

²⁷⁸⁰ Lord Justice COULSON *in* Goodlife Foods Ltd v. Hall Fire Protection Ltd, *High Court of Justice (Queen's Bench Division (Technology & Construction Court))*, 7 avril 2017, [2017] EWHC 767 (TCC), n° 53.

²⁷⁸¹ *V. supra* n° 630.

²⁷⁸² Plus de 800 sur une année, *v. supra* n° 623.

²⁷⁸³ Il faut noter que la protection du consommateur à travers la sanction des clauses abusives échoue lorsque le consommateur, mal informé, exécute la clause abusive, *cf.* Denis MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », *in* *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 41.

consommateur une alternative à la clause abusive²⁷⁸⁴. Dans un arrêt du 17 juillet 1990²⁷⁸⁵, la première chambre civile de la Cour de cassation a statué à propos d'un contrat d'entreprise par lequel un consommateur avait donné à développer des pellicules de photographies à un professionnel. Celles-ci furent perdues. Le professionnel remboursa le coût de la prestation et fit parvenir au consommateur des pellicules vierges en dédommagement ainsi qu'il était prévu par la clause limitative de responsabilité. Le tribunal de première instance alloua au consommateur la somme de 1 500 francs à titre de réparation de son préjudice. La Haute juridiction cassa l'arrêt au visa de l'ancien article 1150 du Code civil²⁷⁸⁶. Elle précisa que « *ce contrat, qui fixait le montant des dommages convenus entre les parties en cas de perte des pellicules, offrait au client la possibilité de signaler au moment de leur envoi, moyennant une somme supplémentaire la valeur exceptionnelle qu'il leur attachait et d'obtenir alors une indemnisation non forfaitaire* ». Cette solution n'est aujourd'hui plus d'actualité en raison de l'existence de clauses présumées abusives de façon irréfragable²⁷⁸⁷. Le professionnel ne peut donc plus manœuvrer pour écarter le contrôle judiciaire en matière de déséquilibre significatif. L'office du juge français en matière de clauses abusives n'en est que plus étendu.

2784 À condition que la clause ne contredise pas l'obligation essentielle souscrite par le professionnel puisque cela prive de cause l'obligation du consommateur : v. Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ.* IV, 2010, n° 115, *D.*, 2010, p. 1832, X. DELPECH ; *D.*, 2010, p. 1383, D. MAZEAUD ; *D.*, 2010, p. 1697, F. ROME ; *RTD civ.*, 2010, p. 555, B. FAGES ; *D.*, 2011, p. 472, S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2011, p. 35, P. BRUN ; *Comm. com. électr.*, n° 10, 2010, comm. 99, P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G*, n° 28-29, 2010, act. 787, D. HOUTCIEFF ; *Resp. civ. et assur.*, n° 10, 2010, étude 11, L. BLOCH ; *CCC*, n° 10, 2010, comm. 220, L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 51 – 52, 2010, 2134, P. MOUSSERON ; *JCP G*, n° 41, 2010, doct. 1015, P. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH ; *JCP E*, n° 37, 2010, 1790, P. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.*, n° 245, 2010, p. 11, M.-E. MATHIEU et P. GLASER ; *RJ com.*, 2010, p. 430, H. ALTERMAN ; *LPA*, n° 204, 2010, p. 8, M. BURGARD ; *RDC*, n° 4, 2010, p. 1353, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 4, 2010, p. 1220, Y.-M. LAITHIER ; *LPA*, n° 182, 2010, p. 6, R. SIRI ; *LEDC*, n° 8, 2010, p. 1, O. DESHAYES ; *LPA*, n° 162, 2010, p. 7, N. DUPONT-LE BAIL ; *Gaz. Pal.*, n° 210, 2010, p. 25, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 245, 2010, p. 11, M.-E. MATHIEU et P. GLASER ; *Gaz. Pal.*, n° 343, 2010, p. 16, M. MEKKI ; *Dr. et patr.*, n° 200, 2011, p. 69, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK ; *RLDI*, n° 63, 2010, n° 2076, A. LEFÈVRE et F.-P. LANI ; *RLDC*, n° 75, 2010, n° 3956, A. PAULIN ; *RLDC*, n° 77, 2010, n° 4030, M. LAMOUREUX ; *RLDC*, n° 76, 2011, n° 3994, S. PIMONT.

2785 Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1990, n° 87-18584, *Bull. civ.* I, 1990, n° 201 ; *D.*, 1991, p. 460 ; *JCP G*, 1991. II. 21674, note G. PAISANT ; *D.*, 1991, p. 449, note J. GHESTIN. V. la critique préalable de cette solution : J. HUET, *RTD civ.*, 1987, p. 559.

2786 « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

2787 Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Bull. civ.* I, 2019, p. 164, *JCP G*, n° 6, 2020, p. 162 note C. DUBOIS et M. LEVENEUR-AZÉMAR ; *JCP G*, n° 52, 2019, p. 1373, note M. LEVENEUR-AZÉMAR ; *CCC*, n° 3, 2020, comm. 36, L. LEVENEUR ; *CCC*, n° 3, 2020, comm. 52, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *D.*, 2020, p. 1058, I. KLODA ; *D.*, 2020, p. 353, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2020, p. 109, H. BARBIER ; *Gaz. Pal.*, n° 13, 2020, p. 44, S. PIÉDELIEVRE ; *Gaz. Pal.*, n° 3, 2020, p. 30, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 1, 2020, p. 3, G. CATTALANO ; *BTL*, n° 3765, 2019, p. 732, N. R. ; *RLDC*, n° 181, 2020, n° 6782, N. BALAT. En l'espèce, un contrat de démanègement contenait une clause de limitation d'indemnité arrêlée à la valeur déclarée par le client, pour les meubles non spécifiquement listés. Le consommateur avait ainsi fixé le montant de l'indemnisation éventuelle pour les meubles non listés à la somme de cent cinquante-deux euros chacun. Le tribunal d'instance avait estimé que la clause n'était pas abusive car elle provenait d'un accord de volontés entre les parties. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'art. R. 212-1, 6°, du C. conso qu'elle applique strictement et qui prohibe les clauses ayant « *pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel* ».

La législation consumériste visant à sanctionner les clauses abusives est commune au droit français et au droit anglais mais elle ne reçoit pas le même traitement de la part des juges. Si la sanction du réputée non écrit est régulièrement mise en œuvre par les juges français, les juges anglais sont bien plus réticents à déclarer abusive les clauses y compris dans les contrats de consommation. Le contentieux des clauses abusives est révélateur d'une profonde divergence entre les juges anglais et les juges français : la méfiance des juges anglais envers toute forme d'immixtion judiciaire dans le contrat contraste avec la volonté assumée des juges français de protéger le consommateur.

Conclusion du Chapitre 1

639. L'important pouvoir du juge français d'anéantissement du contrat déséquilibré *ab initio*. Le juge français ainsi que le juge anglais contrôlent l'existence de la contrepartie dans le contrat dans un souci d'équilibre contractuel minimal. Néanmoins, la notion de cause en France, remplacée aujourd'hui par celle de contenu du contrat, a permis au juge d'imposer un seuil plus exigeant d'équilibre contractuel tandis que la *consideration* en droit anglais permet seulement au juge de vérifier la simple existence de prestations réciproques. En outre, les mécanismes juridiques permettant spécifiquement au juge d'évaluer l'équivalence des prestations sont exclusivement français. Qu'il s'agisse de la lésion, de l'abus dans la fixation du prix et de l'engagement disproportionné de la caution, ces notions n'ont pas d'équivalents fonctionnels en droit anglais. Le juge anglais n'est pas amené à contrôler l'équivalence des prestations dans un souci de justice contractuelle, tandis que le juge français peut être facilement sollicité pour vérifier l'équilibre entre les prestations réciproques et éventuellement annuler le contrat dans son entièreté.

640. L'important pouvoir du juge français de réécriture du contrat déséquilibré *ab initio*. La découverte d'obligations contractuelles implicites s'analyse en une réécriture judiciaire du contrat motivée par un souci de justice contractuelle. Le juge français a fondé principalement ces obligations implicites sur la bonne foi. Bien qu'il n'existe pas à proprement parler de principe de bonne foi en droit des contrats anglais, le juge anglais a pu également dégager des *implied terms* fondés sur des considérations d'équité et de justice contractuelle qui permettent de rapprocher les deux notions. Néanmoins, l'intervention du juge anglais est fortement tempérée par une conception restrictive de l'équité et les *implied terms* sont moins nombreux que les obligations implicites dégagées par le juge français.

Le juge dispose ainsi également d'une marge de manœuvre conséquente s'agissant du degré de révision qu'il opère en matière de fixation du prix²⁷⁸⁸. Son pouvoir est d'autant plus grand, et sa tâche difficile, qu'il n'y a, notamment en France, pas de guides ou de grilles indicatives destinés à l'aider dans sa tâche. À l'inverse, l'existence en Angleterre de grilles tarifaires relatives aux honoraires des avocats réduit la liberté du juge mais facilite son œuvre quant à l'évaluation de la valeur de la prestation.

²⁷⁸⁸ Les clauses abusives ne font pas l'objet d'une révision à proprement parler puisqu'elles sont simplement réputées non-écrites. En revanche, il s'agit, du point de vue du contrat dans son ensemble, d'une réécriture, v. *supra* n° 635.

En outre, le contentieux de la révision de la clause pénale montre les importantes prérogatives conférées au juge français qui s'est vu conférer un pouvoir souverain d'appréciation du caractère manifestement excessif de la clause pénale en vue de prononcer sa réduction ou, plus rare, son augmentation. L'étendue de l'office du juge français est accentuée par l'impossibilité, dans les contentieux relatifs à la réduction du prix, aux clauses pénales et aux clauses abusives pour les parties d'exclure le pouvoir d'appréciation du juge. En revanche, le juge anglais ne connaît pas la révision du contrat et ne peut qu'annuler la clause. Cela constitue à première vue une solution plus radicale mais peut être également vue comme une moindre intervention dans la mesure où la disposition contractuelle ne survit pas sous une forme réécrite par le juge. En outre, l'anéantissement de la clause pénale par le juge anglais est extrêmement rare et la tendance jurisprudentielle montre un recul très important de l'intervention du juge anglais en la matière.

Enfin, en matière de clauses abusives, le juge français intervient plus souvent que le juge anglais. Dans un premier temps, les juges français appliquent rigoureusement la législation consumériste relative aux clauses abusives, tandis que les juges anglais ont réduit le champ d'application de la législation relative aux clauses abusives par des décisions successives. Dans un second temps, le droit commun des contrats permet également aux contractants professionnels de solliciter le juge pour lui demander de réputer non-écrite une éventuelle clause abusive. Une telle possibilité n'est pas offerte par le droit anglais qui, se préoccupant de l'efficacité des contrats plus que de la justice contractuelle, se montre assez inflexible avec le contractant professionnel.

641. La récurrence de standards juridiques. L'étendue importante de l'office du juge en matière de réécriture du contrat. Cela s'explique principalement par l'emploi, dans les législations relatives à la révision du prix, la révision des clauses pénales, la sanction des clauses abusives et la révision pour imprévision, de termes et expressions dont la définition revient au juge. Il s'agit du caractère « excessif » du prix ou du montant de la clause pénale, du « déséquilibre significatif », ou du caractère « déraisonnable »²⁷⁸⁹ en matière de clauses abusives. Ces notions nécessitent une analyse très concrète des faits de l'espèce par le juge qui est amené à examiner une multitude d'éléments afin de conclure à la présence ou à l'absence du critère d'application de son pouvoir de réécriture du contrat. Il en va de même pour les notions de bonne foi et d'équité susceptibles de justifier la découverte d'obligations implicites :

²⁷⁸⁹ Utilisé en matière d'honoraires d'avocat en Angleterre.

elles sont porteuses de justice contractuelle et justifie l'approche casuistique développée par le juge français. En conséquence, ce dernier est souverain dans la détermination à la fois du principe de la réécriture et de la substance de la réécrite. Le juge français détermine d'une part s'il faut réécrire et d'autre part, ce qu'il faut réécrire.

642. Le contrôle constant de la motivation par la Cour de cassation. Si le juge du fond français dispose d'un pouvoir considérable d'appréciation à la fois du principe de la réécriture et du degré de la révision, il est tenu de motiver sa décision sous peine de la voir censurer par la Haute juridiction. Or la tâche de la motivation n'est pas évidente lorsque le juge ne dispose pas de guides indicatifs lui permettant de s'orienter notamment lorsqu'il s'agit de réduire le montant du prix ou d'une clause pénale. L'absence d'une grille indicative en matière d'honoraires d'avocat est un exemple notable de carence du droit français ou des instances compétentes qui entrave l'harmonisation des décisions sur le territoire, complique la tâche de raisonnement et de motivation du juge du fond et multiplie potentiellement les pourvois soumis à la Cour de cassation.

Chapitre 2 – L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat devenu déséquilibré

643. Les deux formes de contrôle du contenu du contrat devenu déséquilibré. De la même façon que pour les contrats dont le déséquilibre est présent dès sa conclusion, le juge dispose deux outils principaux pour contrôler le contrat devenu déséquilibré lors de son exécution à la suite d'un changement de circonstances. Le juge a d'abord le pouvoir d'anéantir le contrat pour le futur lorsqu'il est devenu déséquilibré au cours de son exécution (**Section 1**). Le juge peut également rectifier les déséquilibres contractuels nés au cours de l'exécution par la réécriture du contrat (**Section 2**).

Section 1 – L'anéantissement du contrat devenu déséquilibré

644. Deux facteurs de déséquilibre du contrat. Le contrat est susceptible d'être anéanti par le juge lorsqu'il a été déséquilibré par des circonstances extérieures (§ 1) ou lorsqu'il a été déséquilibré par l'inexécution contractuelle (§ 2).

§ 1 - L'anéantissement du contrat déséquilibré par des circonstances extérieures

645. Le changement de circonstances. Le changement de circonstances au cours de l'exécution du contrat peut donner lieu à une révision judiciaire mais également à l'anéantissement du contrat. En France, il arrive que les juges reconnaissent l'existence d'une force majeure. Elle constitue cependant un mécanisme d'intervention judiciaire rarement mis en œuvre dans le contrat (**A**). Les juges anglais, encore plus prudents, utilisent avec une très grande réserve la notion de *frustration* (**B**).

A) L'intervention peu fréquente du juge français : la force majeure

646. La possible exclusion du juge. Il revient en principe au juge de mettre en œuvre la définition légale de la notion et de prononcer ou non la résolution du contrat (**1**). Néanmoins, les parties peuvent convenir de leur propre définition de la force majeure susceptible de mettre fin à leur contrat (**2**).

1) La force majeure mise en œuvre par le juge

647. Le critère de l'exécution impossible. En droit français des contrats, le nouvel article 1218 du Code civil²⁷⁹⁰ définit la force majeure en matière contractuelle comme « *un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Il ajoute que « [si] l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 »²⁷⁹¹. La force majeure a donc pour effet de suspendre l'exécution du contrat, voire d'y mettre fin pour l'avenir lorsque l'exécution n'est plus possible. Elle correspond à un événement imprévisible²⁷⁹² et irrésistible²⁷⁹³. L'irrésistibilité est classiquement définie comme

²⁷⁹⁰ Il correspond à l'ancien art. 1148 qui disposait : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

²⁷⁹¹ L'art. 1351 du C. civil dispose que « [l']impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ».

²⁷⁹² Le critère de l'imprévisibilité de l'évènement a fait l'objet de nombreuses études et de vives critiques, v. Philippe JOURDAIN, « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *RTD civ.* 1994, p. 871 ; Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, coll. BDP, 1992, n° 76. Pour une étude : Julia HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, PUAM, coll. IDA, 2015. La Cour de cassation avait réaffirmé sa nécessité, cf. Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *D.*, 2006, p. 1577, P. JOURDAIN ; *D.*, 2006, p. 1566, D. NOGUÉRO ; *D.*, 2006, p. 1926, obs. P. BRUN ; *RTD civ.*, 2006, p. 775, P. JOURDAIN ; *RTD com.*, 2006, p. 904, B. BOULOC ; *D.*, 2006, p. 2638, S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*, n° 23, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; *JCP S*, n° 25, 2006, 1491, L. DRAI ; *CCC*, n° 8 – 9, 2006, comm. 152, L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.*, n° 6, 2006, étude 8, L. BLOCH ; *JCP G*, n° 17, 2006, act. 194 ; *JCP E*, 2006, n° 17, act. 207 ; *RLDC*, vol. 29, 2006, n° 2129, M. MEKKI ; *RLDC*, vol. 29, 2006, n° 2163, A. VAISSIÈRE ; *Dr. et patr.*, n° 152, 2006, P. STOFFEL-MUNCK ; *LPA*, n° 134, 2006, p. 14, note Y. LE MAGUERESSE ; *Cah. soc.*, n° 182, 2006, p. 319, F.-J. PANSIER ; *Gaz. Pal.*, n° 192, 2006, p. 7, R. DE GOUTTES ; *Deffrénois*, n° 15, 2006, p. 1212, obs. É. SAVAUX ; *RDC*, 2006, 1083, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC*, n° 4, 2006, p. 1207, obs. G. VINEY. Le critère est exigé y compris en matière délictuelle, cf. Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 04-18902, *Bull. A. P.*, 2006, n° 6, p. 12. La rédaction du nouvel art. 1218 du C. civil y fait expressément référence et confirme la survie de la conception classique de la force majeure.

²⁷⁹³ La force majeure était initialement conçue comme un événement extérieur au débiteur mais ce critère semble avoir été abandonné notam. s'agissant de la maladie du débiteur, cf. Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1998, n° 96-13316, *Bull. civ.*, I, 1998, n° 53, *D.*, 1998, p. 539, D. MAZEAUD ; *JCP G*, 1998, I, 185, n° 16, obs. G. VINEY ; *CCC*, 1998, n° 70, L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 1998, p. 689, P. JOURDAIN. Il s'agissait d'un contrat de formation à temps plein conclu entre une élève et un établissement scolaire privé. L'élève ayant été malade, elle n'avait pas suivi les cours dispensés et n'avait pas payé les frais de scolarité ; la Haute juridiction approuva la cour d'appel de Paris d'avoir retenu que la maladie constituait un cas de force majeure la dispensant d'exécuter son obligation. Cet abandon est heureux dans la mesure où l'extériorité n'était qu'un indice du caractère imprévisible de l'évènement, v. Paul-Henri ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, n° 7, 1996, I, doct. 3907. Néanmoins, il semblerait que la mention d'un « événement échappant au contrôle du débiteur » constitue un éventuel retour du critère de l'extériorité, cf. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 752, p. 847 ; Louis THIBIERGE, « Force majeure and its effects », *IBLJ*, n° 6, 2017, p. 606.

comportant deux dimensions : l'évènement est inévitable et insurmontable. Il convient de noter cependant que, dans les décisions étudiées, les juges ne font pas mention de ces notions.

648. L'appréciation des critères de la force majeure. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²⁷⁹⁴, les juges eurent à connaître d'un contrat portant sur la construction d'une centrale de production d'énergie électrique. Une série de trois grèves ayant perturbé l'avancée des travaux, le constructeur ne put tenir les délais contractuellement prévus et se vit réclamer des pénalités dues en cas de retard dans l'exécution du contrat. Il agit en vue de voir les pénalités jugées non dues dans la mesure où la suspension de l'exécution était justifiée par un évènement de force majeure. Le constructeur soutenait que la clause définissant la force majeure assimilait les exemples cités à des cas de force majeure sans qu'il soit nécessaire que le juge contrôle la réunion des caractéristiques de la force majeure. Or les juges retiennent que la rédaction de la clause ne permet pas de considérer que tout pouvoir d'appréciation est expressément retiré au juge²⁷⁹⁵. En outre, la seule référence générale aux événements énumérés, dont notamment les « grèves » sans précision quant à leurs circonstances et à leurs liens avec l'activité de la centrale électrique, fut jugée insuffisante à emporter assimilation expresse de ces événements à des cas de force majeure, d'autant que le troisième alinéa de la clause renvoyait non aux événements énumérés au premier alinéa, mais à la seule notion de force majeure. Par conséquent, le débiteur qui entendait s'exonérer de ses obligations contractuelles était tenu d'établir que les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure étaient réunis.

La cour contrôla ensuite la réunion des critères de la force majeure. Seules deux mouvements de grèves avaient justifié les pénalités contractuelles. Les juges estimèrent que les premier et troisième mouvements de grèves ne présentaient pas les caractères de la force majeure au moment de la conclusion du contrat²⁷⁹⁶. La première grève intervenue au milieu de l'année n'était pas imprévisible car les difficultés ayant conduit à la grève étaient connues du constructeur depuis un certain temps. Elle n'était pas non plus irrésistible, car la situation financière du constructeur lui permettait de sortir du conflit social en faisant droit aux

²⁷⁹⁴ CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 mars 2017, n° 15/14305.

²⁷⁹⁵ La question se pose de déterminer si une telle chose est possible, v. *infra* n°s 653s.

²⁷⁹⁶ Le juge se place au moment de la conclusion du contrat pour apprécier si l'évènement constitue une force majeure, cf. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ.* I, 2008, n° 243, *RTD civ.*, 2009, p. 126, P. JOURDAIN ; *D.*, 2010, p. 49, P. BRUN et O. GOUT ; *D. actu.*, 7 nov. 2008, I. GALLMEISTER ; *D.*, 2008, p. 2935, I. GALLMEISTER ; *JCP E*, n° 8-9, 2009, 1200, L. LEVENEUR ; *JCP G*, n° 10-11, 2009, I. 123, P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G*, n° 4, 2009, II. 10198, P. GROSSER ; *LPA*, n° 128, 2009, p. 19, Y. DRAGORNE-LABBE ; *RLDC*, n° 56, 2009, n° 3250, V. MAUGERI ; *CCC*, n° 1, 2009, comm. 3, L. LEVENEUR ; *Defrénois*, n° 22, 2008, p. 2509, É. SAVAUX ; *Defrénois*, n° 8, 2009, p. 824, Y. DRAGORNE-LABBE ; *Resp. civ. assur.*, n° 12, 2008, comm. 351, L. BLOCH ; *RDC*, n° 1, 2009, p. 62, T. GENICON ; *LEDC*, n° 6, 2007, p. 8, O. DESHAYES ; *RLDC*, n° 60, 2009, n° 2415, J. JULIEN.

revendications présentées. La troisième grève avait été limitée à une seule usine et n'était donc pas irrésistible. En outre, elle avait été motivée par des revendications découlant du deuxième mouvement de grève de telle sorte qu'elle n'était pas imprévisible.

Les juges mettent en œuvre la même définition de la force majeure en matière consumériste qu'en matière civile. L'article L. 221-15 du Code de la consommation prévoit que le cas de force majeure permet au professionnel de s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité contractuelle. Il faut pour cela que l'évènement soit irrésistible et imprévisible. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers²⁷⁹⁷, un contrat d'architecte avait été conclu portant sur une maison. Il stipulait que le dossier de permis de construire devrait être déposé auprès des services compétents au plus tard à une date spécifiée. L'architecte n'ayant pas déposé le dossier dans les temps convenus, le client refusa de régler la facture d'honoraires présentée et résilia le contrat. Le tribunal de première instance se prononça en premier et dernier ressort et condamna le client à régler les honoraires. La Cour de cassation cassa l'arrêt en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas vérifié si le dépôt de permis de construire ne constituait pas une condition essentielle du contrat, dont le manquement était suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat. La cour d'appel de Poitiers eut donc à statuer sur ce point. Or l'architecte avançait que le délai de dépôt du permis était impossible à tenir en raison du mauvais état de la charpente. La cour d'appel reprit les arguments des premiers juges qui avaient reconnu que la complexité des travaux de restauration de la charpente ne constituait pas un évènement de force majeure dans la mesure où la note d'honoraires de l'architecte établissait qu'elle avait commencé par visiter les lieux et par procéder à un relevé d'ouvrage. Il s'agit d'une technique employée par les architectes qui consiste à prendre diverses mesures à constater l'état du bien pour évaluer la faisabilité du projet commandé par le client. En l'espèce, l'architecte ayant procédé à ce relevé, elle ne pouvait prétendre que l'ampleur des travaux à réaliser était notamment imprévisible et susceptible de constituer un cas de force majeure.

649. Une conception restreinte de la force majeure. Les juges semblent retenir une conception plutôt restreinte de la force majeure. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²⁷⁹⁸, les juges eurent à connaître d'un contrat de services de logistiques transport entre la société Thalès et un transporteur, qui confia le transport à une autre société, devenue commissionnaire du transport. Cette dernière société fit exécuter la prestation par une société

²⁷⁹⁷ CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 8 juin 2021, n° 19/02524.

²⁷⁹⁸ CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 27 mars 2017, n° 15/06497.

spécialisée dans le transport en zone dangereuse, les équipements transportés devant être installés en Afghanistan. Le convoi de transport fut attaqué par des talibans et les équipements furent perdus. Le commissionnaire du transport tenta de faire valoir l'existence d'une force majeure susceptible de l'exonérer de ses obligations. Les juges conclurent à l'absence d'un événement constitutif d'une force majeure. Ils précisèrent que si l'attaque des talibans pouvait être considérée en l'espèce comme un événement extérieur et irrésistible, « *cette attaque dans un pays en guerre ne [pouvait] pas [...] être considéré comme un événement imprévisible puisqu'il était envisageable par les parties dès la conclusion du contrat* ». Les juges se référèrent notamment au rapport d'évaluation des dangers rédigé par la Force Internationale d'Assistance et de Sécurité²⁷⁹⁹ qui mentionnait que la route choisie par le transporteur constituait un itinéraire dangereux en raison de la présence avérée des talibans. Ils ajoutèrent que c'était précisément le risque d'attaque qui a motivé la conclusion d'un contrat de transport avec une société spécialisée dans le transport à risque. Le commissionnaire de transports avait donc manqué à son obligation de livrer les marchandises et avait engagé sa responsabilité contractuelle²⁸⁰⁰.

En outre, la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu en 2020²⁸⁰¹, eu l'occasion de préciser le champ d'application de l'article 1218 du Code civil et d'en exclure les situations où le créancier ne peut, par effet d'un cas de force majeure, profiter de la prestation qui lui est due. En l'espèce, un couple avait loué une résidence de vacances. L'époux fut victime d'un problème de santé imprévisible et irrésistible qui obligea les époux à se déplacer jusqu'à un hôpital et à écourter leur séjour. Le tribunal d'instance de Manosque avait prononcé la résiliation du contrat d'hébergement à partir du jour où était survenue la maladie. La Cour de cassation cassa l'arrêt, au visa de l'article 1218 du Code civil, précisant qu'il résulte de ce texte « *que le créancier qui*

²⁷⁹⁹ *International Security Assistance Force* créée par l'art. 1 de la résolution 1386 du Conseil de sécurité des Nations Unies : CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, *The situation in Afghanistan*, 20 déc. 2001, United Nations Security Council, S/RES/1386 (2001).

²⁸⁰⁰ V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 28 juin 2019, n° 17/20180 pour un contrat portant sur la réception des produits, leur stockage, la préparation de commandes et leur expédition. En l'espèce, le vol avec violence fut jugé ne pas être un cas de force majeure parce qu'il n'était pas imprévisible dans la mesure où un système de surveillance avait mis en place dans l'entrepôt au moment de la conclusion du contrat ce qui révélait le caractère prévisible du vol.

²⁸⁰¹ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ.* I, 2020, p. 464, *D.*, 2021, p. 483, X. SERRIER ; *D.*, 2021, p. 310, M. MEKKI ; *D.*, 2021, p. 114, S. TISSEYRE ; *D.*, 2021, p. 89, C. GRIMALDI ; *RTD civ.*, 2021, p. 126, H. BARBIER ; *AJDI*, 2021, p. 118, D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.*, 2021, p. 152, P. JOURDAIN ; *LEDA*, n° 1, 201, p. 3, T. DOUVILLE ; *LEDC*, n° 1, 2021, p. 5, M. LATINA ; *LEDIU*, n° 2, 2021, p. 3, L. TRANCHANT ; *RDC*, n° 1, 2021, p. 17, M. LATINA ; *Gaz. Pal.*, n° 14, 2021, p. 31, D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, n° 51, 2020, 1568 ; *JCP G*, n° 51, 2020, act. 1409, M. MEKKI ; *Comm. com. électr.*, n° 1, 2021, comm. 4, G. LOISEAU ; *JCP E*, n° 10, 2021, 1131, C. LACHIÈZE ; *CCC*, n° 1, 2021, comm. 1, L. LEVENEUR ; *RLDC*, n° 188, 2021, n° 6863, S. DE ROUMEFORT.

n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure », confirmant la conception restreinte de la force majeure²⁸⁰².

650. L'inefficacité de la force majeure en cas de l'obligation de paiement d'une somme d'argent. Quoique la notion de force majeure appartienne au droit commun des contrats et soit à ce titre susceptible d'intervenir dans tous les types de contrats, son champ d'application ne s'étend pas à l'obligation de paiement d'une somme d'argent. La Cour de cassation a posé ce principe dans un arrêt rendu en 2014²⁸⁰³ à propos d'un contrat de cautionnement solidaire conclu entre une banque et un particulier, au profit d'une société. La société, débiteur principal, ayant été mise en liquidation, la banque réclama le paiement de la dette à la caution. Atteinte de graves maladies l'ayant contrainte de cesser toute activité professionnelle, la caution tenta de faire valoir l'existence d'un cas de force majeure de nature à l'exonérer de son obligation contractuelle de paiement de la dette. La cour d'appel de Nîmes ne fit pas droit à sa demande. La Cour de cassation rejeta le pouvoir formé par la caution, précisant que « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* ». Cette jurisprudence a été très récemment confirmée dans plusieurs arrêts de 2022, relatifs à l'obligation pour le preneur commercial de payer le loyer dans le cas d'une fermeture administrative des commerces dits non-essentiels en raison de la crise sanitaire²⁸⁰⁴.

²⁸⁰² V. aussi : Civ. 1^{ère}, 8 mars 2023, n° 21-24783.

²⁸⁰³ Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ.* IV, 2014, n° 118 ; *Act. proc. coll.*, n° 16, 2014, alerte 289, L. FIN-LANGER ; *D.*, 2014, p. 2217, J. FRANÇOIS ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 23, note C. JUILLET ; *RTD civ.*, 2014, p. 890, H. BARBIER ; *D. actu.*, 2 oct. 2014, X. DELPECH ; *JCP G*, n° 46, 2014, n° 1577, V. MAZEAUD ; *JCP N*, n° 14, 2015, 1112, R. BOFFA ; *RDC*, n° 1, 2015, p. 21, Y.-M. LAITHIER ; *BJS*, n° 11, 2014, p. 413 ; *Gaz. Pal.*, n° 275, 2014, p. 18, C. BERLAUD ; *RDC*, n° 1, 2015, p. 27, O. DESHAYES ; *RLDC*, n° 120, 2014, n° 118, n° 5801, J.-J. A ; *Dr. et patr.*, n° 245, 2015, p. 86, J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *Dr. et patr.*, n° 251, 2015, p. 83, A. AYNÈS et P. DUPICHOT ; *RLDC*, n° 120, 2014, n° 5601, C. L. G. ; *JCP G*, n° 44, 2014, act. 1117, V. MAZEAUD ; *JCP N*, n° 44, 2014, act. 1133 ; *JCP E*, n° 42, 2014, 1524.

²⁸⁰⁴ Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ.* III, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ.* III, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *JT*, n° 255, 2022, p.11 X. DELPECH ; *EJT*, 2023, p. 19, É. MORGANTINI ; *AJDI*, 2022, p. 874, J.-P. BLATTER ; *AJDI*, 2022, p. 605, J.-P. BLATTER ; *D.*, 2022, p. 1398, S. TISSEYRE ; *RTD com.*, 2022, p. 435, F. KENDÉRIAN ; *RTD civ.*, 2022, p. 887, H. BARBIER ; *D.*, 2022, p. 1445, D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.*, 2022, p. 912, P.-Y. GAUTIER ; *JCP G*, n° 35, 2022, doct. 975, J. MONÉGER ; *Resp. civ. et assur.*, n° 9, 2022, alerte 23, C. COULON ; *JCP G*, n° 27, 2022, act. 839, A. COLIN ; *CCC*, n° 8-9, 2022, comm. 129, L. LEVENEUR ; *Defrénois*, n° 28, 2022, p. 5 ; *Flash Defrénois*, n° 28, 2022, p. 1 ; *Gaz. Pal.*, n° 24, 2022, p. 23, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 8, 2022, p. 1, G. CATTALANO ; *Gaz. Pal.*, n° 28, 2022, p. 5, D. HOUTCIEFF ; *LEDIU*, n° 8, 2022, p. 1, A. CERDA ; *LEDICO*, n° 9, 2022, p. 3, C.-E. BUCHER ; *Defrénois*, n° 42, 2022, p. 35, L. RUET ; *Gaz. Pal.*, n° 37, 2022, p. 43, J.-D. BARBIER ; *JCP N*, n° 28, 2022, act. 742, A. THOBIE et Y. HEYRAUD ; *JCP E*, n° 19, 1151, F. KENDÉRIAN ; *Gaz. Pal.*, n° 28, 2022, p. 4, D. HOUTCIEFF ; *LEDC*, n° 8, 2022, p. 2, G. CATTALANO.

651. L'effet de la force majeure. La conception restreinte de la force majeure retenue par les juges peut s'expliquer par la gravité de ses effets²⁸⁰⁵ : l'anéantissement du contrat sans indemnisation pour le créancier de la prestation qui ne sera pas exécutée. La question se pose aussi de savoir si le créancier reste tenu de l'exécution de ses obligations dans le cas d'un contrat synallagmatique²⁸⁰⁶. En principe, il devrait être libéré également puisque c'est le contrat dans son ensemble qui est résolu.

En outre, le texte législatif ne précise pas si l'anéantissement est rétroactif ou seulement pour l'avenir. S'il est rétroactif, les effets sont d'autant plus sévères car il conviendra pour les parties de restituer les biens obtenus et les sommes payées. Les effets sont durs à supporter pour les contractants notamment dans le cas d'un contrat à exécution successive²⁸⁰⁷. En revanche, l'anéantissement pour l'avenir à partir du jour où l'exécution est devenue impossible semble une sanction moins sévère. L'article 1229 relatif à la résolution du contrat peut apporter une clé de compréhension. Le deuxième alinéa dispose que « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice* ». Dans l'hypothèse de la résolution en raison d'un cas de force majeure, le juge est donc libre de fixer la date à partir de laquelle le contrat perd ses effets.

Enfin, le troisième alinéa de l'article 1229 du Code civil ajoute : « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* ». La précision est bienvenue car pour les contrats à exécution successive, la restitution pose un problème parfois insurmontable. Pour prendre un exemple manifeste, une société qui se fournirait chez un fabricant de circuits électroniques moyennant le paiement d'une certaine somme afin d'intégrer ces circuits à une machine plus complexe qu'elle fabriquerait se trouverait dans l'impossibilité de restituer la marchandise. Par application de ce texte, l'acheteur aurait trouvé

²⁸⁰⁵ Louis THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2011, n° 427, p. 287 : « *l'effet de la force majeure est drastique* ».

²⁸⁰⁶ Le cas du contrat unilatéral ne pose pas cette difficulté car il n'y a qu'un débiteur susceptible de se trouver dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation, v. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 760, p. 853.

²⁸⁰⁷ Louis THIBIERGE, « Force majeure and its effects », *IBLJ*, n° 6, 2017, p. 614.

satisfaction grâce aux livraisons successives. Si un évènement de force majeure intervient qui empêche l'une des livraisons, toutes les marchandises livrées auparavant ne feront pas l'objet de restitutions.

652. L'admission d'un effet provisoire de la force majeure. Il faut nuancer l'effet rigoureux de la force majeure dans la mesure où le second alinéa de l'article 1218 du Code civil prévoit la suspension de l'exécution de l'obligation lorsque l'impossibilité d'exécuter est temporaire. Cela signifie que si, par exemple, une résidence faisant l'objet d'une location était partiellement détruite par un évènement constituant une force majeure, l'exécution des obligations contractuelles serait seulement suspendue le temps des réparations ; en revanche, si la résidence était entièrement détruite, il serait simplement mis fin au contrat²⁸⁰⁸. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2006²⁸⁰⁹, les juges eurent à connaître de la destruction de la toiture d'une maison par une tempête. Un contrat de bail commercial avait été conclu entre la propriétaire des lieux et le preneur. La bailleuse n'ayant pas effectué les travaux de réparation, le preneur s'en chargea et réclama le paiement des sommes engagées. La bailleuse tenta de faire valoir l'exonération définitive fondée sur la force majeure. La cour d'appel retint la responsabilité de la bailleuse en considérant que la force majeure invoquée « *ne l'exonérait que le temps strictement requis pour effacer les effets de l'évènement* ». La bailleuse forma un pourvoi en cassation fondé notamment sur la violation de l'ancien article 1148 du Code civil résidant dans l'ajout d'une condition supplémentaire au texte légal. La Cour de cassation réfuta cet argument en confirmant une simple exonération temporaire²⁸¹⁰, précisant que la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé. En l'espèce, la bailleuse était à nouveau en mesure d'exécuter son obligation de délivrance d'un lieu normalement couvert une fois la tempête terminée, l'exécution de son obligation prenant ici la forme d'une indemnisation du preneur ayant pris l'initiative de faire réparer la toiture. Il faut donc relativiser l'effet strict de la force majeure en droit français telle qu'elle est mise en œuvre par les juges. Certains contractants

²⁸⁰⁸ Louis THIBIERGE, « Force majeure and its effects », *IBLJ*, n° 6, 2017, p. 614.

²⁸⁰⁹ Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ.* III, 2006, n° 46, p. 37, *D.*, 2007, p. 1827, L. ROZÈS ; *AJDI*, 2006, p. 640, M.-P. DUMONT ; *D.*, 2006, p. 2972, S. BEAUGENDRE ; *RTD civ.*, 2006, p. 764, J. MESTRE et B. FAGES ; *Gaz. Pal.*, n° 115, 2006, p. 20 ; *RDC*, n° 3, 2006, p. 763, J.-B. SEUBE ; *RDC*, n° 3, 2006, p. 829, S. CARVAL ; *RDC*, n° 4, 2006, p. 1087, Y.-M. LAITHIER ; *JCP E*, n° 17, 2006, 1657 ; *Loyers et Copr.*, n° 5, 2006, comm. 107, P.-H. BRAULT ; *JCP G*, n° 11, 2006, IV. 1607 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 4, 2006, comm. 124, H. GROUDEL ; *Defrénois*, n° 18, 2006, p. 1418, L. RUET.

²⁸¹⁰ V. aussi : Civ. 1^{ère}, 24 fév. 1981, n° 79-12710, *Bull. civ.* I, 1981, n° 65, *D.*, 1982, 479, D. MARTIN : le divorce des époux n'avait fait que suspendre, jusqu'au décès de l'un d'eux, l'obligation de logement contractée auprès d'autres époux.

préfèrent néanmoins éviter toute intervention judiciaire et choisissent de définir contractuellement l'évènement constituant une force majeure.

2) La force majeure définie par les parties

653. Les clauses de force majeure. Il est possible pour les parties de limiter le pouvoir du juge en matière d'appréciation de l'existence d'un cas de force majeure. Les clauses de force majeure diffèrent des clauses de *hardship*²⁸¹¹ en ce qu'elles ont pour effet de mettre fin au contrat. Cela suppose que l'exécution du contrat est jugée « impossible » dans les nouvelles circonstances qui ont été anticipées par les parties. La clause de force majeure fixe les contours de ce que les parties entendent par l'expression « force majeure » susceptible de mettre fin au contrat. Par conséquent, elle s'apparente à une clause de définition qui permet aux parties d'exclure le pouvoir judiciaire d'interprétation de la convention²⁸¹². Outre la clause définissant les cas contractuels de force majeure, il conviendrait d'inclure une clause des quatre coins afin que le juge ne puisse pas trouver des évènements constituant des cas de force majeure hors de ceux listés par le contrat.

En outre, il est également possible d'aménager les effets de la suspension, en prévoyant par exemple que le débiteur dispose, pour exécuter les obligations affectées par la force majeure, d'un délai supplémentaire égal au retard engendré par l'évènement de force majeure. Il s'agit donc de prolonger la durée du contrat. Il est également envisageable d'exonérer définitivement le débiteur de l'obligation affectée par la force majeure sans prolonger la durée du contrat²⁸¹³.

654. La mise en œuvre de la clause de force majeure. La mise en œuvre de la clause de force majeure en tant que clause de définition sera contrôlée par le juge. Cela signifie que quels que soient les contours donnés à la force majeure, il reviendra *in fine* au juge de déterminer la réunion des critères contractuels constitutifs de la force majeure. En outre, aucun exemple original de définition n'a été trouvé dans les décisions de cours d'appel. Les parties se réfèrent en réalité à une définition très proche de la définition légale de la force majeure²⁸¹⁴. Ce fut le cas dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²⁸¹⁵ qui eut à connaître d'un cadre portant

²⁸¹¹ V. *infra* n° 702.

²⁸¹² V. *supra* n° 236.

²⁸¹³ Marcel FONTAINE et Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et commentaire de clauses*, 2^{ème} éd., Paris : FEC et Bruylant, 2003, pp. 458 et 459.

²⁸¹⁴ V. *supra* n° 647.

²⁸¹⁵ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 19 nov. 2020, n° 20/10012.

sur la fourniture d'électricité par l'entreprise EDF. Le contrat comportait une stipulation prévoyant sa suspension ou sa résiliation dans quatre cas dont notamment, la « *survenance d'un événement de force majeure* » défini par une autre stipulation comme « *un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques raisonnables* ». Il revenait donc au juge d'apprécier la réunion de ces nombreux critères. La cour releva notamment que la force majeure ne s'entendait pas en l'espèce « *comme une impossibilité matérielle de recevoir l'électricité mais comme une impossibilité d'exécution de poursuivre le contrat "dans des conditions économiquement raisonnables"* » qu'il convenait de vérifier²⁸¹⁶.

Dans un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Paris²⁸¹⁷, les juges eurent à connaître d'un contrat portant sur la production d'un jeu vidéo. Le contrat stipulait : « *la responsabilité d'une partie ne sera pas engagée d'une quelconque manière et une telle partie ne sera pas considérée comme étant en violation du présent contrat pour tous retards ou inexécution du présent contrat en raison des actes en dehors du contrôle de cette partie (...) (Événement de force majeure). Chaque partie s'engage à mettre en œuvre ses meilleurs efforts commerciaux et raisonnables pour minimiser les effets d'un événement de force majeure sur l'application du présent contrat* ». La clause ajoutait que si l'état de suspension de l'exécution devait durer plus de soixante jours, chaque contractant pourrait mettre fin au contrat. L'état d'urgence sanitaire en raison de l'épidémie de Covid-19 ayant été déclaré, l'un des contractants s'estima libéré du contrat après soixante jours suivants la déclaration de l'état d'urgence. Or la cour constata que ni l'une ni l'autre des parties n'avait cessé d'exécuter ses obligations pendant cette période. Par conséquent, il ne leur était pas possible de se prévaloir de la clause pour s'estimer libéré du contrat. Cela semble logique : la poursuite de l'exécution des obligations contractuelles témoigne précisément du caractère possible de l'exécution et constituait une condition d'application de la seconde partie de la clause portant sur la résiliation du contrat. La non-cessation dans l'exécution empêche, en l'espèce, la clause de trouver effet.

²⁸¹⁶ V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 27 oct. 2017, n° 15/21738 : un contrat de partenariat contenait une clause stipulant que « *Si l'exécution de l'obligation a été rendue impossible par un cas de force majeure, entendu comme tout événement répondant aux critères définis par la jurisprudence de la Cour de Cassation en application de l'article 1148 du Code Civil [...]* Les parties conviennent expressément pour les besoins du contrat de considérer comme force majeure la cessation d'activité de l'une ou l'autre des parties ou le retrait de la licence d'établissement de paiement » de l'une des sociétés. L'un des contractants avait considéré le contrat rompu en raison d'une décision de liquidation amiable concernant l'autre partie et constitutive selon lui d'un événement de force majeure ; l'autre partie avait agi en vue d'obtenir réparation de son préjudice. Les juges estimèrent que la clause définissant la force majeure présentait un caractère équivoque nécessitant une interprétation judiciaire.

²⁸¹⁷ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 29 oct. 2020, n° 20/10716.

L'imprévision telle qu'elle est conçue en droit français des contrats a parfois été rapprochée de la *frustration* connue du droit anglais des contrats. Or il semblerait que la *frustration* soit en réalité plus proche de la force majeure notamment en ce qui concerne le régime de ces mécanismes puisque le contrat est résilié et non pas révisé.

B) La rare intervention du juge anglais : la *frustration*

655. Un mécanisme rarement mis en œuvre. La doctrine de la *frustration* constitue une exception extrêmement restreinte à la règle de l'*absolute contract* imposant que toute promesse contractuelle²⁸¹⁸ soit honorée sans qu'aucun événement postérieur à la conclusion du contrat ne puisse excuser la non-exécution. Le droit anglais, initialement très rigide sur ce point, s'est progressivement assoupli. C'est ainsi que s'est développée le mécanisme de *frustration*, susceptible d'intervenir dans deux hypothèses. La première est celle de la disparition de l'objet du contrat (1), et la seconde est celle du changement de circonstances affectant les obligations réciproques des parties (2).

1) Un remède à la disparition d'un élément essentiel du contrat

656. La disparition d'un élément essentiel. La doctrine de la *frustration* concerne d'abord des hypothèses qui sont celles de la caducité en droit français²⁸¹⁹, notamment dans l'hypothèse de la disparition de la chose sur laquelle porte le contrat. La caducité en droit français des contrats est régie par l'article 1186 du Code civil qui dispose : « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». Il revient ainsi aux juges de rechercher la commune intention des parties pour déterminer si l'élément disparu était essentiel de telle sorte que le contrat est devenu caduc²⁸²⁰. Dans ces cas, la reconnaissance d'une *frustration* ne rencontre pas de résistance judiciaire particulière.

²⁸¹⁸ Le droit anglais raisonne, non pas en termes d'obligations mais en termes de promesses échangées entre les contractants, v. *supra* n° 26.

²⁸¹⁹ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 19-012, p. 1040.

²⁸²⁰ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ.* I, 2008, n° 241, *D.*, 2009, p. 747, P. CHAUVIN ; *RTD civ.*, 2009, p. 111, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2009, p. 118, B. FAGES ; *LEDC*, n° 6, 2008, p. 1, G. PILLET ; *LPA*, n° 49, 2009, p. 11, N. DISSAUX ; *RDC*, n° 1, 2009, p. 49, D. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 48, 2009, p. 14, C. MARECHAL ; *Defrénois*, n° 6, 2009, p. 671, R. LIBCHABER ; *JCP G*, n° 1-2, 2009, II 10000, D. HOUTCIEFF ; *RLDC*, n° 55, 2008, n° 3208, V. MAUGERI ; *RLDC*, n° 57, 2009, n° 3283, A. CERMOLACCE. La Cour de cassation rejeta le pourvoi dans un litige relatif à une reconnaissance de dette portant sur une pension alimentaire car les juges du fond avaient, « *par une recherche de la commune intention des parties, [...] constaté la disparition de la cause de cet engagement* » qui résidait dans la résidence de l'enfant avec sa mère. L'enfant n'étant plus à la charge de sa mère, la cause de la reconnaissance de dette avait disparu et le contrat était donc caduc.

Ces hypothèses furent le point de départ de la notion de *frustration*. Dans un arrêt rendu par la *High Court* en 1863²⁸²¹, le litige concernait un contrat de location d'une salle de spectacle qui brula avant le jour de la représentation. Les preneurs poursuivirent les propriétaires de la salle de spectacle en vue d'obtenir le remboursement des sommes déboursées pour la préparation du spectacle qui n'avait finalement pas eu lieu. Justice BLACKBURN estima que les deux parties étaient libérées de leurs obligations : les propriétaires n'étaient plus tenus de mettre à disposition la salle et les locataires n'étaient plus tenus de régler le prix. Le juge se référa au droit civil continental, et notamment au *Traité des obligations* de POTHIER qui explique que les *obligationes de certo corpore* impliquent nécessairement que la chose subsiste²⁸²². Justice BLACKBURN précisa qu'il existait de la même façon en droit anglais un *implied term* au sein des conventions selon lequel « *les parties seront excusées si [...] l'exécution devient impossible du fait de la disparition de la chose sans défaillance de la partie contractante* »²⁸²³. Il dégagait ainsi la règle selon laquelle « *dans les contrats dont l'exécution dépend de l'existence pérenne d'une personne ou d'une chose donnée, il existe une condition implicite selon laquelle l'impossibilité d'exécution due à la disparition de la personne ou de la chose excuse l'exécution* »²⁸²⁴. Les juges insistèrent sur la nature « essentielle » de la salle pour l'exécution du contrat. Néanmoins, cette solution ne revêt pas un caractère systématique. La disparition de la chose peut ne pas emporter la *frustration*. C'est le cas notamment dans les contrats de construction²⁸²⁵. La *frustration* comme la disparition d'un élément essentiel du contrat a été étendue aux hypothèses où la personne qui devait accomplir la prestation est disparue ou décédée. C'est le cas des « *personal contracts* » ou « *relational contracts* » tels que les contrats de travail²⁸²⁶ ou d'apprentissage²⁸²⁷. En matière de vente, le *Sale of Goods Act* de 1979 prévoit

²⁸²¹ Taylor v. Caldwell, *High Court of Justice (King's Bench)*, 6 mai 1863, [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309.

²⁸²² Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, 1824-1825, Paris : Béchét aîné, Partie 3, Chap. 6, art. 3, n° 660, p. 396.

²⁸²³ Justice BLACKBURN in Taylor v. Caldwell, *The High Court of Justice (King's Bench)*, 6 mai 1863, [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309 : « *the parties shall be excused in case [...] performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor* ».

²⁸²⁴ *Ibid.*, p. 314 : « *The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance* ».

²⁸²⁵ Appleby v. Myers, *Exchequer Chamber*, 21 juin 1867, (1867) LR 2 CP 651.

²⁸²⁶ Cutter v. Powell, *Court of King's Bench*, 9 juin 1795, 101 E.R. 573. En l'espèce, un contrat prévoyait le paiement d'un salaire en échange de diverses obligations à accomplir sur un bateau pendant la durée d'une traversée depuis la Jamaïque jusque Liverpool. Le salarié mourut pendant le voyage. La cour refusa d'octroyer aux héritiers du défunt un salaire calculé selon un *quantum merit* pour les prestations partiellement accomplies, estimant que le contrat était, non pas « *frustrated* » car le terme n'était pas alors employé, mais « *discharged* » c'est-à-dire qu'il n'avait plus de force obligatoire.

²⁸²⁷ Whincup v. Hughes, *Court of Common Pleas*, 21 janv. 1871, (1870-71) L.R. 6 C.P. 78. Un père conclut pour son fils un contrat d'apprentissage chez un horloger et bijoutier pour une durée de six ans. Il paya en échange

que si le contrat porte sur une marchandise déterminée et que ces marchandises viennent à disparaître avant la conclusion du contrat sans que le vendeur n'en ai connaissance, le contrat est *void* et donc dépourvu d'effets juridiques²⁸²⁸.

La notion de *frustration* était initialement, à dessein, cantonnée aux hypothèses de disparition de l'objet du contrat rendant impossible l'exécution²⁸²⁹. En effet, la reconnaissance d'un mécanisme permettant de se défaire du contrat, quelles que soient les circonstances, constituent une entorse à la règle de *l'absolute contract doctrine* qui veut qu'aucun évènement extérieur ne peut justifier la non-exécution du contrat²⁸³⁰. La *frustration* a par la suite été étendue à d'autres cas d'exécution devenue impossible.

2) Un remède au changement de circonstances rendant impossible l'exécution initialement envisagée

657. Le rapprochement entre la force majeure et la *frustration*. Les juges anglais ont pu admettre que l'exécution du contrat étant devenue impossible telle qu'elle avait été initialement conçue, libérant le débiteur de ses obligations. Le critère de l'exécution devenue impossible est identique à celui de la force majeure française. En revanche, les juges anglais mettent particulièrement l'accent sur le processus d'interprétation de la convention²⁸³¹, qui leur permet dans un premier temps d'établir quelle était la prestation initialement convenue. Le second critère réside dans le caractère imprévisible de l'évènement²⁸³², de façon similaire à la force majeure. Enfin, les juges anglais exigent l'absence de faute de la part du débiteur. Cette condition n'est pas explicitement visée en droit français, mais elle est sous-entendue par l'article 1128 du Code civil²⁸³³. Au fil des décisions de justice, plusieurs fondements ont été proposés par les juges à la doctrine de la *frustration* qui n'est pas une notion autonome.

vingt-cinq £. L'horloger remplit ses obligations pendant un an puis mourut. Le père agit contre l'exécuteur testamentaire du défunt en vue de récupérer la partie de la somme correspondant aux cinq ans restants sur le fondement de la disparition de la *consideration*, c'est-à-dire de la prestation reçue en échange du paiement. Les juges estimèrent que le remboursement n'était pas possible car le bijoutier avait diligemment exécuté une partie de ses obligations et que son décès n'était pas une faute lui étant imputable.

²⁸²⁸ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 6. V. *supra* n° 44.

²⁸²⁹ Ewan MCKENDRICK, *Contract Law*, 14^{ème} éd., Red Globe Press, 2021, n° 14.1, p. 281.

²⁸³⁰ V. *infra* n° 689.

²⁸³¹ V. *infra* n° 659.

²⁸³² V. par ex. : *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v. John Walker & Sons Ltd*, *The England and Wales Court of Appeal*, 3 mars 1976, [1977] 1 WLR 164 : dans le cadre de l'achat d'un immeuble, les échanges précontractuels montraient que les acquéreurs avaient envisagé la possibilité pour l'immeuble de devenir un patrimoine architectural protégé. Les juges refusèrent de reconnaître la *frustration* car l'évènement n'était pas imprévisible dans la mesure où le contractant l'avait envisagé. V. pour un commentaire de cet arrêt : Roger BROWNSWORD, « Rules and Principles at the Warehouse », *MLR*, vol. 40, n° 4, 1977, p. 467.

²⁸³³ L'art. 1128 du C. civil vise « un évènement échappant au contrôle du débiteur ».

658. Le recours à l'*implied term*. L'*implied term*, notion transversale du droit anglais, a ainsi un usage spécifique en matière de changement de circonstances affectant les prestations contractuelles. Il est d'abord un fondement de la répartition du risque lorsqu'il permet au juge de conclure que le contrat place sur l'une des parties le risque que présentait le changement de circonstances survenu²⁸³⁴. En matière de *frustration*, il a permis de considérer qu'en droit anglais, la survie de la chose était une clause sous-entendue dans tous les contrats, selon un mécanisme similaire à la caducité²⁸³⁵. Il fut finalement abandonné car il fut jugé artificiel de considérer que les parties avaient entendu intégrer une obligation implicite stipulant qu'il serait mis fin au contrat si l'évènement qui s'est produit devait se réaliser alors même que précisément cet évènement était imprévisible²⁸³⁶.

659. Le fondement de l'interprétation. Les juges anglais ont, dans les décisions les plus récentes, fondé la doctrine de la *frustration* sur l'interprétation du contrat plutôt que sur l'*implied term*. Pour déterminer si le débiteur est libéré, le juge se demande si le contrat, à la suite du changement de circonstances, est encore le même contrat que celui dans lequel les parties se sont engagées, selon la compréhension qu'en aurait un homme raisonnable. TREITEL retient que ce raisonnement est le plus satisfaisant en matière de *frustration*²⁸³⁷ car les juges font systématiquement appel à l'interprétation du contrat dans la mesure où l'évaluation de la *frustration* dépend des obligations initialement contractées. Le contrat est « *frustrated* » ce qui est une façon imagée d'indiquer qu'il ne peut être réalisé tel qu'il a été conçu. Cela suppose de déterminer sa teneur initiale.

660. L'altération de l'exécution contractuelle. La résistance des juges anglais à la théorie de la *frustration* est marquée dans les hypothèses où l'exécution du contrat devient difficile pour l'une des parties en raison d'un changement de circonstances. Les juges anglais se refusent à reconnaître que les parties sont libérées de leurs obligations lorsque l'exécution du contrat est seulement « *incommode* »²⁸³⁸, exigeant qu'elle soit « *impossible* »²⁸³⁹ selon les

²⁸³⁴ V. *supra* n° 691 sur l'*allocation of risks* lorsque l'exécution est devenue plus coûteuse pour le débiteur.

²⁸³⁵ V. *supra* n° 656.

²⁸³⁶ Lord RADCLIFFE in *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, *House of Lords*, 19 avril 1956, [1956] UKHL 3 ; [1956] AC 696 ; [1956] 3 WLR 37, p. 728.

²⁸³⁷ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 19-127, p. 1103.

²⁸³⁸ « *Impractical* ».

²⁸³⁹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, *House of Lords*, 19 avril 1956, [1956] UKHL 3 ; [1956] AC 696 ; [1956] 3 WLR 37, p. 711.

modalités dans lesquelles elle a initialement été conçue. Cette catégorie se nomme la « *frustration of purpose* »²⁸⁴⁰ qui fait référence à l'objectif ou à la finalité contractuels.

Dans un arrêt fondateur rendu par la *House of Lords* en 1956²⁸⁴¹, un marché public fut ouvert qui portait sur la réalisation de plusieurs maisons dans un délai de huit mois pour une collectivité locale moyennant le paiement d'une somme fixe. Une société avait communiqué à la collectivité son offre indiquant qu'elle était subordonnée à la disponibilité d'une main-d'œuvre suffisante pendant la période de construction prévue. Le contrat de construction fut conclu. En raison de circonstances inattendues, et sans faute des parties, la main-d'œuvre n'avait pas été disponible et les travaux durèrent vingt-deux mois. L'entrepreneur estimait que le prix payé par le maître d'ouvrage n'était pas suffisant en raison des délais et il agit en vue de voir reconnaître un cas de *frustration*. La cour rejeta sa demande pour deux raisons. La première résidait dans l'absence d'imprévisibilité d'un délai dans la construction des maisons dans un contexte d'après-guerre. La seconde résidait dans l'absence d'altération du contrat. Lord RADCLIFFE, dont le jugement fut suivi par les autres magistrats, estima que l'entreprise de construction qui avait soumis son offre à la collectivité aurait dû intégrer dans le prix proposé pour ses services une somme destinée à compenser les risques évidents de délai. Après avoir précisé que « [la] frustration ne [devait] pas être invoquée à la légère comme facteur de dissolution d'un contrat »²⁸⁴², il conclut que l'entrepreneur se trouvait dans une situation certes malheureuse mais qui se trouvait hors du champ d'application de la *frustration*²⁸⁴³. Il est constant en droit anglais des contrats que les divers mécanismes d'intervention judiciaire ne doivent pas servir à sauver un contractant d'une mauvaise affaire. Le critère déterminant est celui de l'altération de l'exécution contractuelle : « *Non haec in foedera veni. Ce n'est pas ce que j'ai promis de faire* »²⁸⁴⁴.

L'arrêt *Davis Contractors* montre que la doctrine de la *frustration*, bien qu'elle serve à rééquilibrer économiquement le contrat, n'est pas fondée sur le sens que le juge aurait de

²⁸⁴⁰ Ewan MCKENDRICK, *Contract Law*, 14^{ème} éd., OUP, 2010, n° 14.12, p. 297.

²⁸⁴¹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, *House of Lords*, 19 avril 1956, [1956] UKHL 3 ; [1956] AC 696 ; [1956] 3 WLR 37.

²⁸⁴² Lord RADCLIFFE *in ibid.*, p. 729 : « *Frustration is not to be lightly invoked as the dissolvent of a contract* ».

²⁸⁴³ Lord RADCLIFFE *in ibid.*, p. 731.

²⁸⁴⁴ Lord RADCLIFFE *in ibid.*, p. 729 : « *frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do* » ; « *Il y a frustration lorsque le droit reconnaît que, sans faute de l'une ou l'autre des parties, une obligation contractuelle est devenue impossible à exécuter parce que les circonstances nouvelles de l'exécution la rendraient radicalement différente de celle à laquelle le contrat engage* » le débiteur.

l'équité²⁸⁴⁵, car il ne s'agit pas de libérer le débiteur qui aurait conclu un *bad bargain*²⁸⁴⁶. L'idée fondatrice est que les parties se sont engagées à réaliser un contrat qu'il n'est plus possible d'exécuter tel qu'il a été conçu en raison d'un changement radical de circonstances. Le juge doit donc avant tout se livrer à un travail d'interprétation de la convention.

661. Une conception restreinte de la frustration. Les juges ne sont pas facilement satisfaits de l'existence d'une altération de l'exécution contractuelle²⁸⁴⁷. Néanmoins, il arrive qu'elle soit reconnue. Dans un arrêt de principe rendu en 1903 par la *Court of Appeal*²⁸⁴⁸, un contrat de bail avait été conclu le 20 juin 1902 entre un particulier et le propriétaire d'un appartement pour une durée de deux jours. Il s'agissait des deux jours où il avait été annoncé que les cortèges du couronnement du roi Edouard VII auraient lieu et passeraient sous les fenêtres de cet appartement. Le contrat ne contenait aucune référence expresse aux processions du couronnement, ni à aucune autre raison pour laquelle l'appartement était loué. Un acompte de 25 livres avait été versé lors de la conclusion du contrat sur la somme totale de 75 livres. Les processions n'eurent pas lieu aux jours initialement fixés et le preneur refusa de payer le solde du loyer convenu. Le propriétaire agit en vue d'obtenir le reste du loyer convenu. La cour retint à l'unanimité la *frustration* du contrat sur le fondement du *precedent* décidé par l'arrêt *Taylor v. Caldwell*. La tenue des cortèges aux jours initialement fixés le long de l'itinéraire proclamé était considérée par les deux parties contractantes comme le fondement du contrat²⁸⁴⁹. Leur annulation empêchait l'exécution du contrat telle qu'elle avait été convenue. Par conséquent, le demandeur ne pouvait obtenir le paiement complet du loyer initialement convenu.

La portée de cette décision qui reconnaît en l'espèce la *frustration of purpose* doit être nuancée. La décision suggère en effet que l'évènement nécessite que les deux parties soient

²⁸⁴⁵ Sur cette exclusion de l'équité, v. Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI*, n° 4, oct. 1974, p. 804 ; René DAVID et David PUGSLEY avec la collaboration de Françoise GRIVART DE KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, n° 427 ; René DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, 1974, p. 215.

²⁸⁴⁶ V. aussi : Lord ROSKILL in *Pioneer Shipping Ltd. and Others v. B.T.P. Tioxide Ltd*, *House of Lords*, 16 juill. 1981, [1982] A.C. 724, p. 752 : « *the doctrine is not lightly to be invoked to relieve contracting parties of the normal consequences of imprudent commercial bargains* ».

²⁸⁴⁷ V. par ex. : *J. Lauritzen A/S v. Wijsmuller B.V. (The super servant two)*, 12 oct. 1989, 1990 1 Lloyd's rep. 1. En l'espèce, un bateau affrété pour le transport d'un appareil de forage coula. Le contrat mentionnait l'utilisation alternative de deux bateaux mais le second n'étant pas disponible, le transporteur ne pouvait exécuter la prestation. Les juges rejetèrent la *frustration* en raison de l'existence d'une alternative mentionnée dans le contrat.

²⁸⁴⁸ *Krell v. Henry, England and Wales Court of Appeal*, 11 août 1903, [1903] 2 KB 740.

²⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 750 : « *the foundation of the contract* ».

empêchées de réaliser leur prestation²⁸⁵⁰ : selon les termes du contrat, le bailleur avait promis un appartement avec vue sur le cortège et le locataire avait promis de payer pour un appartement avec vue sur le cortège. L'objectif était commun ce qui évoque en français l'élément qui est entré dans le champ contractuel²⁸⁵¹. En revanche, si le locataire était tombé malade et avait été dans l'incapacité d'assister au cortège, il est probable que la *frustration* n'eut pas été reconnue. Cela contraste avec la position de la Cour de cassation qui a reconnu que la maladie du débiteur constituait un cas de force majeure, alors même qu'une telle hypothèse ne satisfaisait pas l'exigence d'extériorité²⁸⁵².

662. L'impossibilité juridique subséquente. Le mécanisme de *frustration* est également susceptible de trouver application lorsque le changement de circonstances rend l'exécution du contrat illégale alors qu'elle était licite initialement. Cette règle fut clairement posée dans un arrêt important rendu par la *House of Lords* dans le contexte de la Seconde Guerre Mondiale. En l'espèce, par un contrat conclu le 12 juillet 1939, une société anglaise avait convenu de vendre et de livrer à une société polonaise des équipements variés. Une clause prévoyait qu'un « délai supplémentaire raisonnable » serait accordé si l'expédition était retardée « par une cause quelconque indépendante de notre volonté, y compris la guerre ». La livraison était prévue dans la ville polonaise de Gdynia. La guerre éclata entre l'Allemagne et la Pologne le 1^{er} septembre 1939. À partir du 23 septembre, la ville de Gdynia était occupée par l'Allemagne. Les juges anglais estimèrent que la clause ne pouvait trouver application et que les parties étaient libérées du contrat en raison de l'intérêt public britannique à ne pas traiter avec un pays occupé par l'ennemi.²⁸⁵³

Cette hypothèse d'illégalité subséquente s'apparente à un cas d'ordre public dans la mesure où la *House of Lords* avait déjà précisé dans un arrêt rendu en 1918²⁸⁵⁴ que les parties ne pouvaient l'exclure par une stipulation contractuelle. Le litige portait sur trois contrats conclus entre une société anglaise et trois sociétés allemandes pour la vente et la livraison d'un

²⁸⁵⁰ Guenter H. TREITEL, *Frustration and force majeure*, Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 3^{ème} éd., 2014, n° 7-014.

²⁸⁵¹ V. pour un ex. de refus de la *frustration of purpose* : Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v. European Medicines Agency, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 fév. 2019, [2019] EWHC 335 (Ch). Si le juge reconnut que le *Brexit* revêtait un caractère imprévisible, il refusa l'idée selon laquelle l'objectif commun du contrat était mis à mal par le changement de siège social de l'Agence imposé par le Conseil de l'Union Européenne. Selon lui, les dispositions du bail envisageaient le départ de l'Agence de telle sorte que, bien que le bail ait été conclu pour plusieurs décennies, l'objectif commun ne résidait pas dans le maintien du siège social de l'Agence à Londres.

²⁸⁵² V. *supra* n° 647.

²⁸⁵³ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Lt*, *House of Lords*, 15 juin 1942, [1943] A.C. 32, [1942] 2 All E.R. 122.

²⁸⁵⁴ *Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Company, Ltd*, *House of Lords*, 25 janv. 1918, [1918] A.C. 260.

minerai extrait en Espagne. Chaque contrat contenait une clause suspensive prévoyant que, si en raison de grèves, de guerre ou de toute autre cause sur laquelle les vendeurs n'avaient aucun contrôle, ces derniers étaient empêchés d'expédier ou de livrer le minerai, l'obligation d'expédition et de livraison serait suspendue pendant la durée de l'empêchement. Lorsque la guerre éclata, la société anglaise agit en vue d'obtenir la reconnaissance d'une situation de *frustration* en vue de mettre fin aux contrats. La *House of Lords* jugea que la guerre entre l'Allemagne et la Pologne avait eu pour effet de mettre fin aux contrats dans la mesure où ceux-ci impliquaient un commerce avec l'ennemi. En outre, la clause suspensive, à supposer qu'elle s'appliquât à une guerre entre les pays des parties contractantes, était nulle car contraire à l'ordre public en ce que « *le contrat en général peut renforcer les ressources de l'ennemi ou paralyser celles des sujets du roi* »²⁸⁵⁵. Par conséquent, la clause était impuissante à amener le juge à conclure à la survie du contrat.

Dans un arrêt récent rendu en 2019²⁸⁵⁶, la *High Court of Justice* eut à se prononcer sur cette même hypothèse d'impossibilité juridique. Le propriétaire et la société de gestion de locaux commerciaux situés à Londres avaient conclu un bail avec l'Agence européenne des médicaments. Le contrat comportait une clause qui le soumettait à la loi anglaise. Les bailleurs agirent en vue d'obtenir une *declaration*²⁸⁵⁷ selon laquelle le bail ne serait pas « frustré » par le retrait du Royaume-Uni de l'Union Européenne. L'Agence européenne des médicaments faisait valoir un raisonnement en deux temps sur l'illégalité subséquente. Si le contrat demeurait, son exécution revêtait une caractère *ultra vires*²⁸⁵⁸, car l'agence ne pouvait, en tant qu'entité européenne, établir son siège dans un État-tiers. Elle était donc contrainte, par une décision de l'Union Européenne anticipant la mise en œuvre du *Brexit*²⁸⁵⁹, de déplacer son siège social. En outre, l'exécution du bail et le paiement des loyers avec des fonds européens constitueraient

²⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 273 : « *contract in general might enhance the resources of the enemy or cripple those of the subjects of the King* ».

²⁸⁵⁶ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v. European Medicines Agency*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 fév. 2019, [2019] EWHC 335 (Ch). V. pour un commentaire de cet arrêt : Horatia MUIR WATT, « Pourquoi le Brexit n'est pas une cause de frustration de (certains) contrats en cours soumis au droit anglais », *RCDIP*, 2019, p. 1022.

²⁸⁵⁷ Également nommé *declaratory relief*. BLACK'S LAW DICTIONARY, Bryan A. GARNER (dir.), Thomson West, 11^{ème} éd., 2019 [En ligne] : « *A unilateral request to a court to determine the legal status or ownership of a thing* ». Il s'agit pour un justiciable de solliciter le juge afin qu'il précise ses droits, ou encore qu'il reconnaisse l'existence de certains faits.

²⁸⁵⁸ « *Expression signifiant qu'un individu (héritier, légataire, associé) est tenu de payer des dettes au-delà de ce qu'il recueille ou possède dans l'actif correspondant (succession, régime matrimonial, société)* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 1085.

²⁸⁵⁹ Règlement (UE) 2018/1718 du Parlement européen et du Conseil, du 14 nov. 2018, portant modification du règlement (CE) n° 726/2004 en ce qui concerne la fixation du siège de l'Agence européenne des médicaments.

une violation des dispositions du droit de l'Union régissant le fonctionnement de ses organes. L'Agence n'aurait plus la capacité juridique d'être partie à un tel contrat.

La cour rejeta les arguments de l'Agence et accorda la déclaration aux bailleurs. Sur le premier point, le juge répondit que toute *frustration* serait créée par l'Agence elle-même parce que l'Union aurait pu prévoir des dispositions relatives à la liquidation de l'Agence au Royaume-Uni, mais ne l'avait pas fait²⁸⁶⁰. Sur le second point, le juge estima que l'illégalité était appréciée selon le droit du lieu du contrat, à savoir l'Angleterre²⁸⁶¹. Dans ce contexte, la violation éventuelle des règles européennes relatives aux institutions de l'Union était indifférente. Le droit anglais applicable ne faisait pas obstacle à ce que les fonds européens servent à payer un loyer en Angleterre. La décision est assez sévère et revêt sans doute un caractère politique, mais sa portée doit être nuancée eu égard à la particularité du locataire en l'espèce²⁸⁶². Néanmoins, l'arrêt confirme la réticence des juges anglais à reconnaître la *frustration*.

663. Les effets de la *frustration* : l'anéantissement du contrat. La *frustration* s'apparente à la force majeure française²⁸⁶³, car elles concernent toutes les deux « *l'événement libérateur pour le débiteur* »²⁸⁶⁴. Le débiteur est libéré de ses obligations et le contrat anéanti tandis que l'imprévision a pour effet, du point de vue de l'office du juge, d'autoriser la révision judiciaire du contrat²⁸⁶⁵. Comme la force majeure, la *frustration* a pour effet de « *supprimer le*

²⁸⁶⁰ Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v. European Medicines Agency, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 fév. 2019, [2019] EWHC 335 (Ch), n° 206 : « *The 2018 Regulation could have gone further, regarding the winding down of the EMA's position in the United Kingdom* ».

²⁸⁶¹ *Ibid.*, n° 188. Deux décisions antérieures créaient selon le juge une distinction entre les règles relatives à la capacité juridique d'une société à conclure un contrat et les règles permettant de déterminer si le contrat demeurerait ou s'il existe une *frustration* : Haugesund Kommune v. Depfa ACS Bank, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 27 mai 2010, [2010] EWCA Civ 579, [2012] Q.B. 549 ; Goldman Sachs International v. Novo Banco, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 4 juill. 2018, [2018] UKSC 34, [2018] 1 W.L.R. 3683, n° 12.

²⁸⁶² Horatia MUIR WATT, « Pourquoi le Brexit n'est pas une cause de frustration de (certains) contrats en cours soumis au droit anglais », *RCDIP*, 2019, p. 1022.

²⁸⁶³ Barry NICHOLAS, *The French Law of Contract*, 2^{ème} éd., OUP, 2005, p. 202 : plus précisément, selon cet auteur, « *le concept de "frustration" peut être classé entre l'imprévision et la force majeure* ». Cela est discutable car la *frustration* anéantit le contrat au contraire de l'imprévision qui peut, par exception, donner lieu à l'anéantissement du contrat mais dont la sanction première est la révision : v. Alexis ALBARIAN, « L'avènement de la doctrine de la frustration en droit anglais des contrats grâce à la décision Taylor v. Caldwell : une belle leçon d'œcuménisme juridique... », *RRJ*, 2009, p. 1713.

²⁸⁶⁴ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome II : La méthode comparative*, LGDJ, 1974, p. 84.

²⁸⁶⁵ L'art. 1195 nouveau du C. civil permet certes au juge de mettre fin au contrat mais de façon très subsidiaire : le mécanisme de l'imprévision est avant tout conçu pour permettre la survie du contrat.

contrat et de libérer les parties de toute responsabilité ultérieure en vertu de celui-ci »²⁸⁶⁶. La question se pose de savoir si l'anéantissement est rétroactif. Initialement, l'anéantissement ne valait que pour l'avenir. Dans l'arrêt *Krell v. Henry*²⁸⁶⁷, le locataire fut libéré de son obligation de verser les cinquante livres restantes, mais il ne put récupérer la somme déjà versée. En principe, le contrat cessait de produire des effets et les pertes demeuraient où elles s'étaient abattues²⁸⁶⁸. Un arrêt plus ancien rendu par l'*Exchequer Chamber* en 1874²⁸⁶⁹ fait application de ce principe. Le propriétaire d'un bateau accepta le transport de rails de train. Le navire s'échoua le lendemain de la conclusion du contrat. Les réparations devaient prendre environ six mois. Les affréteurs trouvèrent un autre navire pour transporter les rails. Le propriétaire du navire tenta de faire valoir une inexécution de la part des affréteurs qui n'avaient pas attendu la fin des réparations et contracté avec un autre propriétaire. La cour retint que le retard significatif libérait les affréteurs du contrat dans la mesure où l'exécution du contrat, si elle était réalisée en août, n'avait plus d'intérêt pour les affréteurs. Ces derniers n'étaient donc pas tenus de charger le navire et que le propriétaire devait subir la perte du fret²⁸⁷⁰.

Une réforme eut lieu en 1943 par le biais du *Law Reform Act*. Cette législation vise à réorganiser les droits et la responsabilité des parties²⁸⁷¹ lorsqu'un contrat a été jugé *frustrated*. Le premier alinéa de la première section dispose que les sommes payées par chacun des contractants peuvent être récupérées et les sommes dues ne sont plus exigibles²⁸⁷². Le principe serait donc celui de la rétroactivité de l'anéantissement du contrat en matière de *frustration*. Néanmoins, le deuxième alinéa prévoit que « *le tribunal peut, s'il estime qu'il est juste de le faire compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, autoriser [le contractant] à conserver ou, le cas échéant, à recouvrer la totalité ou une partie des sommes ainsi payées ou payables, le montant ne devant pas dépasser les dépenses ainsi engagées* ». En ce qui concerne l'avantage en nature obtenu par une exécution partielle de l'obligation contractuelle²⁸⁷³, il peut être

²⁸⁶⁶ Lord Justice BINGHAM in *J. Lauritzen A/S v. Wijsmuller B.V. (The super servant two)*, 12 oct. 1989, 1990 1 Lloyd's rep. 1 : « *the effect of frustration is to kill the contract and discharge the parties from further liability under it* ».

²⁸⁶⁷ *Krell v. Henry, England and Wales Court of Appeal*, 11 août 1903, [1903] 2 KB 740. V. *supra* n° 661.

²⁸⁶⁸ V. *supra* n°s 689 et 690. V. cependant : *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Lt, House of Lords*, 15 juin 1942, [1943] A.C. 32, [1942] 2 All E.R. 122. En l'espèce, l'acquéreur de machines, une société polonaise, fut autorisée à récupérer le prix payé auprès du vendeur anglais.

²⁸⁶⁹ *Jackson v. Union Marine Insurance, Exchequer Chamber*, 2 déc. 1874, (1874) 10 CP 125.

²⁸⁷⁰ Prix du transport de marchandises.

²⁸⁷¹ La première section se nomme ainsi : « *Adjustment of rights and liabilities of parties to frustrated contracts* ».

²⁸⁷² *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, 1943 c. 40 (Regnal. 6_and_7_Geo_6), s1(1).

²⁸⁷³ Cela sera notam. le cas dans le contrat à exécution successive, hypothèse dans laquelle la question des effets d'un événement constitutif d'une force majeure en droit français ou d'une *frustration* en droit anglais est particulièrement délicate, v. *supra* n° 651 sur les effets de la force majeure.

récupéré sous la forme d'une somme d'argent n'excédant pas sa valeur et fixée par le juge selon ce qu'il estime juste considérant notamment deux critères : les dépenses supportées par le bénéficiaire de l'exécution partielle de l'obligation et l'effet des circonstances donnant lieu à la frustration²⁸⁷⁴. Par exemple, dans le cas d'un contrat de fourniture de marchandises, si un acheteur a obtenu une partie de la marchandise mais a payé la livraison, il pourrait être tenu de rembourser la valeur des marchandises duquel serait néanmoins déduit le coût de la livraison.

664. Le pouvoir discrétionnaire du juge. L'objectif de la réforme est de permettre aux juges de partager les pertes entre les parties selon ce qu'il leur semble « juste », le terme étant explicitement employé dans le texte. En matière d'effets de la *frustration*, les juges se sont donc vu confier un pouvoir discrétionnaire. Ils peuvent tout à fait refuser la restitution des sommes payées ou ne pas déduire de la restitution exigée de l'une des parties les sommes qu'elle a pu déboursier.

Par exemple, dans un arrêt rendu en 1995²⁸⁷⁵, les juges eurent à se prononcer sur les restitutions réciproques dans le cas d'un contrat en situation de *frustration*. En 1992, une agence de communication avait accepté de faire la promotion d'un concert auquel participait le groupe *Guns N's Roses* dans un stade de Madrid. L'état du stade ne permettait pas de garantir la sécurité des spectateurs et le concert fut annulé. L'agence avaient versé au représentant du groupe un acompte de 412 500 dollars, et les deux parties avaient engagé des dépenses pour préparer le concert. L'agence agit en vue d'obtenir le remboursement de la somme versée ; le représentant du groupe réclama la déduction des sommes qu'il avait engagées en vue de la préparation du concert. La cour nota le degré de discrétion que lui confère le *Law Reform Act* précisant qu'une appréciation casuistique doit être privilégiée²⁸⁷⁶. Elle ajoute que son rôle est « de *trancher de façon juste dans une situation que les parties n'avaient ni envisagée ni prévue, et d'atténuer la rigueur éventuelle qui consisterait à laisser reposer toutes les pertes là où elles se sont abattues* »²⁸⁷⁷. Le mécanisme de la *frustration* et plus précisément ses effets sur la répartition

²⁸⁷⁴ *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, 1943 c. 40 (Regnal. 6 and 7 Geo 6), s1(3).

²⁸⁷⁵ *Gamerco SA v. ICM/Fair Warning (Agency) Ltd*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 31 mars 1995, [1995] 1 WLR 1226.

²⁸⁷⁶ Justice GARLAND in *ibid.*, p. 1237 : « *It is self-evident that any rigid rule is liable to produce injustice. The words, "if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case," clearly confer a very broad discretion* » ; « *Il est évident que toute règle rigide est susceptible de produire des injustices. Les termes "s'il estime qu'il est juste de le faire compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire" confèrent manifestement un très large pouvoir d'appréciation* ».

²⁸⁷⁷ Justice GARLAND in *ibid.*, p. 1237 : « *Its task is to do justice in a situation which the parties had neither contemplated nor provided for, and to mitigate the possible harshness of allowing all loss to lie where it has fallen* ».

judiciaire des pertes subies par les contractants sont donc une exception notamment au principe du *loss lies where it falls* qui soutient le principe de l'*absolute contract*²⁸⁷⁸. En l'espèce, la cour fit droit à la demande en remboursement de l'agence mais refusa de déduire les sommes engagées par le représentant du groupe pour des raisons de « justice », sans plus d'explication²⁸⁷⁹. Le pouvoir du juge en matière de *frustration* est donc considérable et discrétionnaire, en contradiction avec l'intangibilité des conventions.

665. La gestion contractuelle de l'impossibilité de l'exécution. Les parties contractantes sont, en Angleterre comme en France, libres d'organiser la gestion des événements susceptibles de rendre impossible l'exécution des obligations contractuelles initialement prévues. Cette solution, qui exclut le juge, est d'autant plus souhaitable que la *frustration* a l'effet drastique de mettre fin au contrat. Les clauses de force majeure peuvent à cette fin constituer un outil utile. Par exemple, dans un arrêt rendu en 1989 par la *Court of Appeal*²⁸⁸⁰, la situation de *frustration* ne fut pas reconnue par les juges mais le débiteur, propriétaire d'un bateau affrété pour le transport d'un appareil de forage, put obtenir la résolution du contrat sur le fondement d'une clause contractuelle nommée « *cancellation* », particulièrement détaillée²⁸⁸¹ et qui stipulait que le droit « *d'annuler son exécution du présent contrat, que le transport soit effectué ou non, en cas de force majeure, de catastrophes naturelles, de périls ou de dangers et d'accidents maritimes, d'actes de guerre, d'opérations de guerre, d'actes d'ennemis publics, [...]* ».

L'efficacité des clauses de force majeure doit cependant être relativisée. Dans un arrêt rendu en 1917²⁸⁸², la *House of Lords* eut à trancher un litige relatif à un contrat portant sur la construction d'un réservoir d'eau sur une durée de six ans. Le contrat comportait une clause ainsi rédigée : « *si en raison (entre autres) de difficultés, d'obstacles ou d'obstructions, quels qu'ils soient et quelle qu'en soit l'origine, les entrepreneurs auraient, de l'avis de l'ingénieur, été indûment retardés ou empêchés dans l'exécution du contrat, l'ingénieur pourra accorder une prolongation du délai d'exécution* ». En février 1916, le *Ministry of Munitions*, créé pendant la Première Guerre Mondiale afin d'organiser la défense du Royaume-Uni,

²⁸⁷⁸ V. *supra* n^{os} 689 et 690.

²⁸⁷⁹ Justice GARLAND *in ibid.*, p. 1237.

²⁸⁸⁰ J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The Super Servant Two), *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 oct. 1989, 1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

²⁸⁸¹ V. dans le même sens pour une clause efficace : Toepfer v. Cremer, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 17 mars 1975, [1975] 2 Lloyd's Rep. 118.

²⁸⁸² Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr and Company, Limited, *House of Lords*, 26 nov. 1917, [1918] A.C. 119.

demanda aux entrepreneurs de cesser les travaux prévus dans le contrat. Les entrepreneurs agirent en vue de voir reconnaître la *frustration* du contrat pour qu'il y soit mis fin estimant que l'octroi d'un délai par effet de la clause n'était plus envisageable. La cour fit droit à leur demande et refusa de donner effet à la clause. Elle estima que l'interruption due à l'interdiction ministérielle était d'une nature et d'une durée telles que le contrat repris était différent du contrat rompu, et que le contrat avait cessé de produire ses effets. Le caractère illégal de la construction du réservoir²⁸⁸³ pour une durée indéterminée²⁸⁸⁴ fut décisif. De façon similaire, dans l'arrêt *Jackson v. Union Marine Insurance*²⁸⁸⁵, les juges estimèrent que la clause qui garantissait le navire contre les périls de la mer ne pouvait trouver application car elle avait pour effet déraisonnable d'exiger des affréteurs qu'ils attendent plusieurs mois que le propriétaire du navire soit en mesure d'exécuter le contrat.

En outre, la clause de *material adverse change* est en pratique très courante dans les contrats d'affaires²⁸⁸⁶. Elle permet à l'une ou l'autre des parties « *de ne pas donner suite au contrat lorsque les circonstances évoluent de telle manière que la rentabilité économique de l'opération disparaît ou devient simplement sujette à caution entre le moment où l'accord est signé et celui où il doit prendre effet* »²⁸⁸⁷. Dans le cas d'un changement de circonstances, cette clause permet à l'une des parties de mettre fin au contrat. Les contractants peuvent ainsi organiser les restitutions qui devront avoir lieu ou non.

666. Un mécanisme restreint de rééquilibrage économique. Un contractant peut se voir libérer de ses obligations contractuelles lorsqu'un évènement, non constitutif d'une faute de sa part²⁸⁸⁸, rend impossible l'exécution contractuelle telle qu'elle a été conçue initialement par les parties. Ce mécanisme relève de la justice contractuelle. Un auteur français a ainsi écrit : « *Ce que nous dénommons force majeure correspond à une règle élémentaire d'équité qui veut qu'en présence de circonstances exceptionnelles, l'application de la règle doit être modifiée sous peine de conduire à un résultat inique* »²⁸⁸⁹. Un juge anglais a également précisé : « *L'objet*

²⁸⁸³ Lord ATKINSON, *in ibid.*, p. 140.

²⁸⁸⁴ Lord FINLAY L.C. *in ibid.*, p. 126.

²⁸⁸⁵ *Jackson v. Union Marine Insurance*, *Exchequer Chamber*, 2 déc. 1874, (1874) 10 CP 125.

²⁸⁸⁶ Duncan FAIRGRIEVE, « 3 Questions - L'impact de la force majeure dans le common law ? », *JCP E*, n° 30, 2020, pp. 519s.

²⁸⁸⁷ William DROSS, *Clausier dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2020, p. 476.

²⁸⁸⁸ Jean RADOUANT, note sous Civ. 2^{ème}, 13 mars 1957, *D.*, 1958, p. 73 : « *la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, est fondée sur la faute ; la force majeure consistant dans l'absence de faute, il est naturel que son effet soit de supprimer la responsabilité* ».

²⁸⁸⁹ Paul-Henri ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, n° 7, 1996, I, doct. 3907, n° 10.

de la doctrine [de la frustration] était de donner effet aux exigences de justice, d'obtenir un résultat juste et raisonnable, de faire ce qui est raisonnable et équitable, comme moyen d'échapper à l'injustice qui résulterait de l'exécution d'un contrat dans ses termes entendus de façon littérale après un changement significatif des circonstances »²⁸⁹⁰. Or, en France comme en Angleterre, l'anéantissement du contrat sur le fondement de la force majeure et de la *frustration* semble rarement reconnu. Les juges se montrent réticents à anéantir le contrat et à se prononcer sur les complexes restitutions éventuelles susceptibles d'en découler. L'atteinte à l'intangibilité des conventions doit donc être nuancée.

667. La remise en question de l'intangibilité du contrat. Les outils mis à la disposition des juges français et des juges anglais sont spécifiquement conçus pour remédier au changement de circonstances ; ces mécanismes s'éloignent du principe de l'intangibilité du contrat et des règles d'interprétation qui servent ce principe. Un auteur²⁸⁹¹ expose les différentes façons de remédier au changement de circonstances dans plusieurs pays et conclut à la pertinence de la « *gap filling doctrine* » qui consiste en réalité pour le juge à appliquer les règles classiques d'interprétation des termes du contrat en gardant à l'esprit l'adage *pacta sunt servanda ex fide bona*. Il conclut : « *On peut faire confiance aux tribunaux pour accomplir la tâche familière de déterminer ce qui est raisonnable avec l'équité et l'efficacité qui leur sont propres* »²⁸⁹².

§ 2 - L'anéantissement du contrat déséquilibré par l'inexécution contractuelle

668. La sanction commune de l'inexécution contractuelle. Le juge français peut être amené à prononcer la résolution judiciaire du contrat, laquelle consiste en son anéantissement pour le futur lorsque l'une des parties n'a pas respecté ses engagements (A). Le juge anglais connaît un mécanisme similaire nommé *termination for breach* (B).

A) L'appréciation du bien-fondé de la résolution du contrat pour manquement suffisamment grave

²⁸⁹⁰ Lord Justice BINGHAM in *J Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two)*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 12 oct. 1989, 1990] 1 Lloyd's Rep. 1, n° 1 : « *The object of the doctrine was to give effect to the demands of justice, to achieve a just and reasonable result, to do what is reasonable and fair, as an expedient to escape from injustice where such would result from enforcement of a contract in its literal terms after a significant change in circumstances* ».

²⁸⁹¹ Hans SMIT, « Frustration of Contract : A Comparative Attempt at Consolidation », *Columbia Law Rev.*, vol. 58, n° 3, 1958, p. 315.

²⁸⁹² *Ibid.*, p. 287 : « *The courts can be trusted to perform the familiar task of determining what is reasonable with accustomed fairness and efficiency* ».

669. L'appréciation du manquement « suffisamment grave » de nature à justifier la résolution. Le juge français dispose d'un pouvoir non négligeable en matière de résolution. En effet, il lui revient, d'une part, d'apprécier *a priori* la demande de résolution du contrat selon le mécanisme prévu par l'article 1227 du Code civil et, d'autre part, d'apprécier *a posteriori* le bien-fondé de la notification par le créancier de la résolution du contrat à son débiteur défaillant selon le mécanisme prévu par l'article 1226 du Code civil. Les mécanismes sont, *in fine*, fondés sur le même critère d'un manquement suffisamment grave du débiteur à ses obligations contractuelles, manquement que le juge du fond apprécie souverainement²⁸⁹³.

670. La place subsidiaire de la résolution judiciaire. La résolution judiciaire a connu un certain recul par rapport aux anciennes dispositions datant d'avant la réforme du 10 février 2016 puisque le troisième alinéa de l'ancien article 1184 du Code civil prévoyait que « [la] résolution doit être demandée en justice » ce qui évoquait une obligation pour les contractants de solliciter le juge en vue de voir prononcer la résolution. Cependant, la Cour de cassation avait déjà reconnu la possibilité pour le créancier d'obtenir la résolution judiciaire du contrat, y compris dans un contrat à durée déterminée²⁸⁹⁴. Dans un arrêt de 1998²⁸⁹⁵, elle avait retenu 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 ». Cependant, de nombreux auteurs estimaient que la reconnaissance jurisprudentielle de la résolution unilatérale n'avait pas eu pour effet de renverser le principe de la résolution judiciaire²⁸⁹⁶. Il a été démontré que le droit

²⁸⁹³ Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, n° 92-17858, *Bull. civ. I*, 1995, n° 14, p.10, *Defrénois*, 1995, p. 1408, D. MAZEAUD ; *D.*, 1995, p. 405, Y. DAGORNE-LABBE.

²⁸⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25 ; *D.*, 2001, p. 1568, C. JAMIN ; *D.*, 2001, p. 3239, D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2001, p. 363, J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois*, n° 11, 2001, p. 705, É. SAVAUX ; *Gaz. Pal.*, n° 179, 2001, p. 13, F. GHILAIN ; *JCP E*, n° 17, 2001, p. 684 ; *JCP G*, n° 16, 2001, p. 1683 ; Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *RTD civ.*, 2004, p. 89, J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G*, n° 28, 2004, II 10108, C. LACHÏZE ; *CCC*, n° 1, 2004, comm. 4, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 48, 2004, p. 17 ; *RDC*, n° 2, 2004, p. 273, L. AYNÈS et D. MAZEAUD ; *RLDC*, n° 2, 2004, n° 40, É. GARAUD.

²⁸⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *D.*, 1999, p. 197, C. JAMIN ; *D.*, 1999, p. 115, P. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1999, p. 394, J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1999, p. 506, J. RAYNARD ; *JCP G*, n° 29, 1999, II. 10133, N. RZEPECKI ; *JCP G*, n° 48, 1998, 3321 ; *Defrénois*, n° 6, 1999, p. 374, D. MAZEAUD. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1998, n° 95-12600, *Bull. civ. I*, 1998, n° 29, p. 19, *RTD civ.*, 1998, p. 674, J. MESTRE : « la poursuite du lien contractuel n'était plus possible en raison du comportement [du débiteur] ».

²⁸⁹⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, « Termination of Contract: A Missed Opportunity For Reform », in John CARTWRIGHT, Simon WHITTAKER and Stephen VOGENAUER (dir.), *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Hart Publishing, 2009, p. 172 : la résolution unilatérale est possible « dans des cas exceptionnels » ; Thomas GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC*, n° 1, 2010, pp. 44s : « il n'est pas du tout certain que ce courant jurisprudentiel, malgré ses manifestations répétées, entende mettre en place une résolution pour inexécution véritable, au sens très technique du terme » ; Denis MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français », *RDC*, n° 3, 2010, n° 17 : « en cas de résolution unilatérale illégitime ou abusive, le juge peut, à titre de sanction, ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, en octroyant au besoin un délai de grâce au débiteur en difficulté.

français, avant la réforme du 10 février 2016, imposait de nombreux obstacles à la résolution unilatérale²⁸⁹⁷. Aujourd'hui, l'article 1224 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, a consacré la possibilité pour le créancier de procéder à la résolution unilatérale du contrat en cas d' « *inexécution suffisamment grave* » par le débiteur de ses obligations contractuelles. La résolution prend la forme d'une notification au débiteur et doit contenir les motifs de la résolution. La consécration légale de la résolution unilatérale montre que le droit français s'inspire du droit anglais²⁸⁹⁸, car ce dernier reconnaît de longue date au créancier la possibilité de rompre le contrat²⁸⁹⁹, en vertu d'une conception utilitariste du contrat²⁹⁰⁰. Toutefois, le mécanisme n'a pas été importé en droit français sans corrections. En effet, la résolution unilatérale se fait aux risques et périls du créancier, car le débiteur peut saisir le juge en contestant la réalité de l'inexécution ou de son caractère suffisamment grave.

671. Le critère du manquement suffisamment grave avant la réforme du 10 février 2016. Dans le cas où le créancier a notifié la résolution du contrat pour inexécution au débiteur, le quatrième alinéa de l'article 1226 du Code civil permet au débiteur de solliciter le juge pour « *contester la résolution* », ce qui oblige le créancier à « *prouver la gravité de l'inexécution* ». Il doit donc convaincre le juge du caractère suffisamment grave de l'inexécution du débiteur. Avant la réforme du droit des contrats, la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser ce qui pouvait caractériser un manquement suffisamment grave susceptible de justifier que le créancier mette fin au contrat. Par exemple, elle a pu approuver une cour d'appel d'avoir retenu que la simple inexécution du contrat pendant une durée de deux mois n'était pas de nature à justifier une résolution unilatérale²⁹⁰¹. De la même façon, le retard pris par le maître d'ouvrage dans le paiement des entreprises qui devaient lui fournir les matériaux nécessaires aux travaux

Ainsi, outre que le juge n'est pas exclu en dépit du mode de résolution unilatérale choisi par le contractant, victime d'un grave manquement contractuel, cette sanction spécifique permet de sauvegarder le principe moral du respect de la parole donnée, principe emblématique du modèle contractuel français ».

²⁸⁹⁷ Solène ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, OUP, 2012, pp. 70s, spéc. p. 105.

²⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 239.

²⁸⁹⁹ V. *infra* n^{os} 675s.

²⁹⁰⁰ Solène ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, OUP, 2012, p. 105 : il existe « *un principe plus large du droit anglais [...] selon laquelle les parties contractantes ne devraient pas être liées entre elles en cas d'échec de leur contrat* » ; « *a wider policy in English law [...] that contracting parties should not be tied together when their contract has failed* ».

²⁹⁰¹ Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ.* I, 2003, n° 211, *RTD civ.*, 2004, p. 89, J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G*, n° 28, 2004, II 10108, C. LACHIÈZE ; *CCC*, n° 1, 2004, comm. 4, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 48, 2004, p. 17 ; *RDC*, n° 2, 2004, p. 273, L. AYNÈS et D. MAZEAUD ; *RLDC*, n° 2, 2004, n° 40, É. GARAUD.

ne constituait pas un manquement suffisamment grave²⁹⁰². La Cour de cassation a consacré le pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier ce critère²⁹⁰³.

Il ressort de la jurisprudence antérieure à la réforme du 10 février 2016 que deux types de manquements étaient susceptibles de permettre la résolution unilatérale du contrat par le créancier. Il s'agissait dans un premier temps de la gravité du comportement du débiteur analysée comme une atteinte à l'exigence générale de bonne foi dans l'exécution des contrats. Ainsi, dans un arrêt de 2002²⁹⁰⁴, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que « *les dérobades répétées* » du client pour éviter de payer les factures éditées par le fournisseur d'électricité et de gaz justifiait la résiliation unilatérale des contrats de fourniture²⁹⁰⁵. Il est arrivé que les juges soulignent le caractère d'*intuitu personae* du contrat dans le cadre de la mise en œuvre de la conception subjective d'un manquement grave de nature à justifier la résolution unilatérale du contrat. Par exemple, dans un arrêt de 2017²⁹⁰⁶, la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel ayant retenu la possibilité pour le créancier de résoudre unilatéralement le contrat de fourniture de prestations d'ingénierie du son. La Haute juridiction approuva la cour d'appel d'avoir retenu, sur le fondement de l'ancien article 1184 du Code civil, l'existence d'un manquement suffisamment grave caractérisé par la livraison d'un son de médiocre qualité, le non-respect de certaines consignes lors des représentations et le comportement, préjudiciable à la tenue d'un spectacle en équipe, du gérant de la société de prestations. Le juge se livre à une appréciation subjective qui porte sur le comportement du débiteur de l'obligation qui n'a pas été exécutée. Il mentionne également en

²⁹⁰² Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2015, n^{os} 13-24726 et 13-25229, inédit.

²⁹⁰³ Com., 27 mai 1981, n^o 80-10696, *Bull. civ.* IV, 1981, n^o 252 ; Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n^o 85-13674, *Bull. civ.* I, 1987, n^o 134, p. 103, *D.*, 1988, p. 1, P. DELEBECQUE. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2002, n^o 99-21350, *Bull. civ.* I, 2002, n^o 187, p. 145, *Gaz Pal.*, n^o 299, 2002, p. 17, F. GHILAIN ; *JCP G*, n^o 40, 2002, 2522 ; *JCP E*, n^o 40, 2002, 1395 ; *JCP E*, n^o 16, 2003, 629, C. LACHIÈZE.

²⁹⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2002, n^o 99-21350, *Bull. civ.* I, 2002, n^o 187, p. 145, *Gaz Pal.*, n^o 299, 2002, p. 17, F. GHILAIN ; *JCP G*, n^o 40, 2002, 2522 ; *JCP E*, n^o 40, 2002, 1395 ; *JCP E*, n^o 16, 2003, 629, C. LACHIÈZE.

²⁹⁰⁵ V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n^o 85-13674, *Bull. civ.* I, 1987, n^o 134, p. 103, *D.*, 1988, p. 1, P. DELEBECQUE : la Haute juridiction approuva les juges du fond d'avoir caractérisé « *la négligence et la désinvolture excessives du débiteur* » d'une obligation de maintenance du système d'alarme contre le vol qu'il avait lui-même installé, permettant au créancier de résilier le contrat. V. également le comportement fautif du débiteur qui s'était, lors de démarchages de clients potentiels, attribué de façon mensongère la caution éditoriale d'un grand magazine avec lequel il avait conclu un contrat : Com., 15 sept. 2009, n^o 08-15872, inédit, *RDC*, n^o 1, 2010, p. 44, T. GENICON. V. encore le manquement grave d'un cavalier justifiant une rupture unilatérale du contrat d'inscription à un centre équestre en raison d'une « *violence verbale inadmissible à l'égard d'un membre du personnel* », « *des correspondances électroniques assidues à la limite du harcèlement et une agressivité envers les cavalières* » : Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, n^o 15-20614, inédit, *CCC*, n^o 12, 2016, comm. 249, L. LEVENEUR.

²⁹⁰⁶ Com., 8 nov. 2017, n^o 16-22289, inédit, *CCC*, n^o 2, 2018, comm. 24, L. LEVENEUR ; *JCP G*, n^o 16, 2018, act. 453, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE.

l'espèce la question de la qualité de la prestation ce qui permet d'envisager l'approche objective du manquement grave de nature à justifier la résolution unilatérale du contrat.

Dans un second temps, le manquement pouvait être jugé suffisamment grave et de nature à justifier la résolution unilatérale par le créancier s'il portait sur une obligation essentielle du contrat. Par exemple, dans le cadre d'un contrat d'exercice entre un médecin chirurgien et une clinique, la Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'un manquement d'une gravité suffisante permettant au chirurgien de mettre fin au contrat²⁹⁰⁷. Ce manquement résidait dans « *l'acharnement de la clinique à adresser périodiquement [au chirurgien] les factures qu'elle contestait, concrétisant ainsi sa décision de modifier unilatéralement une clause substantielle du contrat d'exercice [provoquant des] tracas [...] peu compatibles avec la sérénité indispensable à l'activité chirurgicale* » alors même que le chirurgien avait respecté un préavis d'un an pour mettre fin à ses interventions médicales. Le manquement est apprécié objectivement par référence à la nature du contrat en l'espèce : la clinique avait cherché à modifier unilatéralement la clause de facturation des prestations fournies par le chirurgien par le biais de courriers incessants. De façon similaire, dans un arrêt de 2009²⁹⁰⁸, la Cour de cassation se prononça sur un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt ayant retenu une faute grave du débiteur dans l'exécution de ses obligations dans le cadre d'un contrat de fourniture industrielle portant sur des pâtes fraîches. La Haute juridiction approuva la cour d'appel d'avoir « *retenu que la multiplication des non-conformités des produits aux critères microbiologiques définis par l'arrêté du 21 décembre 1979 susceptibles de conséquences sur la santé publique constituait une faute grave de la part de la société [...] a pu en déduire que cette contamination microbienne [des produits] justifiait la résiliation immédiate du contrat* ». À l'inverse de la conception subjective du manquement suffisamment grave dans laquelle le juge examine le comportement du débiteur, dans la conception objective, le juge apprécie le caractère essentiel de l'obligation qui n'a pas été exécutée²⁹⁰⁹. Si l'obligation revêt une place centrale dans le contrat, son inexécution est susceptible de justifier la résolution unilatérale. La Cour de cassation eut également l'occasion de préciser que l'inexécution seulement partielle

²⁹⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-10229, inédit, *JCP G*, n° 23, 2007, I. 161, P. GROSSER.

²⁹⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524, inédit, *RDC*, n° 1, 2010, p. 44, T. GENICON ; *LEDC*, n° 10, 2009, p. 7, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC*, n° 2, 2010, p. 690, C. PELLETIER.

²⁹⁰⁹ V. également en ce sens : Com., 30 juin 2009, n° 08-14944, inédit, *RDC*, n° 1, 2010, p. 44, T. GENICON ; *D.*, 2010, p. 224, S. AMRANI-MEKKI : les défauts visibles qui affectaient l'habillage en plastique d'un flacon de parfum diffusé à un prix exigeant un produit sans défaut ont à juste titre permis à la cour d'appel de caractériser la gravité du comportement du débiteur et en déduire que la rupture unilatérale du contrat était justifiée.

d'une obligation contractuelle essentielle puisse justifier la résolution²⁹¹⁰. Il s'agissait en l'espèce d'une demande de résolution judiciaire mais cette décision permet d'éclairer quels manquements contractuels sont susceptibles d'être jugés suffisamment graves et de nature à justifier la résolution aussi bien unilatérale que judiciaire. Dans cette affaire, le cédant d'un ensemble immobilier à usage de restaurant-discothèque s'était engagé à délivrer, en plus des locaux et du matériel nécessaire à l'exploitation, la licence de débit de boissons de la 4^{ème} catégorie. La licence ne fut jamais délivrée. Le cessionnaire agit en vue d'obtenir le prononcé de la résolution du contrat en raison du manquement à l'obligation de délivrance de la licence. La cour d'appel rejeta cette demande au motif que ce manquement n'avait pas été de nature à empêcher toute exploitation du fonds donné en location-gérance de sorte que la résolution pour inexécution totale n'était pas encourue. La Cour de cassation censura la décision des juges du fond sur ce point pour violation de l'ancien article 1184 du Code civil. Elle précisa que la « *résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat* », à charge pour les juges du fond de déterminer ce qu'est une obligation déterminante dans chaque espèce de contrat dont ils sont saisis.

672. Le critère du manquement suffisamment grave depuis la réforme du 10 février 2016. Le nouvel article 1224 fait simplement référence à une « *inexécution suffisamment grave* ». Il y a fort à parier que les tribunaux continueront donc de se référer aux deux approches de ce critère, mêlant ainsi la conception subjective et la conception objective. Plusieurs éléments sont susceptibles justifier la résolution aux yeux des tribunaux. L'appréciation de l'existence d'un manquement et de sa gravité nécessite pour le juge une lecture attentive du contrat. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'entretien et le nettoyage de parties communes d'un bâtiment, le juge du fond eut à lister tous les éléments explicitement visés par le contrat qui devait faire l'objet d'un entretien et la fréquence de cet entretien pour en déduire que « *l'arrachage des herbes dans la cour n'est pas prévu au contrat, ni l'enlèvement ou l'évacuation des encombrants posés à côté des poubelles par les locataires, le passage du personnel pour le ménage seulement une fois par semaine dans les cages d'escalier de vieux immeubles a pu, d'une part, passer inaperçu pour les locataires, et d'autre part, ne permettait*

²⁹¹⁰ Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ.* IV, 1996, n° 198, p. 170, *Defrénois*, 1996, n° 22, p. 1364, D. MAZEAUD ; *LPA*, n° 81, 1996, P. M ; *RTD civ.*, 1996, p. 982, R. PERROT ; *RTD com.*, 1996, p. 657, J. DERRUPPÉ ; *RTD civ.*, 1996, p. 923, P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.*, 1997, p. 130, J. MESTRE.

pas d'éviter la poussière et les toiles d'araignées entre deux passages »²⁹¹¹. Par conséquent, l'herbe non entretenue ou la présence de poussière ne pouvait constituer un manquement suffisamment grave de nature à justifier la résolution du contrat d'entretien par le créancier.

De façon générale, il ressort des arrêts des cours d'appel que le juge du fond apprécie l'existence et la gravité du manquement en fonction, d'une part des stipulations contractuelles, et d'autre part de sa conception de ce qui, dans chaque type de contrat, peut constituer une inexécution dirimante du contrat. Par exemple, « *la difficulté temporaire de paramétrer une boîte mail par méconnaissance des identifiants et mots de passe et des autorisations d'accès* » est qualifié de « *reproche technique futile* », les autres dysfonctionnements n'étant pas démontrés²⁹¹². De la même façon, l'absence d'étalonnage d'une machine qui n'a pas empêché le créancier de s'en servir pendant plusieurs semaines ainsi que la livraison d'une machine affichant un nombre trop élevé d'heures d'utilisation pour correspondre au seul temps nécessaire à la réalisation des essais en usine, constituaient deux défauts de conformité aux stipulations contractuelles, mais des défauts trop mineurs pour justifier la résolution du contrat²⁹¹³.

Dans un arrêt de 2021²⁹¹⁴, la cour d'appel de Paris eut à connaître de deux contrats de franchise et d'approvisionnement conclus en 2019 dans le cadre de relations commerciales continue depuis 2013. Le franchisé fit parvenir au franchiseur un premier mail d'alerte des conditions des enseignes franchisées en juillet 2017, puis de multiples courriels et bilans adressés au franchiseur attirant l'attention sur la rentabilité décroissante des points de vente et la nécessité de prendre des mesures en vue d'y remédier. Dans les derniers courriels fut mentionnée la possible résolution des contrats de franchise. La résolution fut finalement signifiée au franchiseur en octobre 2020. La cour d'appel retint le caractère licite d'une telle résolution. Se dessine l'approche objective du manquement grave : quelle est la teneur de l'inexécution, porte-t-elle sur une obligation essentielle du contrat. En l'espèce, l'objectif de la franchise est de rentabiliser les points de vente : franchiseur manque à ses obligations

²⁹¹¹ CA Pau, 1^{ère} ch., 3 janv. 2023, n° 21/00841.

²⁹¹² CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 30 nov. 2021, n° 19/01960.

²⁹¹³ CA Bourges, 1^{ère} ch., 9 mars 2023, n° 22/00238.

²⁹¹⁴ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 30 sept. 2021, n° 21/03250. Le franchisé évoquait également l'art. L. 442-1, II du C. de commerce qui dispose qu' : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». La cour rejeta l'existence d'une rupture brutale des relations commerciales par le franchisé.

essentielles. Le juge se fonde aussi en partie sur son bon sens : il existe une différence notoire entre un prestataire informatique qui ne donne pas suite à une demande d'informations pour paramétrer une boîte mail et un franchiseur qui reste indifférent aux sollicitations d'un franchisé faisant état de la perte de la rentabilité de ses points de vente.

Les juges du fond adoptent une approche nécessairement casuistique : ils doivent prendre en compte la nature du contrat, ses stipulations, et l'obligation sur laquelle porte l'inexécution reprochée. Dans les arrêts étudiés, le juge n'a pas recours à un expert pour déterminer l'état d'usure d'une machine l'importance de défaut informatique. Le juge décide sans avis extérieur dans des types de contrats très variés s'il existe un manquement et si celui-ci est suffisamment grave.

673. La motivation nécessaire de la caractérisation du manquement grave. La consécration du pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier le manquement grave de nature à justifier la résolution unilatérale pour inexécution ne dispense pas les juges du fond de motiver leur décision. Ces derniers doivent explicitement indiquer en quoi le comportement du débiteur constitue un manquement suffisamment grave, ou en quoi l'obligation revêt un caractère essentiel de telle sorte que son inexécution constitue un manquement suffisamment grave. En raison de l'absence d'une motivation explicite, la Cour de cassation a pu censurer pour défaut de base légale au regard des anciens articles 1184 et 1134 du Code civil, la décision des juges du fond constatant seulement que le manquement de l'expert en automobiles pouvait entraîner la rupture prématurée des relations contractuelles sans rechercher si « *son comportement revêtait une gravité suffisante* »²⁹¹⁵. La réforme de 2016 n'a pas eu d'impact sur l'exigence d'une motivation des juges du fond dans la caractérisation du manquement grave.

674. La sanction de la résolution abusive. L'article 1228 du Code civil dispose que « [le] juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». Si le juge a été saisi d'une contestation du débiteur de la résolution notifiée par le créancier, il pourra constater la résolution si le manquement grave est caractérisé.

²⁹¹⁵ Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *D.*, 2001, p. 1568, C. JAMIN ; *D.*, 2001, p. 3239, D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2001, p. 363, J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois*, n° 11, 2001, p. 705, É. SAVAUX ; *Gaz. Pal.*, n° 179, 2001, p. 13, F. GHILAIN ; *JCP E*, n° 17, 2001, p. 684 ; *JCP G*, n° 16, 2001, p. 1683. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *RTD civ.*, 2004, p. 89, J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G*, n° 28, 2004, II 10108, C. LACHIÈZE ; *CCC*, n° 1, 2004, comm. 4, L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.*, n° 48, 2004, p. 17 ; *RDC*, n° 2, 2004, p. 273, L. AYNÈS et D. MAZEAUD ; *RLDC*, n° 2, 2004, n° 40, É. GARAUD.

Il prononcera la résolution ou ordonnera l'exécution avec l'octroi d'un délai au débiteur ou des dommages et intérêts accordés au créancier s'il est saisi *a priori*, c'est-à-dire sans résolution unilatérale préalable du contrat par le créancier. Le critère du manquement grave est identique, que le juge doive constater la résolution issue de la notification par le créancier ou qu'il doive prononcer la résolution après avoir été saisi par le créancier. L'intérêt pour le créancier de solliciter *a priori* le juge pour demander la résolution judiciaire est faible depuis qu'il peut résoudre unilatéralement le contrat. Néanmoins, la disposition conserve une certaine utilité pour plusieurs raisons. D'abord, la résolution unilatérale se fait par le biais d'une notification adressée par le créancier au débiteur. Aux termes du troisième alinéa de l'article 1226 du Code civil, le créancier doit exposer les raisons qui motivent la résolution. Cette exigence de motivation, doit probablement s'entendre de façon souple : il y a fort à parier qu'en droit commun, le créancier ne serait pas tenu de détailler longuement les motifs de la résolution comme doit le faire l'employeur pour les motifs de licenciement²⁹¹⁶. Cependant, la mention dans la notification de la résolution au débiteur doit permettre d'éviter que le créancier n'invoque d'autres motifs de résolution devant le juge si celui-ci était saisi par le débiteur. La notification pourrait avoir pour effet de fixer les termes du débat du point de vue du créancier²⁹¹⁷. Cela serait souhaitable afin d'équilibrer le rapport entre le créancier et le débiteur car la résolution unilatérale est dérogoratoire du principe de liberté contractuelle : les parties peuvent toujours mettre fin au contrat ou le modifier d'un commun accord. La résolution prise à l'initiative du seul créancier ne doit alors pas devenir un mécanisme mis en œuvre sans considération sérieuse préalable. Les motifs invoqués dans la notification doivent refléter la réflexion du créancier et limiter ses arguments dans le débat éventuel devant les tribunaux. Pour le créancier qui ne veut pas prendre le risque de voir fixer les termes du débat par la notification, la demande en résolution judiciaire prévue par l'article 1228 du Code civil peut sembler préférable. Ensuite, dans les cas où le créancier est particulièrement diligent, il préférera solliciter la résolution judiciaire *a priori* sans prendre le risque de devoir verser au débiteur des dommages et intérêts pour le cas où le juge estimerait qu'il n'y a pas de manquement suffisamment grave.

En effet, dans le cas où le créancier a résolu le contrat sans avoir pu convaincre le juge de la gravité de l'inexécution, la résolution unilatérale est dépourvue d'effet et peut donner lieu

²⁹¹⁶ Art. L. 1232-6 C. travail.

²⁹¹⁷ Pierre-Yves GAUTHIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.*, 2014, n° 240, p. 70.

à l'octroi de dommages et intérêts au bénéfice du débiteur. La jurisprudence antérieure à la réforme du 10 février 2016 admettait déjà la possibilité pour le juge de conclure à l'illicéité de la résolution et d'en déduire la poursuite du contrat. Par exemple, dans un arrêt de 2001²⁹¹⁸, la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir ordonné sous astreinte la poursuite des relations contractuelles entre un médecin et la clinique au sein de laquelle il exerçait. Si le débiteur en formule la demande, le juge peut également octroyer des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi par le débiteur du fait de la résolution. Ce préjudice réside dans le manque à gagner engendré par la résolution abusive du contrat. Par exemple, le débiteur de prestations informatiques subit un manque à gagner dans la mesure où il n'a pu effectuer, et être rémunéré pour, les prestations de maintenance du matériel livré²⁹¹⁹.

L'objectif de la consécration textuelle de la résolution unilatérale est d'offrir aux contractants un mécanisme leur permettant de mettre fin à un contrat dont l'exécution n'est pas satisfaisante, sans l'intervention des tribunaux. Le juge français reste néanmoins présent pour éviter des résolutions unilatérales abusives de la part du créancier. De la même façon, le juge anglais peut être amené à apprécier le bien-fondé de la résolution unilatérale du contrat pour manquement du contractant à ses obligations. Ce mécanisme porte le nom de *termination for breach*.

B) L'appréciation du bien-fondé de la *termination for breach*

675. L'appréciation de l'existence d'un *breach of contract*. En principe, le droit anglais autorise le contractant victime d'un manquement contractuel à se comporter comme s'il était libéré de ses propres obligations, ce qui aboutit en quelque sorte à une fin *de facto* du contrat. Cependant, tous les manquements contractuels ne donnent pas lieu à une telle prérogative. Le créancier peut se prétendre libéré de ses obligations dans deux cas qu'il revient au juge de caractériser. Ce dernier sera amené à constater que la stipulation contractuelle non-exécutée constitue une *condition*, c'est-à-dire une stipulation essentielle du contrat (1), ou à

²⁹¹⁸ Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, n° 99-12478, inédit, *RTD civ.*, 2001, p. 590, J. MESTRE et B. FAGES. V. aussi le prononcé de la poursuite des relations contractuelles à titre de mesure conservatoire en vue d'éviter un « *dommage imminent* » sur le fondement de l'art. 873 du CPC : Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ.* I, 2000, n° 286, p. 105, *D.*, 2001, p. 256, C. JAMIN et M. BILLAU ; *RTD civ.*, 2001, p. 135, J. MESTRE et B. FAGES ; *RDI*, 2001, p. 133, G. DURRY ; *D.*, 2001, p. 1137, D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2002, p. 13, J. NORMAND ; *Gaz. Pal.*, n° 349, 2001, p. 28 ; *Gaz. Pal.*, n° 330, 2000, p. 15 ; *RGDA*, n° 4, 2000, p. 1064, J. KULLMANN ; *Gaz. Pal.*, n° 6, 2001, p. 21, F. GHILAIN ; *Deffrénois*, n° 6, 2001, p. 437, É. SAVAUX ; *Gaz. Pal.*, n° 109, 2001, p. 37, B. AMAUDRIC DU CHAFFAUT et J.-F. FORGERON ; *Dr. et patr.*, n° 98, 2001, F. CHABAS.

²⁹¹⁹ CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 30 nov. 2021, n° 19/01960.

vérifier que l'inexécution correspond à un « *fundamental breach* », c'est-à-dire qu'elle revêt un caractère fondamental (2).

1) La qualification de la *condition*, stipulation essentielle du contrat

676. La hiérarchisation des termes du contrat. Le droit des contrats anglais reconnaît une distinction entre les stipulations contractuelles essentielles, nommées *conditions*²⁹²⁰, et les stipulations contractuelles secondaires, nommées *warranties*. Cette hiérarchie entre les différentes stipulations contractuelles fut clairement établie dans un arrêt de 1910 de la *House of Lords* que « [c]ertaines [obligations] touchent si directement à la substance du contrat ou, en d'autres termes, sont si indispensables à sa nature même que leur inexécution peut raisonnablement être considérée par l'autre partie comme un manquement substantiel à l'exécution du contrat. D'autre part, il existe des obligations qui, bien qu'elles doivent être exécutées, ne sont pas si vitales que leur inexécution touche à la substance du contrat. L'usage a consacré le terme "condition" pour décrire une obligation de la première catégorie et le terme "warranty" pour décrire une obligation de la seconde catégorie »²⁹²¹. L'inexécution d'une *condition* permet au créancier d'agir comme s'il était libéré du contrat pour l'avenir dès le premier manquement car cette dernière est considérée comme une stipulation « *fondamentale pour l'efficacité du contrat* »²⁹²². Le créancier doit avertir le débiteur de la résolution mais n'est pas tenu de le mettre en demeure d'exécuter les obligations visées par la *condition*. Cette jurisprudence fut reprise dans le *Sale of Goods Act* qui s'applique en matière de vente. Ce texte ne pose pas de définition légale de la *condition* mais dispose que son inexécution ouvre droit, pour le créancier, à des dommages et intérêts ainsi qu'au droit de considérer que le contrat est résolu²⁹²³. En outre, cette loi définit la *warranty* comme une stipulation « *accessoire par*

²⁹²⁰ En droit anglais, le terme « *condition* » désigne également, comme en droit français, un évènement qui suspend la naissance de l'obligation contractuelle, mais les juges et la doctrine anglais se réfèrent plus couramment à l'expression de « *condition precedent* » pour le désigner. V. Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 2-105, p. 70 ; John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 282.

²⁹²¹ Lord Justice MOULTON in *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, *England and Wales Court of Appeal*, 21 juin 1910, [1910] 2 K.B. 1003, p. 1012 : « *There are some [obligations] which go so directly to the substance of the contract or, in other words, are so essential to its very nature that their non-performance may fairly be considered by the other party as a substantial failure to perform the contract at all. On the other hand there are other obligations which, though they must be performed, are not so vital that a failure to perform them goes to the substance of the contract ... later usage has consecrated the term "condition" to describe an obligation of the former class and "warranty" to describe an obligation of the latter class* ».

²⁹²² *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley BC*, *House of Lords*, 23 mars 1977, [1978] A.C. 904, p. 945 : « *so fundamental to the efficacy of the contract that any breach discharges the other party from his contractual obligations* ».

²⁹²³ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 11(3).

rapport à l'objet principal [du] contrat, dont la violation donne lieu à une demande de dommages et intérêts, mais non à un droit de rejeter les marchandises et de considérer le contrat comme résolu »²⁹²⁴.

677. La qualification et la hiérarchisation des stipulations retenues par les parties.

Il revient au juge de déterminer si une stipulation contractuelle correspond à une *condition* ou à une *warranty*. Le *Sale of Goods Act* apporte d'utiles précisions en la matière : « *La question de savoir si une stipulation dans un contrat de vente est une condition, dont la violation peut donner lieu à un droit de considérer le contrat comme répudié, ou une garantie, dont la violation peut donner lieu à une demande de dommages et intérêts mais pas à un droit de rejeter les marchandises et de considérer le contrat comme répudié, dépend dans chaque cas de l'interprétation du contrat ; et une stipulation peut être une condition, même si elle est appelée une garantie dans le contrat* »²⁹²⁵. L'intention des parties, décelée à travers l'interprétation du contrat, est le premier facteur permettant aux juges de déterminer si la stipulation non-exécutée correspond à une *condition* ou à une *warranty*. Dans un arrêt de 1922²⁹²⁶, la *House of Lords* eut à connaître d'un contrat d'assurance portant sur des véhicules. Le contrat stipulait que « [toute] déclaration erronée ou toute dissimulation de la part de l'assuré concernant une circonstance importante pour l'évaluation de la prime ou en rapport avec un sinistre entraîne la nullité de la police d'assurance ». La société assurée avait mentionné l'adresse de son siège, mais pas l'adresse où se trouvaient garés les véhicules objets du contrat d'assurance. Lorsque ceux-ci furent détruits dans un incendie, l'assureur refusa d'indemniser l'assuré en application de la clause. L'assuré agit en vue d'obtenir l'indemnisation du sinistre par l'assureur qui se prévalait non pas de l'application de la cause elle-même, mais de son caractère de stipulation essentielle pour en déduire être libéré de son obligation d'indemnisation. La *House of Lords* n'était donc pas invitée à vérifier si l'adresse où se trouvaient garés les véhicules constituait une « *circonstance importante pour l'évaluation de la prime* », mais à déterminer si cette clause obligeant l'assuré à procéder à des déclarations exactes et à éviter la réticence d'informations

²⁹²⁴ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 61(1) : « “warranty” (as regards England and Wales and Northern Ireland) means an agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated ».

²⁹²⁵ *Sale of Goods Act 1979*, 1979 c. 54, s. 11(3) : « *Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; and a stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract* ».

²⁹²⁶ *Dawsons Ltd v. Bonnin*, *House of Lords*, 14 juill. 1922, 1922 S.C. (H.L.) 156.

constituait une *condition*. Elle retint qu'une telle clause constituait une stipulation essentielle du contrat d'assurance sur le fondement de la volonté des parties. En effet, le contrat prévoyait explicitement que certains termes contractuels, dont la stipulation litigieuse, formaient « *la base du contrat d'assurance* » et étaient nommés « *conditions* ». Lorsque l'*instrumentum* catégorise expressément certaines stipulations, les juges ont tendance à retenir la qualification donnée par les parties.

678. La relative efficacité de la hiérarchisation conventionnelles des stipulations contractuelles. Cependant, cette règle n'est pas absolue. Dans un arrêt de 1973²⁹²⁷, la *House of Lords* précisa que le juge anglais n'est pas lié par la qualification expresse que les parties ont donné aux stipulations contractuelles. Dans cette affaire, un contrat conclu par un agent commercial l'obligeait à se présenter une fois par semaine auprès de chacun des six constructeurs automobiles désignées dans le contrat en vue de vendre les pièces produites par son client. La clause était libellée comme une *condition*. Le contrat précisait également qu'en cas de manquement à leurs obligations, chacune des parties pourrait user de son droit de *termination for breach*, sous réserve d'avoir au préalable fait parvenir à son cocontractant une mise en demeure restée infructueuse pendant 60 jours. L'agent commercial n'ayant pas rempli son devoir de représentation selon la fréquence stipulée, le client lui fit connaître sa décision de résoudre le contrat, sans lui avoir au préalable envoyé de mise en demeure. L'agent commercial agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts destinés à compenser la résolution qu'il estimait illicite en raison de l'absence de mise en demeure. La *House of Lords* fit droit à cette demande. Elle précisa que, lorsqu'il s'agit de déterminer l'intention des parties quant à la nature de *condition* d'une stipulation contractuelle, « *l'utilisation du mot "condition" est un indice - même un indice fort - d'une telle intention, mais il n'est en aucun cas concluant* »²⁹²⁸. Le juge peut donc, si d'autres facteurs le lui permettent, ignorer la qualification explicite mentionnée par les parties et conclure à la qualification inverse. En l'espèce, le facteur prépondérant résidait dans le caractère déraisonnable de la qualification de *condition* pour une telle stipulation. Si celle-ci était traitée comme *condition*, l'absence d'une seule visite à un constructeur automobile était suffisante à justifier la résolution par le client, sans mise en demeure, alors que la durée du contrat et la fréquence prévue des visites aboutissait à un total de 1 400 sollicitations par l'agent

²⁹²⁷ L. Schuler AG v. Wickman Machine Tools Ltd, *House of Lords*, 4 avril 1973, [1973] UKHL 2, [1974] A.V. 235.

²⁹²⁸ *Ibid.*, p. 251 : « *Use of the word "condition" is an indication — even a strong indication — of such an intention but it is by no means conclusive* ».

commercial. Le caractère déraisonnable d'un tel résultat, si la stipulation devait être qualifiée de *condition*, conduisit les juges à considérer que les parties ne pouvaient avoir recherché à mettre en place une telle situation, sauf à ce que cela constitue la seule interprétation possible du contrat. Or la stipulation exigeant que le créancier mette en demeure son débiteur de s'exécuter permettait de retenir une autre interprétation : cela suggérait que les parties souhaitaient se laisser la possibilité de remédier à une défaillance dans l'exécution de façon amiable, avant d'envisager la résolution. À défaut, la stipulation relative à la mise en demeure aurait été entièrement dépourvue d'utilité. Par conséquent, les juges en déduisirent que la stipulation relative aux obligations de l'agent ne pouvait être qualifiée de *condition* de telle sorte que le créancier ne pouvait pas s'estimer libéré en cas de manquement. Il était au contraire tenu de mettre en demeure l'agent commercial de procéder aux visites contractuelles prévues. De façon similaire, la *Court of Appel* eut à connaître d'un contrat de louage de matériel informatique contenant une clause ainsi rédigée : « *le preneur s'engage à payer avec ponctualité et sans demande préalable les loyers indiqués dans la partie 3 de l'annexe [...] le paiement ponctuel de chacun d'entre eux étant l'essence même du présent bail* ». Les juges retinrent qu'une telle clause posant explicitement le caractère essentiel d'un paiement effectué dans les temps, elle ne pouvait être qualifiée que de *condition* permettant au bailleur de s'estimer libéré dès le premier retard de paiement²⁹²⁹.

679. La prise en compte de facteurs extérieurs à la volonté contractuelle. La volonté contractuelle explicite occupe une place prépondérante dans la question de la hiérarchie des stipulations, mais l'intention des parties quant à la nature des stipulations contractuelles et leur hiérarchie au sein du contrat n'est pas toujours explicite. Par conséquent, les juges déduisent parfois des circonstances qui entourent la conclusion du contrat que l'intention des parties était de considérer la stipulation non-exécutée comme une *condition*. Dans l'arrêt de principe²⁹³⁰, les juges eurent à connaître d'un contrat d'affrètement d'un navire conclu entre un armateur et un affréteur. Le contrat stipulait que le navire devait « *être prêt à naviguer le 4 février ou avant* », ce qui ne fut pas le cas. La cour retint que dans le cas d'un armateur et d'un affréteur, « *les deux parties étaient conscientes du fait que le succès d'une aventure commerciale dépend, dans la plupart des cas, du commencement du transport à une date donnée* ». Pour cette raison, les

²⁹²⁹ Cette solution a probablement également été guidée par l'idée, très présente en droit anglais, que dans un contrat entre deux professionnels, il existe une présomption que « *le temps relève de l'essence du contrat* », « *time is the essence of the contract* », v. *infra* n° 679.

²⁹³⁰ *Glaholm v. Hays, Irvine, and Anderson, Court of Common Pleas*, 1^{er} janv. 1841, 133 E.R. 743.

juges précisèrent que « *l'exécution de la stipulation touch[ait] à la racine même [...] du contrat* » : la stipulation avait pour objectif d'assurer la rapidité et le caractère certain du départ des marchandises et si elle n'était pas respectée, le contrat perdait de l'intérêt pour le créancier. Les juges anglais ont développé au fil des décisions une présomption que toute clause relative à un délai ou un point de départ, plus largement relative au temps, dans un contrat commercial est une *condition*²⁹³¹.

Un arrêt de 1981²⁹³² le confirme. La *House of Lords* précisa que « *les tribunaux ne doivent pas hésiter, si les intentions des parties telles qu'elles résultent du contrat l'indiquent, à considérer qu'une obligation a la force d'une condition* »²⁹³³. Dans cette affaire, le fournisseur s'était engagé à livrer à l'acquéreur une importante quantité de plats préparés destinés à la grande distribution. Le contrat se référait aux conditions générales prévues par la *Grain and Feed Trade Association Ltd* qui obligent l'acheteur à notifier au moins quinze jours à l'avance la localisation et les dates de disponibilité des navires qui transporteront les marchandises. L'acquéreur fit connaître la disponibilité de ses navires tardivement. Le fournisseur estima que cette stipulation constituait une *condition* et que le manquement de l'acquéreur lui permettait de considérer que le contrat était résolu et de réclamer des dommages et intérêts. La *House of Lords* fit droit à ces demandes, au motif que le fournisseur avait besoin d'un préavis suffisant pour lui permettre de préparer les marchandises en vue de leur chargement aux dates et lieux indiqués ce qui expliquait la référence aux conditions générales de la *Grain and Feed Trade Association Ltd*. Elle ajouta également que dans un contrat conclu entre deux commerçants²⁹³⁴, le temps relève généralement de l'essence du contrat, « *time is of the essence of the contract* »²⁹³⁵. La formulation utilisée dans les arrêts est souvent large et fait référence aux « *commercial contracts* » mais les arrêts en ce sens concernent principalement des contrats d'affrètement et les clauses relatives à la date de départ du navire. En outre, cette présomption

²⁹³¹ Il en va de même pour la location d'un navire dans le contrat d'affrètement : *Behn v. Burness*, (1863), 3 B. & S. 751. Le contrat stipulait que le navire était « *présentement amarré au port d'Amsterdam* » mais se trouvait en réalité amarré dans un autre port. Les juges estimèrent que, dans un contrat d'affrètement, la localisation du navire ne pouvait être qu'une *condition* car elle revêt une importance primordiale d'un point de vue commercial.

²⁹³² *Bunge Corp v. Tradax Export SA*, *House of Lords*, 25 fév. 1981, [1981] 1 W.L.R. 711.

²⁹³³ *Ibid.*, n° 716 : « *the courts should not be reluctant, if the intentions of the parties as shown by the contract so indicate, to hold that an obligation has the force of a condition* ».

²⁹³⁴ *V. United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council*, *House of Lords*, 23 mars 1977, [1978] A.C. 904 : à l'inverse, dans un contrat de bail conclu entre une société et une entité publique, il est présumé que le temps n'est pas un facteur essentiel dans l'application d'une clause de révision du loyer. Par conséquent, l'absence de révision du loyer par le bailleur aux dates contractuellement stipulées ne constitue pas un manquement à une *condition* et n'empêche pas ce dernier de solliciter la révision ultérieurement.

²⁹³⁵ *V. dans le même sens : Maredelanto Compania Naviera SA v. Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)*, *The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 15 déc., 1969, [1970] 2 W.L.R. 907.

n'est pas irréfragable. Dans un arrêt de 1994²⁹³⁶, un contrat d'affrètement stipulait que le fréteur devait permettre le retour du navire à son port initial à une date spécifique. Le fréteur utilisa le navire pour un transport de marchandises organisé tardivement et le navire rejoint son port initial 8 jours après la date prévue. L'affréteur considéra que cette stipulation constituait une *condition* et que son non-respect l'autorisait à se considérer libéré du contrat. La *House of Lords* estima que la stipulation n'était pas une *condition* parce qu'il s'agissait, non pas de partir à un jour spécifique, mais de revenir au port initial à un jour spécifique ce qui, dans un contrat d'affrètement, est un élément trop imprévisible en raison des aléas de la navigation. En droit anglais, qualifier la stipulation relative au temps de *condition* a pour conséquence de considérer que même un retard d'un jour pouvait permettre la résolution, ce qui, dans ces circonstances, était excessif et déraisonnable.

La jurisprudence montre que les clauses trop larges qui stipulent que tout manquement donnera lieu au droit pour le créancier de résoudre le contrat ne sont généralement pas considérées comme des *conditions*. Dans un arrêt de 2000²⁹³⁷, le *Borough Council* de Yarmouth, institution publique, conclut un contrat d'une durée de quatre ans avec un prestataire chargé de la gestion d'un centre de loisirs et de l'entretien d'installations sportives, de parcs, de jardins, et d'aires de jeux. Le contrat stipulait que si le prestataire « *commettait un manquement à l'une de ses obligations* », la municipalité serait en droit de mettre un terme au contrat. Les obligations du prestataire étaient détaillées dans un document conséquent imposant la floraison de fleurs à certains moments de l'année, le maintien de pelouses parfaitement tondues, ou encore l'entretien d'un terrain de football afin de permettre son utilisation à tout moment. La *Court of Appeal* estima que la clause litigieuse ne pouvait avoir pour effet de faire de toutes les stipulations relatives aux obligations du prestataire des *conditions*, car cela signifierait que toutes les obligations, quelle que soit leur place au sein du contrat, revêtaient toutes la même importance. Les juges estimèrent qu'une telle interprétation était déraisonnable et dépourvue de bon sens commercial car les relations contractuelles ne pourraient se dérouler paisiblement si n'importe quel manquement, quelle que soit sa gravité, permettait au créancier de mettre fin au contrat. Cette interprétation s'éloigne en réalité considérablement de la volonté des parties dans la mesure où la clause vise explicitement et indifféremment « *l'une des obligations du*

²⁹³⁶ Torvald Klaveness A/S v. Arni Maritime Corp (The Gregos), *House of Lords*, 27 oct., 1994, [1994] 1 W.L.R. 1465.

²⁹³⁷ Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth BC, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 30 juin 2000, [2003] TCLR 1.

prestataire ». Sous couvert d'interprétation du contrat et de recherche de la volonté des parties, le juge anglais prend en compte les circonstances de conclusion du contrat, la nature du contrat, l'attitude et la qualité des parties et fait aussi appel à son propre bon sens pour déterminer ce qui, dans le contexte, constitue ou non une obligation fondamentale du contrat.

Lorsque le débiteur manque à son obligation stipulée dans une *condition*, il n'est pas nécessaire que ce manquement revête une gravité particulière²⁹³⁸. Cependant, la nature de *warranty* de la clause non exécutée ne prive pas le créancier de toute possibilité de résoudre le contrat. Les juges anglais ont progressivement développé un critère alternatif : lorsque la stipulation n'est pas essentielle, un *fundamental breach* permet au créancier de s'estimer libéré de ses obligations.

²⁹³⁸ Lord MUSTILL *in* Lombard North Central Plc v. Butterworth, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 1986, [1987] Q.B. 527 : dans le cas d'une stipulation imposant un paiement des loyers sans délai et considérée comme une *condition*, « le retard dans l'exécution est considéré comme allant à la racine du contrat, sans qu'il y ait besoin de tenir compte de la gravité du manquement contractuel ».

2) La caractérisation d'un « *fundamental breach* » des promesses contractuelles

680. Le développement progressif d'un critère alternatif. Initialement, les juges anglais s'attachaient à déterminer la nature de la stipulation contractuelle, *condition* ou *warranty*, pour déterminer si la non-exécution permettait au créancier de résoudre le contrat. Grâce à un arrêt de 1962 de la *Court of Appeal*²⁹³⁹, une troisième catégorie de stipulations se développa progressivement : l'*intermediate term*, c'est-à-dire une stipulation dont la nature ne peut être déterminée grâce à l'interprétation de l'*instrumentum*. Les juges reconnurent que, lorsque la volonté des parties ne permettait pas de déterminer la nature de la stipulation ce qui était souvent le cas, il était plus pertinent d'envisager la question du droit à résolution sous un autre angle. Selon la théorie développée par les juges dans l'arrêt *Hongkong Fir Shipping* de 1962, la possibilité de résoudre le contrat dépend des conséquences de l'inexécution : si l'inexécution prive de l'avantage attendu du contrat, alors le créancier est en droit de résoudre le contrat et de réclamer des dommages et intérêts ; à défaut, il ne peut réclamer que des dommages et intérêts. Dans l'affaire *Hongkong Fir Shipping*, le contrat d'affrètement contenait une clause de « *navigabilité* »²⁹⁴⁰, courante dans ce type de conventions. Les juges de la *Court of Appeal* rappelèrent qu'une telle clause n'est pas une *condition* au sens classique du terme²⁹⁴¹. Cependant, ils ajoutèrent qu'il peut s'agir d'une clause dont la violation, si elle est suffisamment grave, peut aller « *à la racine du contrat* ». Cette réflexion permit le développement de la notion de *fundamental breach* qui fut plus clairement définie dans un arrêt de principe de 1980²⁹⁴² comme un manquement qui « *a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité de l'avantage qu'il devait retirer du contrat* »²⁹⁴³. Cette nouvelle approche a pu créer une légère confusion entre les deux méthodes retenues pour déterminer si le créancier est en droit de résoudre le contrat. En effet, il était tentant de dire que, lorsque l'inexécution a pour effet de

²⁹³⁹ *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hongkong Fir)*, *England and Wales Court of Appeal*, 20 déc. 1961, [1962] 2 Q.B. 26, [1962] 2 W.L.R. 474.

²⁹⁴⁰ *Seaworthiness*.

²⁹⁴¹ Selon une jurisprudence constante : *The Europa*, *Divisional Court*, 3 déc. 1907, [1908] P. 84 ; *J&E Kish v. Charles Taylor & Sons & Co*, *House of Lords*, 10 mai 1912, [1912] A.C. 604 : les juges anglais estiment que la navigabilité du navire n'est pas une *condition* car, si le navire doit être en mesure de naviguer au moment du départ, le capitaine ne peut être tenu de garantir la navigabilité absolue du navire quelles que soient les difficultés rencontrées en mer. La solution tient à la rigidité du régime de la *condition* : si la navigabilité est considérée comme une *condition*, tout manquement serait alors considéré comme suffisamment grave pour permettre la résolution par le créancier en dépit des aléas indéniables du transport en mer.

²⁹⁴² *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd*, *House of Lords*, 14 fév. 1980, [1980] A.C. 827.

²⁹⁴³ Lord DIPLOCK *in ibid.*, p. 849 : « [A fundamental breach] has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract [...] ».

priver le contractant de l'avantage qu'il était censé retirer du contrat, cela signifie que la stipulation non exécutée correspond à une *condition*²⁹⁴⁴. Néanmoins, il semble que les juges n'effectuent pas cette confusion dans leur raisonnement. Depuis le développement du critère du *fundamental breach*, les juges ont pu avoir recours à la volonté des parties dans le but de distinguer la *condition* de la *warranty* car celle-ci apparaissait clairement²⁹⁴⁵. Cependant, la caractérisation d'une *condition* est indépendante du caractère fondamental de l'inexécution car toute inexécution d'une *condition*, quelle que soit sa gravité, ouvre droit à résolution²⁹⁴⁶. Inversement, la caractérisation d'un *fundamental breach* ne fait pas appel à la distinction entre les *conditions* et les *warranties*.

681. L'appréciation du caractère fondamental du manquement contractuel. L'idée que l'inexécution contractuelle doive revêtir une certaine gravité pour ouvrir le droit au créancier de résoudre le contrat est présente dans des décisions anciennes²⁹⁴⁷. Elle fut véritablement théorisée dans un arrêt de 1962²⁹⁴⁸, et connut un plus grand essor dans des décisions ultérieures qui précisèrent ce qui constitue un manquement d'une gravité suffisante pour justifier la résolution par le créancier. Les juges anglais ont pu le définir comme un manquement qui « *a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité de l'avantage qu'il devait retirer du contrat* »²⁹⁴⁹, ou encore invoquer le « *principe selon lequel, pour qu'il puisse*

²⁹⁴⁴ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n° 18-043, p. 981. V. *contra* une approche distinguant clairement les deux méthodes : John CARTWRIGHT, *Contract law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, p. 282.

²⁹⁴⁵ *Astley Industrial Trust v. Grimley, England and Wales Court of Appeal*, 8 mars 1963, [1963] 1 W.L.R. 584.

²⁹⁴⁶ Lord MUSTILL in *Lombard North Central Plc v. Butterworth, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 31 juill. 1986, [1987] Q.B. 527 : dans le cas d'une stipulation imposant un paiement des loyers sans délai et considérée comme une *condition*, « *le retard dans l'exécution est considéré comme allant à la racine du contrat, sans qu'il y ait besoin de tenir compte de la gravité du manquement contractuel* ».

²⁹⁴⁷ *Boone v. Eyre, Court of Common Pleas*, 1^{er} janv. 1779, 96 E.R. 767 ; *The Duke of St. Alban's v. Shore, Court of Common Pleas*, 29 juin 1789, 126 E.R. 158 ; *Ellen v Topp 1851* : « *The question seems to be, whether, notwithstanding the breach, the contract can be substantially carried out, and whether adequate compensation can be obtained for such breach* » ; « *La question semble être de savoir si, en dépit de l'inexécution, la substance du contrat peut être exécutée et si une compensation adéquate peut être obtenue pour réparer l'inexécution* ». Il s'agit des prémisses d'une distinction entre une inexécution si grave que la poursuite du contrat ne peut être envisagée, et une inexécution suffisamment bénigne pour être réparée par des dommages et intérêts.

²⁹⁴⁸ *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hongkong Fir), England and Wales Court of Appeal*, 20 déc. 1961, [1962] 2 Q.B. 26, [1962] 2 W.L.R. 474.

²⁹⁴⁹ Lord DIPLOCK in *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd, House of Lords*, 14 fév. 1980, [1980] A.C. 827, p. 849 : « *[A fundamental breach] has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract [...]* ». V. aussi : Lord Justice BUCKLEY in *Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd, England and Wales Court of Appeal*, 15 oct. 1970, [1971] 1 W.L.R. 361, p. 380.

y avoir résolution, le manquement doit aller à la racine du contrat »²⁹⁵⁰. Un arrêt de 2014²⁹⁵¹ permet de préciser l'approche des juges anglais en la matière. Cette affaire concernait un contrat conclu entre deux dentistes selon lequel le propriétaire du cabinet permettait au second dentiste d'exercer dans ses locaux moyennant un paiement mensuel. Le second dentiste informa son contractant qu'il souhaitait revoir les conditions du contrat et ne serait plus en mesure de payer les sommes mensuellement, mais s'engageait à régler à une date ultérieure les trois mensualités manquantes. Le propriétaire du cabinet lui signifia son exclusion des locaux et sa volonté de résoudre le contrat. Le dentiste agit en vue d'obtenir des dommages et intérêts afin de compenser son impossibilité d'accéder aux locaux. La *Court of Appeal* jugea que la stipulation selon laquelle les sommes devaient être réglées mensuellement n'était pas une *condition* de telle sorte que tout manquement contractuel ne justifiait pas une résolution. Un manquement d'une suffisante gravité était nécessaire. La cour précisa que « [la] *question de savoir si un manquement contractuel donne lieu à un droit de résolution implique une évaluation multifactorielle impliquant la nature du contrat et la relation qu'il crée, la nature de la clause, le type et le degré du manquement et les conséquences de la violation pour la partie lésée* »²⁹⁵². En l'espèce, les juges notèrent que le débiteur ayant réitéré sa volonté de régler les sommes dues, l'exécution était *a priori* seulement retardée de quelques mois et non pas complètement exclue. En outre, le propriétaire du cabinet n'avait pas justifié de conséquences graves causées par le retard dans l'exécution de l'obligation de paiement²⁹⁵³. Par conséquent, les juges estimèrent que le retard de paiement n'était pas suffisamment grave pour justifier la résolution, mais qu'en revanche le refus de le laisser accéder aux locaux constituait un manquement contractuel dont il devait être indemnisé. En matière de retard de paiement, la durée du retard revêt une importance particulière. Dans un arrêt de 1970, les paiements mensuels dus par un client à son fournisseur avaient été effectués avec des délais allant de deux à vingt jours de

²⁹⁵⁰ Federal Commerce & Navigation Co Ltd v. Molena Alpha Inc (The Nanfri), *House of Lords*, 23 nov. 1978, [1979] A.C. 757, p. 779 : « *the common principle that, to amount to repudiation a breach must go to the root of the contract* ».

²⁹⁵¹ Ioannis Valilas v. Valdet Januzaj, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 8 avril 2014, [2014] EWCA Civ 436 : « *Whether a breach or threatened breach does give rise to a right to terminate involves a multi-factorial assessment involving the nature of the contract and the relationship it creates, the nature of the term, the kind and degree of the breach and the consequences of the breach for the injured party* ».

²⁹⁵² *Ibid.* : « *Whether a breach or threatened breach does give rise to a right to terminate involves a multi-factorial assessment involving the nature of the contract and the relationship it creates, the nature of the term, the kind and degree of the breach and the consequences of the breach for the injured party* ».

²⁹⁵³ V. *infra* n° 682 sur l'appréciation par les juges de la pertinence de sanctionner le manquement par la résolution dans chaque situation.

retard, ce que la *Court of Appeal* jugea insuffisamment grave pour justifier la résolution²⁹⁵⁴. En revanche, dans un autre arrêt de 2008²⁹⁵⁵, sur les dix-neuf factures produites par l'ingénieur agissant comme consultant pour une autre société d'ingénieurs, aucune ne fut payée dans les temps prévues avec un retard de paiement allant d'un mois à neuf mois. Les juges qualifièrent ces retards de « *substantiels, persistants et cyniques* » dans la mesure où l'activité du consultant étaient sa seule source de revenus puisqu'elle lui prenait un temps considérable ne lui permettant pas d'autres activités.

L'approche retenue par les juges anglais est, de façon similaire à l'approche des juges français, très casuistique. Dans un arrêt de 2000²⁹⁵⁶, les juges eurent à connaître d'un contrat conclu pour l'entretien et la gestion de parcs et jardins publics qui stipulait que si la prestataire « *commettait un manquement à l'une de ses obligations* », la municipalité serait en droit de mettre un terme au contrat. La *Court of Appeal* estima qu'une telle clause ne pouvait avoir pour effet de faire de toutes les stipulations relatives aux obligations du prestataire des *conditions*²⁹⁵⁷. La municipalité ne pouvait valablement résoudre le contrat que s'il existait un *fundamental breach*. Les juges retinrent qu'il était nécessaire de prendre en compte l'effet cumulé de tous les manquements commis par le prestataire afin de déterminer si le créancier avait été privé du bénéfice du contrat²⁹⁵⁸. Ils estimèrent que le juge de première instance avait à juste titre replacé ces manquements dans le contexte d'une année entière d'exécution du contrat pour déterminer si la municipalité avait été privée du bénéfice qu'elle espérait retirer du contrat. La *Court of Appeal* approuva le juge de première instance d'avoir retenu que tel n'était pas le cas dans la mesure où les manquements constatés, replacés dans leur contexte, étaient compréhensibles. Les juges rappelèrent qu'une grande partie des obligations du prestataire relevait de l'entretien de jardins et de parcs ce qui devait se faire au printemps et en été, et que l'été ayant été particulièrement chaud, la moindre qualité de floraison des fleurs n'était pas imputable au

²⁹⁵⁴ Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 15 oct. 1970, [1971] 1 W.L.R. 361, p. 380.

²⁹⁵⁵ Alan Auld Associates Ltd v. Rick Pollard Associates, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 mai 2008, [2008] EWCA Civ 655.

²⁹⁵⁶ Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth BC, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 30 juin 2000, [2003] TCLR 1.

²⁹⁵⁷ V. *supra* n° 679.

²⁹⁵⁸ Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth BC, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 30 juin 2000, [2003] TCLR 1, n° 35 : « *The question for the court (and indeed the contracting parties) in any case like this is whether the cumulative effect of the breaches of contract complained of is so serious as to justify the innocent party in bringing the contract to a premature end* ».

prestataire, de même que l'impraticabilité du terrain de football²⁹⁵⁹. En l'espèce, la municipalité avait sûrement tenté de se prévaloir de tous les manquements possibles, quelle que soit leur gravité et leur incidence sur la qualité de l'entretien des espaces publics, en rédigeant les obligations du prestataire de façon très détaillée et sous forme d'obligations de résultat. Cet arrêt montre que le juge anglais conserve en tout état de cause son pouvoir d'appréciation de la gravité des manquements contractuels.

682. L'évaluation de la pertinence de la résolution comme sanction de l'inexécution.

Pour déterminer si l'inexécution peut être considérée comme suffisamment grave, les juges prennent également en compte, outre la gravité de l'inexécution au sens strict, la gravité des conséquences de la résolution et cherchent à déterminer s'il s'agit de la sanction appropriée pour le créancier. Dans un arrêt de 1970²⁹⁶⁰, les paiements mensuels dus par un client, une société anglaise, à son fournisseur, une société française, avaient été effectués avec des délais allant de deux à vingt jours de retard, ce que la *Court of Appeal* jugea insuffisamment grave pour justifier la résolution. En outre, elle précisa qu'il convient pour le juge de se demander si « [les] conséquences de la rupture sont [...] telles qu'il serait injuste pour la partie lésée de l'obliger à respecter le contrat et de lui octroyer seulement des dommages et intérêts [...] »²⁹⁶¹. En l'espèce, elle nota que le fournisseur s'était montré compréhensif à l'égard des difficultés financières rencontrées par son débiteur et les quotas d'importation en vigueur au Royaume-Uni en acceptant de négocier des délais de paiement à son débiteur. Cette attitude conduisit les juges à estimer que le créancier n'avait pas subi de perte grave en raison des retards de paiement de courte durée, et qu'en l'absence de conséquence très préjudiciables pour le créancier, la résolution n'était pas indiquée. Cette considération a pu jouer un rôle dans de nombreux arrêts. Dans l'arrêt de principe de 1962²⁹⁶², le créancier ne démontrait pas de perte subie en raison du délai nécessaire à la réparation du navire. Ce fut au contraire une période pendant laquelle il n'eut pas à payer les sommes destinées à rémunérer le capitaine et son équipage pour le transport de marchandises. Par conséquent, des dommages et intérêts ont paru suffisants au juge

²⁹⁵⁹ L'appréciation du caractère grave du manquement contractuel de nature à justifier la résolution est en lien étroit avec la question de la *frustration* dans la mesure où si le résultat stipulé n'est pas obtenu en raison d'un événement extérieur, le manquement contractuel ne peut être caractérisé. V. *supra* n° 657 sur la *frustration*.

²⁹⁶⁰ Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd, *England and Wales Court of Appeal*, 15 oct. 1970, [1971] 1 W.L.R. 361.

²⁹⁶¹ Lord Justice BUCKLEY *in ibid.*, p. 380 : « *Will the consequences of the breach be such that it would be unfair to the injured party to hold him to the contract and leave him to his remedy in damages as and when a breach or breaches may occur?* ».

²⁹⁶² Hongkong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hongkong Fir), *England and Wales Court of Appeal*, 20 déc. 1961, [1962] 2 Q.B. 26, [1962] 2 W.L.R. 474.

pour réparer le préjudice subi en raison du retard du transport. Lorsque les dommages et intérêts semblent suffisants pour réparer le préjudice subi par le créancier, l'inexécution n'est pas qualifiée de suffisamment grave pour justifier la résolution. Les juges anglais adoptent un raisonnement inversé qui fait des conséquences de la résolution pour le créancier un critère déterminant dans la caractérisation d'un manquement suffisamment grave.

Les juges français et les juges anglais sont susceptibles d'intervenir sur le contrat devenu déséquilibré en prononçant son anéantissement, mais également en décidant de sa survie après avoir participé à sa réécriture partielle.

Section 2 – La survie du contrat réécrit par le juge

683. Deux facteurs de déséquilibre du contrat. Le contrat est susceptible d'être réécrit par le juge lorsqu'il a été déséquilibré par des circonstances extérieures (§ 1) ou lorsqu'il a été déséquilibré par l'inexécution contractuelle (§ 2).

§ 1 - La réécriture du contrat déséquilibré par des circonstances extérieures

684. Des évolutions différentes de l'office des juges. Traditionnellement, les juges français et les juges anglais n'étaient pas autorisés à réécrire le contrat lorsque les circonstances économiques entourant sa conclusion connaissaient des variations importantes (A). Cependant, la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a fait évoluer l'office du juge français, lui accordant des prérogatives non-négligeables en la matière, tandis que l'office du juge anglais est demeuré très restreint (B).

A) Une restriction initiale de l'office des juges français et anglais en matière de circonstances imprévues

685. Une restriction partielle de l'office du juge. En raison du principe de l'intangibilité du contrat, le juge ne saurait intervenir pour modifier la convention, y compris dans les cas où des circonstances en affectent l'économie globale. Le principe de cette restriction est commun au juge français et au juge anglais mais connaît des infléchissements qui sont plus nombreux en France (1). Il revient donc aux parties de se prémunir contre d'éventuelles changements de circonstances par le biais de diverses solutions contractuelles (2).

1) Le refus inégalement infléchi de l'intervention judiciaire

686. Un rejet nuancé. Le refus de l'intervention judiciaire dans le cas d'un contrat dont les prestations sont bouleversées par des circonstances extérieures est fondé, en France comme en Angleterre, sur le principe d'intangibilité du contrat (a). Malgré l'apparente rigueur de cette exclusion, les premiers infléchissements ne tardent pas à survenir, notamment en France, sous la forme de mécanismes généraux du droit des contrats (b).

a) Un refus fondé sur l'intangibilité du contrat

687. Une restriction commune de l'office du juge. Le refus de l'intervention judiciaire restreint pareillement l'office des juges français et des juges anglais, mais prend des formes différentes. Il s'agit, en droit français, du rejet initial de la théorie de l'imprévision (i) et, en droit anglais, de la règle du « *loss lies where it falls* »²⁹⁶³ (ii).

i) Le rejet initial de la théorie de l'imprévision

688. « *Pacta sunt servanda* » v. « *Rec sic stantibus* ». Le droit français postule que le contrat, du moins le contrat synallagmatique²⁹⁶⁴, est équilibré : les prestations échangées ou le prix payé en échange sont équivalents. Or l'exécution du contrat est parfois étendue dans le temps. Les prestations consenties et le prix convenu peuvent être affectés par le changement de circonstances économiques²⁹⁶⁵ ou juridiques²⁹⁶⁶ : l'équilibre contractuel initial est alors rompu. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt Canal de Craponne²⁹⁶⁷. En vertu de deux conventions conclues en 1560 et 1567, le propriétaire du canal percevait une redevance en échange de l'entretien du canal et de la fourniture d'eau à des terrains voisins. Dans les années 1870, en raison de la dépréciation monétaire et de l'augmentation du coût de la main d'œuvre employée pour l'entretien du canal, la somme était devenue dérisoire et ne suffisait même plus à couvrir les frais d'entretien. Le propriétaire saisit le juge en vue d'obtenir la revalorisation de la redevance contractuellement prévue. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait procédé à une

²⁹⁶³ Littéralement, « la perte demeure où elle s'abat ».

²⁹⁶⁴ La donation, contrat unilatéral, se définit explicitement comme un appauvrissement du donateur puisqu'il s'agit du « *contrat par lequel une personne (le donateur) transfère, immédiatement et irrévocablement, avec intention libérale, la propriété d'un bien, sa nue-propriété, ou l'un des autres droits réels principaux [...] à une autre (le donateur) qui l'accepte sans contrepartie* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 398. L'emphase ne figure pas dans le texte original.

²⁹⁶⁵ Par ex. l'augmentation du coût des matières premières ou de la main d'œuvre, v. Civ., 6 mars 1876, De Galliffet c. Commune de Pélissanne, DP, 1876.I.193, note GIBOULOT ; S., 1876.I.161.

²⁹⁶⁶ Un commerce qui serait plus strictement réglementé ou deviendrait illégal, quoique ce dernier cas s'apparente plutôt à un cas de fore majeure, l'exécution devenant impossible et non pas difficile pour le débiteur.

²⁹⁶⁷ Civ., 6 mars 1876, De Galliffet c. Commune de Pélissanne, DP, 1876.I.193, note GIBOULOT ; S., 1876.I.161 ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 165, pp. 172s.

révision et à une augmentation de la redevance due au propriétaire. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'alinéa premier de l'ancien article 1134 du Code civil²⁹⁶⁸ qui posait le principe de la force obligatoire du contrat. La Haute juridiction précisa : « [d]ans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »²⁹⁶⁹. La force obligatoire du contrat, « *pacta sunt servanda* », et le principe d'intangibilité du contrat qui en découle s'opposent à l'application de l'adage latin « *rec sic stantibus* » qui signifie « *les choses demeurent en l'état* » souvent invoqué en droit international public²⁹⁷⁰. Autrement dit, selon la Cour de cassation, le juge ne peut sous-entendre dans chaque contrat l'existence d'une clause par laquelle les parties se seraient entendu pour être liées par le contrat tant que les circonstances qui entourent sa conclusion restent inchangées. Une telle lecture des contrats ouvrirait la voie à la reconnaissance d'un pouvoir de révision judiciaire : non seulement le juge serait amené à modifier le contrat mais en plus selon son sens de l'équité contractuelle, ce que rejette explicitement la Cour de cassation²⁹⁷¹. Outre la crainte de voir des contractants malhonnêtes chercher à se défaire de leurs obligations contractuelles²⁹⁷², la décision du refus de la théorie de l'imprévision semble motivée par l'inquiétude que suscite la possibilité pour les juges de réécrire le contrat en procédant notamment à la révision du prix de la prestation initialement fixé²⁹⁷³. En effet, chaque juge pourrait avoir une idée de ce que serait, dans le cadre de tel ou tel litige, le rééquilibrage nécessaire. L'issue du litige serait différente selon la juridiction saisie et imprévisible pour les plaideurs, ce qui porterait atteinte à l'objectif

²⁹⁶⁸ Ancien art. 1134, al. 1^{er} du C. civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

²⁹⁶⁹ La Cour de cassation avait par la suite réitéré cette solution invoquant parfois cette même règle : Com., 18 nov. 1979, n° 78-10763, *Bull. civ. IV*, 1979, n° 339, *RTD civ.*, 1980, p. 780, G. CORNU.

²⁹⁷⁰ Par ex., l'art. 62 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit qu'en principe, « [u]n changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties » ne peut pas être invoqué par un État aux fins de mettre fin au traité ou de s'en retirer, cf. *Convention de Vienne sur le droit des traités 1969*, Nations Unies, Recueil des Traités, 2005, vol. 1155. [En ligne] https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf (page consultée le 28/12/2020)

²⁹⁷¹ L'ancien art. 1135 du C. civil qui disposait que « [l]es conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité [...] donne [...] à l'obligation d'après sa nature » et qui aurait pu fonder l'admission de la théorie de l'imprévision ainsi qu'une éventuelle révision judiciaire du contrat est donc mis de côté par la Haute juridiction.

²⁹⁷² Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 165, p. 178.

²⁹⁷³ L'inquiétude n'est pas partagée par tous les magistrats français puisque le Conseil d'État a adopté très tôt et sans difficulté la théorie de l'imprévision : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, *Lebon* p. 125.

de sécurité juridique censé être au cœur des préoccupations du juge. L'adage *pacta sunt servanda* l'emporte donc, le législateur français étant le seul à pouvoir y apporter un tempérament²⁹⁷⁴, ce qu'il fit en 2016²⁹⁷⁵.

Les juges anglais opèrent, de façon similaire, un rejet de la révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances.

ii) La règle du « *loss lies where it falls* »

689. *The absolute contract doctrine.* Le droit anglais des contrats retient traditionnellement qu'aucun évènement extérieur ne peut justifier la non-exécution du contrat. Ce principe est nommé l'« *absolute contract doctrine* », littéralement la « théorie du contrat absolu ». Il fut formulé notamment dans un arrêt de la *Court of King's Bench*²⁹⁷⁶ qui portait sur les faits suivants : les parties avaient conclu un contrat de bail portant sur un terrain. Pendant la durée du bail, le Prince Rupert du Rhin fit saisir le terrain durant la Guerre civile d'Angleterre, expulsant le preneur qui cessa de payer le loyer pendant cette période. Le demandeur réclama les loyers impayés. Le défendeur fit valoir qu'il n'était pas tenu d'exécuter le bail en raison de la *frustration*²⁹⁷⁷, c'est-à-dire de l'impossibilité pour lui de jouir du bien ainsi qu'il devrait pouvoir le faire en vertu du contrat de bail. Cet argument fut rejeté par les juges qui ordonnèrent le paiement du loyer par le preneur. Le juge précisa : « *lorsque la partie [...] se crée un devoir ou une charge, elle est tenue de l'honorer, si elle le peut*²⁹⁷⁸, *nonobstant tout accident nécessairement inévitable, parce qu'elle aurait pu s'en prémunir par le biais de son contrat* »²⁹⁷⁹.

690. *Loss lies where it falls.* L'arrêt *Paradine v. Jane* a ainsi posé le principe de l'« *absolute contract doctrine* » : une promesse contractuelle doit être honorée même lorsque surviennent des circonstances qui en modifient l'exécution. En effet, les juges anglais estiment que lorsque ces circonstances étaient prévisibles eu égard à la nature du contrat ou aux

²⁹⁷⁴ C'est déjà le cas pour certains contrats spéciaux, comme celui de rente viagère qui est assorti d'une majoration forfaitaire annuelle, cf. loi n° 49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers, *JORF* du 26 mars 1949.

²⁹⁷⁵ V. *infra* n° 714.

²⁹⁷⁶ *Paradine v. Jane, Court of King's Bench*, 1^{er} janvier 1646, 82 ER 897 (1647).

²⁹⁷⁷ V. *supra* n° 655s.

²⁹⁷⁸ Cette précision fait référence aux hypothèses où l'exécution du contrat deviendrait illégale, v. *infra* n° 662.

²⁹⁷⁹ *Paradine v. Jane, Court of King's Bench*, 1^{er} janvier 1646, 82 ER 897 (1647), n° 3 : « [...] *when the party [...] creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract* ».

circonstances dans lesquelles il a été conclu²⁹⁸⁰, il appartenait aux parties et plus précisément à la partie qui invoque la *frustration* de s'en prémunir par une clause contractuelle. Si elle ne l'a pas fait, elle doit alors exécuter sa part du contrat sans pouvoir exiger une renégociation ou tout autre arrangement²⁹⁸¹. Par exemple, dans un arrêt de 1959²⁹⁸², les faits étaient les suivants : un vendeur de pommes de terre maltaises n'avait pas pu trouver de bateau pour l'expédition de sa marchandise vers l'Angleterre. Le juge estima que le vendeur ne pouvait être libéré de son obligation de livrer la marchandise. En effet, il aurait pu se prémunir d'une éventuelle absence de transport en insérant dans le contrat une condition relative à la disponibilité d'un navire. En l'espèce, la nature du contrat, un contrat de vente avec une livraison nécessitant un voyage par bateau, exigeait que le vendeur se prémunît contre le risque éventuel prévisible. Par conséquent, il se trouvait en situation d'inexécution contractuelle et serait tenu de réparer le préjudice de son cocontractant. Du principe de l'*absolute contract doctrine*, une autre règle est ainsi déduite : *loss lies where it falls*, c'est-à-dire que le désavantage dû au changement de circonstances prévisibles doit être supporté par la partie qu'il affecte, sans qu'elle puisse se défaire de l'exécution du contrat.

691. Risk allocation. Il semble donc exister une importante différence entre le droit français des contrats et le droit anglais des contrats. En France, les circonstances imprévisibles ne donnaient par principe pas lieu à la révision. En Angleterre, ce sont les circonstances prévisibles qui ne permettent pas de donner lieu à la révision. Cela laisse entendre qu'en cas de circonstances imprévisibles, le droit anglais envisage la révision. Or cela n'est en réalité pas le cas. Les juges anglais exigent ainsi des parties qu'elles soient extrêmement prévoyantes et se prémunissent contre des éventuels changements de circonstances qui affecteraient leurs prestations, adoptant ainsi la conception selon laquelle le contrat est un acte de prévision²⁹⁸³.

²⁹⁸⁰ Par ex. en temps de guerre civile comme le contrat de bail dans l'arrêt *Paradine v. Jane*, *Court of King's Bench*, 1^{er} janv. 1646, 82 ER 897 (1647).

²⁹⁸¹ *Attorney General of Belize & Others v. Belize Telecom Ltd & Anor (Belize)*, *Privy Council*, 18 mars 2009, [2009] 1 WLR 1988, [2009] 2 All ER 1127, [2009] UKPC 10, n° 17 : « *when the instrument does not expressly provide for what is to happen when some event occurs. The most usual inference in such a case is that nothing is to happen. If the parties had intended something to happen, the instrument would have said so. Otherwise, the express provisions of the instrument are to continue to operate undisturbed. If the event has caused loss to one or other of the parties, the loss lies where it falls* » ; dans le cas où « *l'instrumentum ne prévoit pas expressément ce qui doit se passer lorsqu'un événement intervient, [l]a conclusion la plus courante dans un tel cas est que rien ne doit se produire. Si les parties avaient voulu que quelque chose se produise, l'instrumentum le mentionnerait. Dans le cas contraire, les dispositions expresses du contrat doivent fonctionner sans perturbation. Si l'événement a causé une perte à l'une ou l'autre des parties, la perte se situe à l'endroit où elle se produit* ».

²⁹⁸² *Lewis Emanuel & Son Ltd v. Sammut, Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 25 nov. 1959, [1959] 2 Lloyd's Rep. 629.

²⁹⁸³ Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éd. du Juris-cl., coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, pp. 643s.

La règle *loss lies where it falls* est complétée par une autre règle qui revêt en Angleterre une importance particulière²⁹⁸⁴ : la recherche par le juge, dans les termes du contrat, de la répartition du risque à travers la technique de l'*implied term*²⁹⁸⁵. Il s'agit d'« une clause à laquelle la loi confère une efficacité contractuelle, bien qu'il soit parfois évident qu'il s'agit d'une chose à laquelle les parties, en concluant leur contrat, n'ont pas du tout fait allusion »²⁹⁸⁶. Il faut noter que le mécanisme de l'*implied term* a de très nombreux usages en droit anglais qui ne permettent pas de l'envisager en un seul point, hors de ses multiples applications. Il demeure dans toutes ses applications un outil, plutôt qu'une véritable interprétation du contrat, plus précisément d'ajout de contenu contractuel dans le but de combler les lacunes du contrat. Dans le cas d'un changement de circonstances affectant les prestations contractuelles, il permet au juge de résoudre d'épineuses questions²⁹⁸⁷, telle que l'attribution à un contractant d'un risque posé par un changement de circonstances. Ainsi, à défaut de le trouver dans les termes exprès du contrat en raison de la prévoyance des parties, les juges déterminent à travers les termes « sous-entendus » où s'abat le risque. Par exemple, dans un arrêt rendu en 1889²⁹⁸⁸, les défendeurs, des officiers de port, en contrepartie de frais de débarquement et de stockage de la cargaison, autorisèrent le demandeur, un armateur, à décharger son navire au quai géré par les défendeurs. Or le navire échoua et subit des dommages matériels. La *Court of Appeal* estima qu'un tel contrat impliquait raisonnablement que les défendeurs prennent soin de vérifier que l'état de la rivière adjacente à la jetée permettrait au navire de naviguer sans heurt. Les défendeurs devaient donc être considérés comme ayant implicitement induit le demandeur à croire qu'ils s'engageaient à procéder à cette vérification. En conséquence, ils n'avaient pas exécuté leur obligation contractuelle et ils devaient supporter le risque qui s'était réalisé, à savoir le dommage causé au navire.

Le rejet initial de la révision judiciaire du contrat en cas de changements de circonstances affectant l'exécution contractuelle d'une des parties est commun aux droits des contrats français

²⁹⁸⁴ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC*, n° 1, 2004, n° 15.

²⁹⁸⁵ V. *supra* n° 285.

²⁹⁸⁶ Justice O'BRYAN in *Dikstein v. Kanevsky*, *Supreme Court of Victoria* (Australie), 1^{er} janv. 1947, (1947) V. L.R. 216, p. 200: « a term to which law gives contractual efficacy, though it may be plain that it was something to which the parties, in making their contract, failed to advert at all ».

²⁹⁸⁷ V. *supra* n°s 285s sur l'*implied term* dans l'ajout au contenu du contrat pour garantir son efficacité et *supra* n°s 658s sur la question de la *frustration* du contrat.

²⁹⁸⁸ *The Moorcock*, *England and Wales Court of Appeal*, 25 fév. 1889, (1889) 14 P.D. 64, [1886-90] All ER Rep. 530.

et anglais. Néanmoins, il fit l'objet de nombreuses critiques qui conduisent à des infléchissements très progressifs.

b) Les premiers infléchissements du rejet de la révision judiciaire du contrat

692. Critique et fragilisation du rejet de la théorie de l'imprévision. Le rejet initial, au nom de l'intangibilité du contrat, d'une révision judiciaire des contrats en présence de circonstances extérieures a suscité de nombreuses critiques. De nombreux auteurs ont mis en évidence les difficultés que présentent le rejet d'un mécanisme permettant la révision ou la résiliation du contrat en cas de changements affectant les prestations consenties²⁹⁸⁹. Par exemple, John BELL précise que, si le rejet de la révision judiciaire du contrat s'entend lorsqu'il s'agit de contrats dans des domaines où la pratique a permis de développer des contrats standardisés tels que « *la construction ou le transport maritime* » car il est alors raisonnable d'exiger des parties un haut degré de planification²⁹⁹⁰. En revanche, lorsqu'il s'agit de « *relational contracts* », c'est-à-dire de contrats conclus en vertu d'une relation de confiance élevée entre les parties²⁹⁹¹, l'auteur indique que les parties peuvent ne pas être en mesure de déterminer précisément le contenu de certaines obligations qui devra être précisé ultérieurement²⁹⁹². Cela rejoint les remarques de DEMOGUE : selon lui, « *par le contrat, les personnes s'associent pour leur intérêt commun* ». Par conséquent, « *en face des circonstances nouvelles, il faut le répéter : le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument*

²⁹⁸⁹ Des bilans de la réception de la théorie de l'imprévision ou de ses équivalents ont également été dressés. V. notam. : René DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, 1974, p. 211 ; Denis TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, pp. 403s.

²⁹⁹⁰ John BELL, « The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts, 1 : English report », in Donald HARRIS et Denis TALLON (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, 1989, p. 215.

²⁹⁹¹ Justice LEGATT in *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd*, *High Court of Justice (Queen's Bench division)*, 1^{er} fév. 2013, [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All E.R. (Comm) 1321, [2013] 1 Lloyd's Rep. 526, n° 143 : Ces contrats « exigent un degré élevé de communication, de coopération et de performance prévisible, fondés sur la confiance mutuelle. Ils entraînent de la part des parties des attentes de loyauté qui ne sont pas prévues dans les termes exprès du contrat mais qui sont implicites dans la compréhension des parties et nécessaires pour donner une efficacité commerciale aux accords. Parmi les exemples de tels contrats relationnels, on peut citer certains accords de coentreprise, les contrats de franchise et les accords de distribution à long terme » ; « [...] require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint venture agreements, franchise agreements and long-term distributorship agreements ». La notion se rapproche de ce qui est nommé en français « contrats conclus *intuitu personae* ».

²⁹⁹² John BELL, « The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts, 1 : English report », in Donald HARRIS et Denis TALLON (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, 1989, p. 216. V. aussi Hughes BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, 2001, pp. 339 s.

rigide »²⁹⁹³. De la même façon, JOSSERAND estimait qu'il peut y avoir révision du contrat lorsque des événements « *inattendus – véritables circonstances extraordinaires – qui ont surgi depuis [la] conclusion [...] sont venus fausser brutalement l'économie de la combinaison, brutalement désaxée* »²⁹⁹⁴. Une autre vision du contrat se développe et des tempéraments au rejet de la révision du contrat voient progressivement le jour, principalement en droit français. L'intangibilité du contrat connaît ainsi des tempéraments législatifs (i) et des tempéraments jurisprudentiels (ii).

i) Les tempéraments législatifs

693. Des tempéraments ponctuels. L'intangibilité du contrat issue de la force obligatoire a été tempérée par le législateur dans des domaines restreints par des législations ponctuelles. Par exemple, la loi NEIERTZ relative au surendettement²⁹⁹⁵ autorisait le juge à réviser les contrats de crédit dans son article 12 qui disposait : « *Pour assurer le redressement, le juge d'instance peut reporter ou rééchelonner le paiement des dettes autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité sociale, sans que le délai de report ou d'échelonnement puisse excéder cinq ans ou la moitié de la durée restant à courir des emprunts en cours* ». En matière de baux commerciaux, l'article L. 145-37 du Code de commerce prévoit la révision triennale du bail commercial à la demande d'une des parties, en principe en fonction de la valeur locative²⁹⁹⁶ du bien immobilier déterminée par le juge. Le spécial dérogeant au général, les contrats de baux commerciaux sont exclus du champ d'application de l'article 1195 du Code civil²⁹⁹⁷. Enfin, en matière de rentes viagères, les lois du 25 mars 1949²⁹⁹⁸ et du 2 août 1949²⁹⁹⁹ avaient opéré une majoration ponctuelle de certaines rentes viagères.

ii) Les tempéraments jurisprudentiels

694. La révision des honoraires des mandataires. En dépit du rejet de la théorie de l'imprévision et de la révision judiciaire globale du contrat, les juges français s'étaient octroyés,

²⁹⁹³ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau, 1923-1933, n° 637, p. 697.

²⁹⁹⁴ Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, Dalloz, n° 120.

²⁹⁹⁵ Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, en grande partie abrogée par l'art. 4 de la loi n° 93-949 du 26 juill. 1993 relative au code de la consommation.

²⁹⁹⁶ Art. L. 145-33 du C. de commerce.

²⁹⁹⁷ CA Versailles, 12^{ème} ch., 12 déc. 2019, n° 18/07183.

²⁹⁹⁸ Loi n° 49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers, *JORF* n° 0074 du 26 mars 1949.

²⁹⁹⁹ Loi n° 49-1098 du 2 août 1949 portant révision de certaines rentes viagères constituées par les compagnies d'assurances, par la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse ou par des particuliers moyennant l'aliénation de capitaux en espèces, *JORF* n° 0185 du 6 août 1949.

à travers une jurisprudence constante, le pouvoir de réviser les honoraires des mandataires une fois que ces derniers avaient exécuté leurs obligations contractuelles³⁰⁰⁰. Le juge évaluait alors la valeur réelle de la prestation effectuée par le mandataire³⁰⁰¹. Le fondement de ce pouvoir de révision judiciaire résidait d'abord dans la difficulté que peuvent éprouver le mandant et le mandataire à évaluer la prestation de ce dernier avant qu'elle soit réalisée. Il résidait ensuite et surtout dans la nécessité de maintenir une justice contractuelle dans une situation où le mandataire, plus avisé que son cocontractant, pouvait abuser de la confiance du mandat pour obtenir une rémunération excessive³⁰⁰².

695. La bonne foi. Les auteurs en faveur de l'admission de la révision du contrat ont également proposé une pluralité de fondements contractuels permettant de l'envisager. Par exemple, René DAVID écrivait en 1974 qu'en France, « *dans les espèces où la théorie de l'imprévision a été invoquée devant les tribunaux français, et dans celles où elle a été acceptée par les tribunaux étrangers, la morale [...] a paru très généralement demander un réajustement du contrat (ou la libération du débiteur) plutôt que l'exécution à la lettre de ce contrat* »³⁰⁰³. Par la suite, une partie de la doctrine a vu dans l'alinéa 3 de l'ancien article 1134, qui disposait que « [l]es convention doivent être exécutées de bonne foi », la consécration d'un principe de solidarité contractuelle³⁰⁰⁴. Ce dernier serait un fondement satisfaisant de l'admission de la théorie de l'imprévision³⁰⁰⁵, ou a minima de l'obligation pour les parties de renégocier le contrat³⁰⁰⁶. En effet, il serait conforme à ce principe « *de penser que les parties n'ont contracté qu'en considération d'un état de choses qu'elles pouvaient prévoir mais non*

³⁰⁰⁰ Civ., 29 janv. 1867, DP 1867, 1, p. 53 ; D., 1867, 1, p. 245.

³⁰⁰¹ Civ. 2^{ème}, 19 fév. 2009, n° 07-21518, inédit, JCP G, n° 40, 2009, 295, C. JAMIN, concernant un avocat ; Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n° 10-11586, inédit, RDC, n° 2, 2012, p. 396, Y.-M. LAITHIER, concernant un cabinet de généalogie : « *les honoraires convenus dans un contrat de révélation de succession peuvent être réduits s'ils apparaissent manifestement excessifs au regard du service rendu* ».

³⁰⁰² Mustapha MEKKI, « Fasc. 20 : Mandat. – Obligations du mandant. – Effets entre les parties. – Effets à l'égard des tiers », *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 27 mai 2010, (actu. 12 sept. 2012).

³⁰⁰³ René DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, 1974, p. 212.

³⁰⁰⁴ V. sur le solidarisme contractuel en général : Christophe JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, p. 46 ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Economica, 2004.

³⁰⁰⁵ Denis TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements du droit comparé », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, p. 413.

³⁰⁰⁶ Christophe JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil », *Dr. et patr.*, 1998, p. 46 ; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

d'une situation imprévisible qui bouleverse toute l'économie de leur contrat »³⁰⁰⁷. Un arrêt de 1992 a semblé faire application de cette idée³⁰⁰⁸ : en l'espèce, M. Huard avait conclu un contrat avec une société pétrolière pour une durée de 15 ans en tant que distributeur agréé de cette société. Initialement, les prix de vente des produits pétroliers étaient fixés par les pouvoirs publics. En 1983, ces prix de vente furent libérés, ce qui permit aux fournisseurs de pratiquer des prix avantageux au profit de leurs distributeurs. En l'espèce, la société pétrolière vendait ses produits directement aux consommateurs finaux depuis un point de vente voisin à un prix inférieur à celui qu'elle proposait au distributeur. La cour d'appel de Paris dans un arrêt de 1990³⁰⁰⁹ avait retenu qu'il appartenait à la société « *de rechercher par un accord de coopération, commerciale conforme au contrat de distribution, des compensations [...]* » de façon à lui permettre de se maintenir dans le marché. Parce qu'elle ne l'avait pas fait, elle avait manqué à son obligation d'exécuter ses obligations contractuelles de bonne foi. La société ayant formé un pouvoir, la Cour de cassation eut à se prononcer sur cette affaire. La Haute juridiction retint le raisonnement des juges du fond fondé sur l'exécution de bonne foi et rejeta le pourvoi. Cet arrêt a suscité de nombreux commentaires de la part de la doctrine et s'est parfois vu donné une portée importante. Selon certains auteurs, depuis cet arrêt « *la voie de la révision du contrat pour imprévision [serait] dégagee* »³⁰¹⁰. Pour d'autres, il convient d'en adopter une lecture plus prudente³⁰¹¹.

De façon similaire à l'arrêt Huard, dans l'arrêt Chevassus-Marche du 24 novembre 1998³⁰¹² une société avait confié la représentation exclusive de ses produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'Océan Indien par un contrat d'agent commercial. La

³⁰⁰⁷ Henri LALOU, « La révision des contrats par le juge en droit français » in SLC, *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, La révision des contrats par le juge*, Tours : Deslis, 1937, p. 50.

³⁰⁰⁸ Com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *D.*, 1995, somm. p. 85, D. FERRIER ; CCC, n° 45, 1993, L. LEVENEUR ; *Defrénois*, n° 22, 1993, p. 1377, J.-L. AUBERT ; *JCP G*, n° 46, 1993, II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1993, p. 124, J. MESTRE.

³⁰⁰⁹ CA Paris, 5^{ème} ch., section C, 31 mai 1990, n° JurisData 1990-022223.

³⁰¹⁰ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *D.*, 1995, somm. p. 85, D. FERRIER ; CCC, n° 45, 1993, L. LEVENEUR ; *Defrénois*, n° 22, 1993, p. 1377, J.-L. AUBERT ; *JCP G*, n° 46, 1993, II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, J. MESTRE.

³⁰¹¹ Nicolas MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA*, n° 117, 1998, n° 6. V. aussi : *RTD civ.*, 1993, p. 124, J. MESTRE : « *On doit naturellement veiller à ne pas accorder à cette décision une portée excessive. Il est clair, en particulier, que les conditions de l'accord de 1970, l'engagement d'approvisionnement exclusif souscrit par le distributeur, la durée de la relation contractuelle ainsi que l'importance des investissements effectués par ce dernier dans sa station-service ont pesé d'un grand poids dans la position des juges* ».

³⁰¹² Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232 ; *JCP G*, n° 48, 1999, II. 12210, Y. PICOD ; *JCP G*, n° 23, 1999, I. 143, n° 6, obs. C. JAMIN ; *JCP E*, n° 28, 1999, p. 1242, obs. C. JAMIN ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1999, p. 646, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Defrénois*, n° 6, 1999, p. 371, D. MAZEAUD ; CCC, 1999, n° 56, note M. MALAURIE-VIGNAL. V. pour une lecture prudente de cet arrêt : *Defrénois*, n° 6, 1999, p. 371, D. MAZEAUD.

cour d'appel de Paris³⁰¹³ avait retenu que le mandant qui s'était abstenu d'intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement, par l'intermédiaire d'une centrale d'achat, à un revendeur à partir de la métropole n'avait pas fait obstacle à la représentation de son mandataire. La cour en déduisit que la mise en œuvre de la clause de résiliation prévue pour le cas où le mandant manquerait à son obligation de ne pas faire n'était pas fondée. Ce dernier avait donc mis fin aux relations avec les mandants ce qui lui faisait perdre le bénéfice des indemnités dues au mandataire³⁰¹⁴. Or la Cour de cassation casse l'arrêt pour défaut de base légale. Sur le fondement de l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 qui précise que « *les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté* », la Haute juridiction reproche à la cour d'appel de ne pas avoir cherché si les mandants, informés des difficultés rencontrées par le mandataire en raison des ventes parallèles pratiquées, avaient « *pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels [...] et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat* ». Cela sous-entendrait donc qu'il est envisageable qu'un contractant manque à son obligation d'exécution de bonne foi en ne cherchant pas à permettre à l'autre d'exécuter ses obligations.

Dans des arrêts plus récents, il semble assumé que la bonne foi puisse constituer le fondement d'une obligation de renégocier. Un arrêt de la *Court of Appeal* de Paris du 17 janvier 2020 énonce : « *Les dispositions de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable au présent litige posent le principe de l'intangibilité des conventions qui exclut la révision pour imprévision par le juge. Néanmoins, il peut être admis que l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi doit inciter les parties à renégocier une convention dont le déséquilibre résulte notamment d'une hausse imprévisible du coût de l'énergie qui est susceptible de bouleverser l'économie du contrat* »³⁰¹⁵. Un autre arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 février 2020 précise : « *L'article 1103 du code civil dispose que : "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits", ce qui sous-tend le principe de l'intangibilité des contrats et le rejet de l'imprévision. L'article 1104 du même code précise que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce qui implique la sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle et l'impossibilité par conséquent de porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties. Il résulte encore de cette disposition que le fonctionnement déséquilibré d'un contrat doit inciter les*

³⁰¹³ CA Paris, ch. 25, section B, 5 juill. 1996, n° JurisData 1996-022375.

³⁰¹⁴ L. 134-12 du C. de commerce.

³⁰¹⁵ CA Paris Pôle 5, ch. 11, 17 janv. 2020, n° 18/01078.

parties à le renégocier »³⁰¹⁶. Ces affirmations récentes reposent peut-être sur la consécration de la théorie de l'imprévision par l'article 1195 nouveau du Code civil³⁰¹⁷ qui permet aux juges d'affirmer l'existence d'une obligation de renégociation possiblement fondée sur la bonne foi³⁰¹⁸. Néanmoins, la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu en avril 2017³⁰¹⁹ a également rappelé que la Cour de cassation avait créé, antérieurement à la réforme, ce qu'elle nomme « *une obligation de renégociation en cas de changement imprévu de circonstances économiques* » en cas de « *mauvaise foi* » du cocontractant. La cour d'appel de Paris précise que « *le seul changement dans les conditions économiques et réglementaires ne déclenche pas une obligation de renégociation, dont l'absence ne pourrait être sanctionnée qu'en cas de mauvaise foi d'une des parties* » mais il convient de constater que la cour reconnaît l'existence de la sanction d'une obligation de renégocier, laquelle est subordonnée à deux conditions : un changement de circonstances et un comportement déloyal dans l'exécution.

Les juges anglais n'ont, semble-t-il, jamais proposé de tempérament similaire au rejet de la renégociation du contrat qui soit fondé sur la bonne foi. Au contraire, le droit anglais et les juges anglais se montrent hostiles à la reconnaissance d'un principe général de bonne foi³⁰²⁰. Un exemple illustre bien cette méfiance vis-à-vis de la notion de bonne foi contractuelle considérée par les anglais comme issue de la tradition civiliste : à la proposition de la Commission Européenne relative à un droit commun de la vente qui définit la bonne foi dans son article 2³⁰²¹, le gouvernement anglais avait notamment répondu que : « *L'article 2 a été considéré comme une disposition suscitant des difficultés car les notions de bonne foi et de négociations de bonne foi sont largement inconnues en droit anglais, notamment dans les*

³⁰¹⁶ CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 13 fév. 2020, n° 17/04529.

³⁰¹⁷ V. *infra* n°s 714s.

³⁰¹⁸ La révision pour imprévision est en effet un mécanisme de justice contractuelle, v. *infra* n° 730.

³⁰¹⁹ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 26 avril 2017, n° 14/22040 : « *La force obligatoire des conventions légalement formées énoncé par l'article 1134, alinéa 1er, du code civil, dans sa version alors en vigueur, ainsi que le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision, s'opposent, en l'absence de toute clause en ce sens, à l'obligation de renégocier un contrat en cours d'exécution qui pourrait être mise à la charge d'une partie par le juge.*

Si la Cour de cassation a pu ériger une obligation de renégociation en cas de changement imprévu de circonstances économiques, c'est lorsque l'un des contractants a fait preuve de mauvaise foi lors de l'exécution du contrat. Peut ainsi être sanctionné le comportement déloyal d'un opérateur imposant à ses distributeurs des prix d'achat les privant des moyens de pratiquer des prix de vente concurrentiels ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³⁰²⁰ Lord ACKNER in *Walford v. Miles*, *House of Lords*, 23 janv. 1992, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 2 A.C. 128, n° 138 : « *Un devoir de bonne foi est impossible à mettre en œuvre et intrinsèquement incompatible avec la position d'une partie lors des négociations* » ; « *A duty of good faith is unworkable in practice and inherently inconsistent with the position of a negotiating party* ».

³⁰²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente », 11 oct. 2011, art. 2, p. 24. [En ligne] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=en> (page consultée le 14/11/2020)

contrats entre professionnels. Elles ne s'accommodent donc pas facilement de la nature concurrentielle des négociations contractuelles »³⁰²². Le droit anglais des contrats ne s'est pas construit de la même façon que le droit français : très tôt, une conception utilitariste et économique du contrat a émergé³⁰²³, ne laissant que peu de place à des tempéraments à la liberté contractuelle, notamment fondés sur la bonne foi. Il n'est alors pas étonnant de constater que le seul mécanisme, rarement mis en œuvre, qui permette à une partie contractante de se défaire de ses obligations en raison de changements postérieurs à la conclusion du contrat ne soit pas fondé sur une quelconque idée de loyauté ou de bonne foi contractuelle³⁰²⁴.

696. Un tempérament nuancé. En ce qui concerne l'infléchissement du rejet de la théorie de l'imprévision opéré par les deux arrêts français étudiés, il faut noter, dans un premier temps, qu'il n'est pas question dans ces arrêts de révision judiciaire du contrat. Le juge imposerait seulement aux parties, sur le fondement de la bonne foi contractuelle, une obligation de renégocier le contrat lorsque l'un des contractants éprouve des difficultés à exécuter ses obligations. Dans un second temps, l'obligation de renégocier semble être imposée pour sanctionner le contractant qui, plutôt que de venir en aide à l'autre partie, agit de façon à lui rendre l'exécution contractuelle plus difficile encore. C'est ce qu'écrit le Professeur Jean CÉDRAS au sujet des arrêts Huard et Chevassus-Marche : « *Il ne semble pas, au vu de ces deux décisions, que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale. Elle concerne dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse par l'autre* »³⁰²⁵. Il serait envisageable de prévoir une véritable obligation de renégocier, imposée par le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat.

697. L'alternative : l'obligation de renégocier. Quoique la théorie de l'imprévision, au sens d'un mécanisme permettant au débiteur, soit de se défaire de ses obligations contractuelles soit de solliciter le juge pour procéder à la révision du contrat, ait été initialement rejetée par la jurisprudence française, cette dernière offrait parfois au débiteur une troisième

³⁰²² MINISTRY OF JUSTICE, DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION AND SKILLS, « A Common European Sales Law for the European Union – A proposal for a Regulation from the European Commission The Government Response », 13 nov. 2012, n° 134, p. 42. [En ligne] <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/common-european-sales-law/> (page consultée le 14/11/2020)

³⁰²³ V. *supra* n° *supra* n° 5.

³⁰²⁴ V. *supra* n°s 655s sur la *frustration* du contrat.

³⁰²⁵ Jean CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in *Rapport annuel de la Cour de cassation. L'égalité*, La documentation Française, 2003, p. 186, spéc. p. 200.

voie : la possibilité de solliciter le cocontractant pour procéder à la renégociation du contrat³⁰²⁶. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu en 1992³⁰²⁷, les faits étaient les suivants : une salariée avait été engagée en tant que responsable du fichier client informatique. Son employeur avait procédé à son licenciement économique le 24 juin et engagé une facturière le 3 juillet. La cour d'appel avait retenu que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse car l'employeur avait la possibilité de reclasser la salariée dans cet emploi compatible avec ses capacités. La Cour de cassation approuva ce raisonnement et rejeta le pourvoi au motif que « *l'employeur, tenu d'exécuter le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ». Bien que « *le devoir de renégociation demeure un exemple d'évolution du droit français* »³⁰²⁸, ces arrêts qui permettent la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de celui qui refuse de renégocier ne constituent pas de vrais tempéraments à la primauté de l'intangibilité du contrat ou au refus de la révision judiciaire. En outre, dans les arrêts qui consacrent une obligation de renégocier le contrat, « *le changement de circonstances qui était invoqué résultait, non pas d'un événement extérieur à la volonté des parties, mais procédait d'un fait imputable à l'un des cocontractants : le contexte n'était donc pas celui de l'imprévision* »³⁰²⁹.

En conclusion, en dépit des refus constants de libérer complètement le débiteur et d'admettre la révision judiciaire du contrat, la Cour de cassation a plusieurs fois³⁰³⁰ estimé que le refus de renégociation par le cocontractant profitant de la modification des circonstances économiques constituait un manquement à l'exécution de bonne foi susceptible de permettre la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle et de donner lieu à des dommages et intérêts.

³⁰²⁶ Cette possibilité pouvant être contractuelle et expressément prévue par les parties, v. *infra* n° 704.

³⁰²⁷ Soc., 25 fév. 1992, n° 89-41634, *Bull. civ.* V, 1992, n° 122, p. 74 ; *D.*, 1992, p. 390, M. DÉFOSSEZ ; *D.*, 1992, p. 294, A. LYON-CAEN ; *JCP G*, n° 8, 1992, I, 3610, D. GATUMEL ; *RTD civ.*, 1992, p. 760, n° 5, J. MESTRE. V. également : Antoine LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Droit social*, n° 6, 1992, spéc. n° 15, pp. 573s.

³⁰²⁸ Bertrand FAGES, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, p. 2386. L'obligation de renégocier a depuis été consacrée par la réforme du 10 fév. 2016 et formalisée à l'al. 1^{er} de l'art. 1195 du C. civil.

³⁰²⁹ Jean-François FÉDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, pp. 382s.

³⁰³⁰ V. également : CA Nancy, 26 sept. 2007, n° 06/02221, *D.*, 2008, p. 1120, M. BOUTONNET ; *JCP* 2008, II. 10091, M. LAMOUREUX ; *RLDC*, n° 49, 2008/5, n° 2669, note O. CACHARD ; *RTD civ.*, 2008, p. 295, B. FAGES.

698. La cause. D'autres arrêts avaient encore laissé entrevoir à certains auteurs une ouverture vers l'admission de la théorie de l'imprévision³⁰³¹. Dans un arrêt rendu en 2010³⁰³², les faits étaient les suivants : un contrat de maintenance avait été conclu entre deux sociétés. La société créancière de l'exécution de l'obligation avait assigné la société débitrice en exécution de certains travaux de maintenance. La cour d'appel de Paris « *relève qu'il n'est pas allégué que le contrat était dépourvu de cause à la date de sa signature, que l'article 12 du contrat invoqué par la société Soffimat au soutien de sa prétention fondée sur la caducité du contrat est relatif aux conditions de reconduction de ce dernier au-delà de son terme et non pendant les douze années de son exécution* ».

La chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt sur le fondement de l'article 1131 du Code civil relatif à la cause qui dispose « [I] *obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». La Haute juridiction reproche à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux [...] et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution* ». Autrement dit, le changement de circonstances économiques pourrait avoir eu pour effet de priver l'obligation contractuelle, souscrite par la partie victime du changement de circonstances, de telle sorte que la partie demanderesse ne pouvait solliciter son exécution.

699. L'implied term. La technique de l'*implied term*, qui a de multiples utilisations en droit anglais des contrats, a pu servir de fondement à la reconnaissance ponctuelle d'un déséquilibre dû à un changement de circonstances justifiant que les parties soient libérées de leurs obligations. La solution apportée est donc très différente de celle du droit français car la

³⁰³¹ Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Bull. civ.* I, 2004, n° 86, p. 69, *D.*, 2004, p. 1754, D. MAZEAUD ; *RDC*, n° 3, 2004, p. 642, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2004, p. 290, J. MESTRE et B. FAGES ; *Comm. com. électr.*, n° 10, 2004, comm. 119, P. STOFFEL-MUNCK. La portée de cet arrêt fut démentie par un magistrat de la Cour de cassation : *JCP E*, 2004, 737 note O. RENARD-PAYEN. V. aussi Jacques GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*, 2004, p. 2239.

³⁰³² *Com.*, 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *D.*, 2010, p. 2481, D. MAZEAUD ; *D.*, 2010, p. 2485, T. GENICON ; *JCP G*, n° 43, 2010, act. 1056, T. FAVARIO ; *RTD civ.* 2010, p. 782, B. FAGES ; *JCP G*, n° 3, 2011, doct. 63, J. GHESTIN ; *Deffrénois*, n° 8, 2011, p. 811, J.-B. SEUBE ; *D.*, 2011, p. 472, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC*, n° 1, 2011, p. 34, É. SAVAUX ; *RTD civ.*, 2011, p. 87, P. DEUMIER ; *JCP E*, n° 50, 2010, 2108, S. PECH-LE-GAC ; *LEDC*, n° 10, 2010, p. 7, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

révision judiciaire du contrat, même circonscrite à un élément restreint, est très éloignée de la culture juridique anglaise. De la même façon, la liberté contractuelle et l'absence de reconnaissance d'un principe de bonne foi³⁰³³ s'oppose à ce que le juge dégage une éventuelle obligation de renégocier. Dans un arrêt rendu en 1863³⁰³⁴, la *High Court of Justice* se prononça sur un contrat de location d'une salle de spectacle qui brula avant le jour de la représentation. Le juge estima que les deux parties étaient libérées de leurs obligations, les propriétaires de mettre à disposition la salle et les locataires de régler le prix. Il dégagera la règle selon laquelle « *dans les contrats dont l'exécution dépend de l'existence pérenne d'une personne ou d'une chose donnée, il existe une condition implicite selon laquelle l'impossibilité d'exécution due à la disparition de la personne ou de la chose excuse l'exécution* »³⁰³⁵. Une telle solution, précisée depuis cet arrêt³⁰³⁶, s'apparente plutôt à la caducité du contrat connue du droit français qu'à l'imprévision.

Selon certains auteurs, le rôle du juge aurait connu, notamment en droit français, une évolution progressive depuis l'arrêt Canal de Craponne vers une « *porte entrouverte à la révision pour imprévision* »³⁰³⁷, en passant par les arrêts Huard et Chevassus-Marche venus atténuer le principe de rejet de la théorie de l'imprévision. Depuis la réforme de 2016, le juge français dispose d'une marge de manœuvre plus importante en matière de bouleversements de l'économie du contrat. Néanmoins, il existe des solutions contractuelles visant à exclure l'intervention du juge.

2) Les solutions contractuelles en cas de changement de circonstances

700. L'exclusion du juge. Face au refus initial de la révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances, les contractants, qu'ils soient soumis au droit français ou au droit anglais, n'ont d'autres choix que de s'efforcer de se prémunir contre les changements économiques ou sociaux qui pourraient affecter l'exécution du contrat. Il est possible pour les parties de prévoir une obligation contractuelle de renégocier le contrat, dès sa formation. Le rejet d'un mécanisme permettant au débiteur de l'obligation ou de la promesse de solliciter le

³⁰³³ V. *supra* n° 567.

³⁰³⁴ Taylor v. Caldwell, *High Court of Justice (King's Bench)*, 6 mai 1863, [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309. V. *supra* n° 656.

³⁰³⁵ *Ibid.*, p. 314 : « *The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance* ».

³⁰³⁶ V. *supra* n°s 655s sur la frustration.

³⁰³⁷ À propos du projet de réforme, v. Rémy CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, 2015, p. 771.

juge est en partie motivé par cette considération³⁰³⁸. Les parties peuvent, dès la conclusion du contrat, prévoir de renégocier celui-ci en cas de bouleversements économiques par le biais de clauses de renégociation (a). Sont traditionnellement opposées aux clauses de renégociation les clauses de maintien de valeur, telles que les clauses d'indexation (b).

a) Les clauses de renégociation

701. Une pluralité de possibilités. La plus célèbre des clauses de renégociation contractuelle est sans nulle doute la clause de *hardship* qui a nourri de nombreux travaux doctrinaux et est fréquemment présente dans les contrats notamment internationaux (i). Les parties peuvent également avoir cours à une clause moins connue mais tout aussi efficace, la clause de *benchmarking* (ii).

i) La clause de *hardship*

702. Définition. Les parties sont libres, en toute circonstances, de réviser le contrat sans que cela ait été initialement prévu, faisant à nouveau acte de volonté et laissant le juge à l'écart de ce processus de modification de la convention. De la même façon, rien ne s'oppose en droit anglais à ce que les parties renégocient la convention initialement conclue. Le juge est parfaitement absent de ce processus. Il est donc dans un premier temps mis à l'écart du processus de modification du contrat qui demeure, dans une telle hypothèse, la chose des parties.

Néanmoins, dans les contrats à exécution successive, les contractants insèrent le plus souvent dans la convention des clauses de *hardship*. La clause de *hardship*, encore appelée clause de sauvegarde ou d'imprévision, est une « *clause en vertu de laquelle les parties à un contrat (international, de longue durée...) s'engagent à renégocier leur accord lorsque l'économie de celui-ci se trouve bouleversée par des circonstances extérieures à leurs volontés* »³⁰³⁹. Elle est très utilisée dans le cadre du commerce international³⁰⁴⁰, puisque dans

³⁰³⁸ Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE, François TERRÉ, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris : PUF, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2015, arrêt n° 161, p. 181. V. Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, t. 421, LGDJ, coll. Thèses, 2004, spéc. n^{os} 446s : l'auteur dégage l'existence en droit américain d'une « *acceptation originale de la règle supplétive, celle du penalty default, l'expression désignant une solution supplétive délibérément adoptée par l'ordre juridique en vue d'inciter les particuliers à manifester leur volonté et, dans la négative, à sanctionner leur abstention lorsque celle-ci n'est pas économiquement efficiente* ».

³⁰³⁹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 542.

³⁰⁴⁰ V. pour des études de la clause de *hardship* dans des contrats internationaux : Marcel FONTAINE et Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et commentaire de clauses*, 2^{ème} éd., Paris : FEC et Bruylant, 2003,

un tel contexte, les facteurs pouvant causer des éventuels changements de circonstances et affecter l'économie ou la substance du contrat sont multipliés. En droit français, la clause de *hardship* revêt un intérêt particulier pour les contrats à exécution successive et à durée déterminée puisque ces derniers ne sont pas, au contraire des contrats à durée indéterminée, susceptibles d'être résilié à tout moment sous réserve du respect d'un préavis³⁰⁴¹.

La clause de *hardship* appartient à la catégorie des clauses de renégociation³⁰⁴². Elle définit, dans un premier temps, le « *hardship* », qui signifie en anglais courant « épreuve ». Dans le cadre de cette clause contractuelle spécifique, le *hardship* désigne donc la situation de difficulté économique dans laquelle se trouve l'une des parties à la suite du changement de circonstances. Si les circonstances donnant lieu au jeu de la clause ne sont que rarement définies, il ressort des études consacrées à ce type de clauses qu'elles exigent systématiquement que les circonstances qui ont entraîné la perturbation de l'équilibre contractuel initial soit extérieures aux parties voire imprévisibles³⁰⁴³. En effet, un contractant ne pourrait exiger la renégociation du contrat s'il est à l'origine du changement de circonstances car cela permettrait de prétendre se libérer trop facilement de ses obligations telles qu'elles ont été initialement conçues par les parties. En outre, un contractant ne pourrait exiger la renégociation du contrat s'il pouvait raisonnablement prévoir un tel changement et s'en prémunir. En ce qui concerne l'épreuve à laquelle fait face le contractant, les clauses de *hardship* n'exigent pas, au contraire des clauses de force majeure³⁰⁴⁴, que l'exécution de l'obligation soit devenue impossible mais « *anormalement onéreuse ou parfaitement inutile pour l'une des parties* »³⁰⁴⁵.

pp. 487s ; Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI*, n° 4, oct. 1974, p. 794 ; Marcel FONTAINE, « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI*, 1976, p. 42 ; Pierre VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *RDIDC*, 1980, p. 7 ; Dietrich MASKOW, « *Hardship* and Force Majeure », *Am. J. Comp. L.*, 1992, vol. 40, n° 3, pp. 657s ; Ugo DRAETTA, « *Hardship* and force majeure clauses in international contracts », *IBLJ*, n° 3/4, 2002, pp. 347s ; Hubert KONARSKI, « Force majeure and *hardship* clauses in international contractual practice », *IBLJ*, 2004, pp. 405s. V. en droit français : Yves LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, pp. 267s.

³⁰⁴¹ Art. 1121 du C. civil.

³⁰⁴² Charles JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in Jacques MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels : colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1990, n° 21, p. 141, spéc. pp. 147 et 148.

³⁰⁴³ Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI*, n° 4, 1974, p. 801.

³⁰⁴⁴ V. *supra* n° 647.

³⁰⁴⁵ Marcel FONTAINE et Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et commentaire de clauses*, 2^{ème} éd., Paris : FEC et Bruylant, 2003, p. 491.

703. Effets : la renégociation du contrat. Dans un second temps, la clause de *hardship* prévoit aussi un effet particulier : celui d'imposer aux parties une renégociation des termes contractuels. C'est dans cet effet que se révèle tout particulièrement la nature de clause de renégociation de la clause de *hardship* puisque celle-ci n'a pas d'effet automatique, au contraire d'une clause d'indexation qui modifierait le prix initialement prévu sans concertation des parties. La clause de *hardship* met en effet à la charge des parties une obligation de renégociation³⁰⁴⁶, de redéfinition des termes contractuels à la lumière des changements qui sont survenus depuis sa conclusion. Cette renégociation peut ne pas aboutir, soit parce que les parties ne trouvent plus d'intérêt au contrat à la suite des changements intervenus, soit parce qu'une partie refuse de renégocier le contrat. Le manquement à la clause de *hardship*, qui a d'abord pour objectif et pour effet de maintenir à distance le juge, peut donc parfois aboutir au contrôle judiciaire.

704. Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la clause de *hardship*. Dans un premier temps, le juge peut être amené à contrôler la légitimité de la mise en œuvre de la clause de *hardship*, c'est-à-dire le bien-fondé de la demande de renégociation par l'une des parties. À titre d'exemple, la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu en 2015 rappelle que « *la clause de hardship ou clause de sauvegarde ou d'imprévision a pour objet d'organiser un aménagement conventionnel de l'imprévision* »; [sic] *qu'ainsi tout événement qui conduirait à une modification très importante de l'équilibre du contrat implique une nouvelle concertation entre les parties pour rétablir l'équilibre initial* ». La cour constate ensuite qu'en l'espèce, « *plusieurs événements [...] ont entraîné l'augmentation excessives des coûts ayant amené [le contractant] à mettre en œuvre de parfaite bonne foi la clause d'imprévision* »³⁰⁴⁷.

La clause de *hardship* peut également poser des difficultés d'interprétation. Il est possible de distinguer des clauses de *hardship* très larges et des clauses de *hardship* très spécifiques³⁰⁴⁸. Or il a été relevé que des clauses très générales évoquant par exemple des « *fluctuations économiques* »³⁰⁴⁹ ou comportant une énumération de circonstances conclue par « etc. »

³⁰⁴⁶ Certains auteurs estiment qu'il s'agit plutôt d'un devoir sanctionné par la responsabilité délictuelle, v. Laurent AYNÈS, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, 1999, p. 17.

³⁰⁴⁷ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 19 mars 2015, n° 15/00020.

³⁰⁴⁸ Marcel FONTAINE et Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et commentaire de clauses*, 2^{ème} éd., Paris : FEC et Bruylant, 2003, p. 500.

³⁰⁴⁹ Isabelle DE LAMBERTERIE, « The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts, 2 : French report », in Donald HARRIS et Denis TALLON (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, p. 226.

étendant considérablement leur portée étaient trop vagues pour être tout à fait efficaces dans la gestion autonome des changements de circonstances.

La mise en œuvre de la clause de *hardship* ne permet donc d'échapper au juge que si les parties s'entendent sur la légitimité de sa mise en œuvre. Lorsque ce n'est pas le cas, l'une des parties saisira le juge qui n'est donc pas entièrement exclu de l'exécution des contrats pourvus de clause de *hardship*.

705. Le contrôle judiciaire du manquement à l'obligation de renégocier.
« *L'obligation de renégocier se scinde en deux obligations distinctes. La première [...] : les parties doivent effectivement rentrer en discussion ; c'est là une obligation de résultat [...] La seconde obligation consiste [...] à discuter sérieusement, c'est-à-dire de bonne foi sans proposer des modifications aberrantes dans le but de faire échouer la renégociation. L'obligation est alors de moyens [...]* »³⁰⁵⁰. En ce qui concerne dans un premier temps l'obligation pour les parties d'entrer en discussion, il est tout à fait imaginable que l'une des parties, probablement la partie sollicitée par son contractant qui subit l'augmentation du coût de l'exécution, ne se prête pas au jeu de la renégociation. Par conséquent, le contractant en difficulté ne pourra que saisir le juge pour contraindre l'autre à exécuter son obligation d'entrer en renégociation.

706. Le contrôle judiciaire du manquement à l'obligation de renégocier de « bonne foi ». En ce qui concerne dans un second temps la façon dont les renégociations doivent être menées, le juge français peut être amené à vérifier que chacune des parties respecte le principe de bonne foi contractuelle. En effet, l'alinéa premier de l'article 1104, d'ordre public, dispose que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Le principe de bonne foi s'applique aussi bien aux négociations initiales qu'aux renégociations et la combinaison des articles 1195 et 1104 obligent les parties à en tenir compte³⁰⁵¹. La difficulté réside dans l'appréciation de l'attitude du contractant sollicité pour les renégociations. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2006³⁰⁵² était venu apporter une précision sur la portée des

³⁰⁵⁰ Charles JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in Jacques MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels : colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1990, n^{os} 26 et 27, p. 150.

³⁰⁵¹ V. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 96 à propos de la combinaison des art. 1111 et 1196 du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 fév. 2015.

³⁰⁵² Com., 3 oct. 2006, n^o 04-13214, inédit, D., 2007, p. 765, D. MAZEAUD.

clauses de renégociation. En l'espèce, un contrat de vente de chaleur avait été conclu puis modifié par un avenant un an plus tard. Le contrat contenait deux clauses, nommées respectivement « clause de rencontre » et « clause d'adaptation et transfert du contrat » par lesquelles les contractants s'étaient engagés, en cas d'événement affectant profondément l'équilibre économique et financier de leur contrat, à se rencontrer et à tenter d'adapter leur contrat au changement de circonstances. Le démarrage de la centrale destiné à permettre la fourniture d'énergie thermique n'ayant jamais eu lieu, les acheteurs agirent en résolution du contrat et en responsabilité du cocontractant défaillant. La cour d'appel fit droit à leur demande. Les fournisseurs formèrent un pourvoi en cassation au moyen que la cour d'appel n'avait pas recherché si l'échec des renégociations n'était pas imputable à la déloyauté des acheteurs qui n'avaient pas respecté les dispositions contractuelles relatives à la renégociation du contrat. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, consacrant l'appréciation souveraine des juges du fond en matière de bonne foi dans les renégociations. Elle estima que les clauses de renégociations n'obligeaient pas « *le contractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie [et] à réviser le contrat mais en [autorisait] seulement la possibilité* ». Elle ajoute que « *l'échec de la procédure de rencontre et d'adaptation ne peut être imputé [aux acheteurs] en l'absence de comportement abusif de [leur] part et que le seul fait pour [cette société] d'avoir refusé d'accepter la révision substantielle du prix du contrat [...] ne saurait caractériser une faute de sa part, quel que soit le déséquilibre économique allégué par [le fournisseur]* ». Elle en conclut qu'il revient à ce dernier de « *supporter les conséquences de son imprévision dans le choix d'un indice fondant la clause d'indexation* ».

Ce dernier élément revêtit une importance particulière car le fournisseur avait fait le choix de l'indice relatif au pétrole alors que le contrat portait sur la fourniture de gaz. La Cour sous-entend qu'il lui revient de supporter les conséquences de cette appréciation malheureuse, de la même façon que les juges anglais insistent sur l'absence d'intervention judiciaire pour libérer un contractant d'une « *mauvaise affaire* »³⁰⁵³. Néanmoins, il ressort également de cette décision que les clauses de renégociation obligent les parties à entrer en discussion mais pas à s'entendre. Si l'on peut y voir une expression de la liberté contractuelle, il est aussi possible de considérer que la solution donnée par la Cour a pour effet regrettable de permettre à un contractant de se contenter de refuser toutes les propositions d'adaptation sans engager sa responsabilité contractuelle. La seule limite serait le « comportement abusif » mentionnée par la Haute

³⁰⁵³ V. *supra* n° 660.

juridiction qui, s'il ne consiste pas en un rejet systématique des propositions d'adaptation, ne peut résider que dans l'intention de nuire³⁰⁵⁴. L'obligation engendrée par la clause de *hardship* serait alors de nature purement potestative³⁰⁵⁵ car son exécution dépend de la seule volonté du contractant sollicité pour la renégociation. En tout état de cause, la validité des clauses de *hardship* ne suffit pas à pallier le rejet initial de la théorie de la révision pour imprévision si de telles clauses n'obligent pas à la renégociation³⁰⁵⁶.

En conclusion, les clauses de *hardship* sont effectivement une façon d'éviter l'intervention judiciaire. Néanmoins, si le juge ne peut pas apporter des modifications à ces clauses, il sera éventuellement saisi afin de contrôler la légitimité de leur mise en œuvre, ainsi que le respect de l'obligation contractuelle de renégociation de bonne foi qu'elles engendrent. Par conséquent, le juge n'est pas tout à fait exclu de cette solution contractuelle au changement imprévu de circonstances affectant le contrat.

ii) La clause de *benchmarking*

707. Définition. En dernier lieu, il faut citer les clauses de *benchmarking* souvent prévue dans les contrats de prestation de services qui s'exécutent sur une longue période. La clause de *benchmarking* permet à son bénéficiaire de faire appel à une société tiers pour « *comparer le prix des services fournis par son prestataire avec ceux qui lui seraient consentis, pour des services équivalents, par des prestataires concurrents* »³⁰⁵⁷. Si l'étude révèle un écart conséquent entre les prix des concurrents et le prix pratiqué dans le contrat, le bénéficiaire est en mesure « *d'exiger de son cocontractant [...] qu'il s'aligne sur le prix ou sur les conditions globalement pratiquées sur le marché telles que déterminées par un tiers (benchmarker) ou, à défaut, le libère de son engagement d'achat* »³⁰⁵⁸. Par ce type de clause, les parties organisent donc la révision régulière du contrat, laissant le juge à l'écart du processus.

En plus des clauses de renégociation permettant de réserver la modification des stipulations contractuelles aux parties, la pratique contractuelle a développé des clauses

³⁰⁵⁴ Yves LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, n° 8, p. 275.

³⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 274.

³⁰⁵⁶ D. MAZEAUD, obs. Com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, inédit, *D.*, 2007, p. 765.

³⁰⁵⁷ Michel VIVANT (dir.), « 1696 - Clause de "benchmarking" » in *Le Lamy droit du numérique*, Lamy, mise à jour avril 2020.

³⁰⁵⁸ Muriel CHAGNY et Jérémy BERLEMONT (dir.), « 3936 - Clause de *benchmarking* », in *Le Lamy droit économique*, Lamy, mise à jour nov. 2020.

permettant au contraire de maintenir les termes du contrat en l'état en dépit du changement de circonstances. Il s'agit des clauses de maintien de valeur.

b) Les clauses de maintien de valeur

708. Les clauses d'indexation. L'indexation correspond à une « *modalité imprimée à une obligation de somme d'argent par une convention (clause d'indexation), une décision de justice [...] ou par la loi qui tend à faire varier le montant de cette obligation (en capital ou intérêts) en fonction d'un élément objectif de référence nommé indice : cours de l'or, [...] cours d'une monnaie étrangère [...] coût de la vie, prix du blé, coût de la construction* »³⁰⁵⁹. Encore appelées clauses d'échelle mobile³⁰⁶⁰, ces clauses permettent aux parties « *d'organiser la révision du prix dans les contrats à exécution successive* »³⁰⁶¹. Les clauses d'indexation sont en principe interdites en droit français par le Code monétaire et financier³⁰⁶². Celui-ci prévoit néanmoins des exceptions³⁰⁶³ et les clauses d'indexation sont en réalité fréquemment utilisées et susceptibles d'intervenir dans une variété de contrats³⁰⁶⁴.

709. La disparition de l'indice. La clause d'indexation fait appel à un indice qui varie dans le temps. Par exemple, dans le cas d'une vente d'immeuble à construire « *par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* »³⁰⁶⁵, les parties peuvent prévoir que le prix de vente soit indexé sur « *un indice national du bâtiment* »³⁰⁶⁶, à savoir l'indice BT 01 du coût de la construction publié par l'INSEE³⁰⁶⁷. Or il est possible que l'indice disparaisse. Si les parties n'ont pas envisagé cette éventualité et prévu le remplacement de l'indice initial par un autre, le juge peut alors intervenir dans le contrat pour opérer cette modification en vertu de l'article 1167 du Code civil³⁰⁶⁸. En droit anglais, l'*Office for National Statistics* encourage les contractants à stipuler précisément dans leur contrat quel indice doit

³⁰⁵⁹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2020, pp. 570 et 571.

³⁰⁶⁰ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, p. 570.

³⁰⁶¹ Sébastien REGNAULT, « Les avatars de la clause d'indexation (I). Le droit classique de la clause d'indexation », *AJ contrat*, 2018, p. 118.

³⁰⁶² Art. L. 112-1, al. 1^{er} et art. L. 112-2 du CMF.

³⁰⁶³ Art. L. 112-3, L. 112-3-1, L. 113-4 du CMF.

³⁰⁶⁴ V. Danielle MONToux, « Fasc. 20 : Indexation. – Applications pratiques », *Juriscl. Notarial Formulaire*, LexisNexis, 16 juin 2000, (actu. 15 mars 2017), n^{os} 31s.

³⁰⁶⁵ Art. 1601-1 du C. civil.

³⁰⁶⁶ Art. L. 261-11-1 du C. de la construction et de l'habitation.

³⁰⁶⁷ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/serie/001710986>

³⁰⁶⁸ Art. 1167 nouveau du C. civil : « *Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus* ».

être pris en compte, si l'indice initialement stipulé venait à disparaître³⁰⁶⁹. Cela est préférable dans la mesure où en l'absence de stipulation d'indice, le juge anglais, au contraire du juge français, n'interviendra pas pour sauver le contrat en remplaçant l'indice disparu. En droit anglais, la solution donnée au changement de circonstances économiques est, quoique rarement mise en œuvre, plus radicale qu'en droit français puisqu'elle aboutit à l'anéantissement du contrat³⁰⁷⁰.

710. La nullité de l'indice. Dans le cas d'un indice frappé de nullité, la Cour de cassation a précisé que le juge du fond « *ne peut se substituer aux parties pour remplacer une clause d'indexation, déclarée nulle par la loi, par une clause nouvelle se référant à un indice différent* »³⁰⁷¹. Néanmoins, la Cour a également admis que le pouvoir d'interprétation des contrats permettait au juge du fond de remplacer l'indice annulé par un autre qu'il aurait déduit des dispositions du contrat³⁰⁷². Or cela n'est finalement pas si éloigné de la substitution aux parties, dans la mesure où le rattachement à la volonté contractuelle est le plus souvent artificiel³⁰⁷³. Dans le cas de l'indice disparu comme dans le cas de l'indice nul, l'objectif est celui du sauvetage du contrat dans le respect de la volonté des parties de voir le prix indexé³⁰⁷⁴.

Quand bien même aucune solution contractuelle au changement de circonstances n'a été envisagée dans le contrat, l'obligation de renégocier en cas de circonstances bouleversant l'économie du contrat a été consacrée en droit français par la réforme de février 2016 selon un processus qui vise à écarter le plus possible le juge.

³⁰⁶⁹ OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, *Guidance on using indices in contracts*, 2015, § 7. [En ligne] <https://www.ons.gov.uk/> (page consultée le 16/03/2021)

³⁰⁷⁰ V. *supra* n^{os} 655s.

³⁰⁷¹ Civ. 3^{ème}, 14 oct. 1975, n^o 74-12.880, *Bull. civ.* III, 1975, n^o 290, p. 219 portant sur un contrat de bail.

³⁰⁷² En outre, la Cour de cassation a pu retenir, dans le cas d'une clause réputée non écrite par effet de la loi, que la sanction ne portait pas sur l'entière de la clause, cf. Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n^o 21-11169, *Bull. civ.* III, 2022, p. 85, *D.*, 2022, p. 1375, M.-P. DUMONT ; *AJDI*, 2022, p. 200, J.-P. BLATTER ; *Flash Defrénois*, n^o 7, 2022, p. 6 ; *Defrénois*, n^o 7, 2022, p. 9 ; *Defrénois*, n^o 15, 2022, p. 36, L. RUET ; *Gaz. Pal.*, n^o 7, 2022, C.-É. BRAULT ; *LEDIU*, n^o 3, 2022, p. 2, J. BAZAILLE ; *LEDC*, n^o 2, 2022, p. 2, H. KASSOUL : dans un contrat de bail commercial, la clause d'indexation qui ne s'applique qu'en cas de variation à la hausse de l'indice est réputée non écrite par l'art. L. 145-39 du C. commerce. Il revient au juge du fond de ne réputer non écrite que la partie de la clause portant sur l'indexation à la hausse et non la clause d'indexation dans son entièreté, ce qui permet d'en sauvegarder une partie.

³⁰⁷³ François GRUA, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 20 : Régime Général des Obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Indexations », *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 18 sept. 2017, (actu. Nicolas CAYROL, 6 nov. 2019).

³⁰⁷⁴ V. concernant l'art. 1167 nouveau du C. civil le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n^o 0035 du 11 fév. 2016, texte n^o 25, Chapitre II : La formation du contrat, Section 2 : La validité du contrat, Sous-section 3 : Le contenu du contrat.

B) Une intervention inégale en cas de bouleversement de l'économie du contrat en cours d'exécution

711. Le recul de l'intangibilité du contrat. Le principe d'intangibilité du contrat est loin d'être une règle absolue. La reconnaissance de la survenance d'évènements extérieurs et postérieurs à la conclusion du contrat venant perturber son exécution a encouragé les législateurs, les juges nationaux ainsi que les rédacteurs des instruments communautaires et internationaux à autoriser des entorses, strictement encadrées, à ce principe. Il s'avère tout d'abord que le contrat n'est pas intangible dans la mesure où les parties sont encouragées à renégocier le contrat, donc à le modifier. Ensuite, en cas d'échec des renégociations, la modification du contrat peut être opérée par un tiers : le juge.

712. L'adaptation du contrat dans les instruments communautaires et internationaux. De nombreux textes européens et internationaux ont adopté un mécanisme qui permet à un contractant de demander une renégociation du contrat lorsqu'il éprouve des difficultés à exécuter ses obligations en raison d'un changement impactant sa prestation. Les Principes d'Unidroit, dans une section intitulée « *Hardship* », rappellent dans un premier temps le principe de force obligatoire du contrat : « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship* »³⁰⁷⁵. L'article 6.2.2 définit ensuite le *hardship* à travers quatre critères cumulatifs similaires à l'article 1195 nouveau du Code civil. De la même façon, le *Draft Common Frame Reference* rappelle la nécessité d'exécuter les obligations contractuelles mais prévoit également la « *modification ou fin décidée par le tribunal en raison d'un changement des circonstances* » dans un article 1.110 du Livre III intitulé « Obligations et droits correspondants ». Ces critères seront examinés au fur et à mesure que sont détaillés les mécanismes français et anglais destinés à résoudre le changement de circonstances mettant en difficulté l'un des contractants.

713. Un accroissement inégal de l'office du juge. La possibilité d'adaptation du contrat a connu récemment en France une certaine avancée car, si le juge est initialement mis à l'écart du processus de modification du contrat en cas de changement de circonstances, il acquiert un

³⁰⁷⁵ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, art. 6.2.1 « Respect du contrat ». [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (page consultée le 10/11/2020)

pouvoir d'intervention substantiel car il peut réviser le contrat en cas d'échec des renégociations entre les parties (1). En revanche, il est impensable pour le juge anglais d'opérer une réécriture du contrat (2).

1) L'intervention substantielle du juge français : le choix de la révision ou la fin du contrat

714. Un mécanisme à deux temps. Dans l'hypothèse de l'échec de la renégociation, le mécanisme de l'article 1195 du Code civil s'articule en deux temps : le juge français devra, dans un premier temps, évaluer le bien-fondé de la demande du cocontractant tendant à la renégociation du contrat (a), puis, dans un second temps, réviser le contrat soit à la demande des deux parties soit à la demande de l'une d'elles (b).

a) L'évaluation du bien-fondé de la demande de renégociation

715. L'appréciation souhaitable du bien-fondé de l'action en imprévision. Les décisions portant sur l'imprévision ne sont pas encore très nombreuses³⁰⁷⁶. Lorsqu'une partie tente d'invoquer le fondement de l'article 1195 du Code civil, le contrat a été conclu avant le 1^{er} octobre 2016 et la cour ne peut que répondre que le texte prévoyant l'imprévision n'est pas applicable³⁰⁷⁷. La question se pose de déterminer si le juge saisi par la demande des parties doit d'abord vérifier les conditions d'existence de l'imprévision³⁰⁷⁸. Si, pour certains auteurs, la rédaction du texte laisse entendre que tel n'est pas le cas, car le juge « *tire son pouvoir d'adaptation de la demande que lui expriment les parties et non de la réunion des conditions de la renégociation* »³⁰⁷⁹, il semble difficile d'imaginer que le juge n'ait pas à vérifier le bien-fondé de l'action fondée sur l'imprévision. En effet, avant même que se pose la question de l'échec des négociations, il faut préciser que les parties seront certainement souvent en désaccord sur l'existence d'une situation d'imprévision³⁰⁸⁰. Dans l'hypothèse où l'une partie s'estime désavantagée par le changement de circonstances, elle demandera la renégociation sur le fondement de l'article 1195, alinéa 1^{er}. Si l'autre partie refuse de renégocier, estimant que les

³⁰⁷⁶ Une recherche menée sur LexisNexis avec les mots clés « imprévision, contrat » sur la jurisprudence des cours d'appel françaises faisant référence à l'art. 1195 du C. civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 16 fév. 2020 n'a donné que très peu de résultats.

³⁰⁷⁷ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 6, 16 fév. 2018, n° 16/08968 ; CA Grenoble, ch. com., 5 nov. 2020, n° 18/01803 ; CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 4 fév. 2020, n° 17/06550.

³⁰⁷⁸ Nicolas MOLFESSIS, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G*, n° 52, 2015, pp. 1415s.

³⁰⁷⁹ *Ibid.*, pp. 1415s.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*, pp. 1415s.

conditions ne sont pas réunies, la partie qui se prétend en difficulté saisira le juge, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 1195, afin de demander la révision ou la résolution. Or, avant de réviser ou de prononcer la résolution selon la demande dont il est saisi, le juge devra d'abord examiner le bien-fondé de la demande de révision ou de résolution, c'est-à-dire la réunion des trois critères de l'imprévision³⁰⁸¹. Il le fait, d'une part, lorsqu'un contractant requiert l'application des principes d'Unidroit³⁰⁸² : il paraît alors incongru que la même vérification de la réunion des critères ne soit pas réalisée pour l'application du mécanisme français. D'autre part, la vérification de l'existence des conditions permettant de mettre en œuvre un mécanisme juridique fait indéniablement partie de l'office du juge. En effet, « [l]e juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »³⁰⁸³. Dans l'hypothèse où l'un des cocontractants prétend qu'un changement de circonstances a rendu l'exécution de ses obligations plus onéreuse et saisit le juge en révision ou résolution du contrat, le juge devra faire droit ou non à cette prétention. Cela implique d'appliquer les règles qui régissent cette situation de fait, à savoir en l'espèce l'article 1195 qui subordonne le droit d'agir en révision ou résolution à la réunion des trois critères de l'imprévision. En l'absence de ces trois critères, le juge³⁰⁸⁴ devra conclure au mal-fondé de la demande.

716. La réunion de trois critères. Dans un premier temps, le juge français doit donc opérer un arbitrage entre les parties car il doit déterminer si celle qui a réclamé la renégociation était dans son droit, autrement dit si les trois conditions de l'imprévision étaient remplies. Or le législateur fait à nouveau, de la même façon que lorsqu'il fait appel à la personne raisonnable, référence à des concepts indéterminés qui laissent une latitude considérable au juge en matière d'imprévision. Il appartient en effet à ce dernier d'évaluer le caractère « imprévisible » du changement de circonstances **(i)**, le caractère « manifestement onéreux » de l'exécution de l'obligation contractuelle **(ii)** et de vérifier l'absence de clause plaçant sur l'une des parties la charge du risque qui s'est révélé, autrement dit l'absence d'éviction conventionnelle du mécanisme de l'imprévision **(iii)**.

³⁰⁸¹ Jean-François FÉDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, pp. 382s.

³⁰⁸² CA Reims, ch. Civ., 1^{ère} section, 4 sept. 2012, n° 11/02698 dans lequel la cour apprécie l'existence d'une modification fondamentale de l'équilibre du contrat.

³⁰⁸³ Art. 12, al. 1^{er} du CPC.

³⁰⁸⁴ Le juge des référés n'étant pas compétent car il intervient dans des situations d'urgence et prononce des mesures provisoires : CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 13 déc. 2017, n° 17/11076 : « la demande subsidiaire de réduction de la dette sur le fondement de l'imprévision en raison de circonstances imprévisibles ne saurait relever des pouvoirs limités du juge des référés, juge de l'évidence ».

i) L'appréciation du caractère imprévisible des circonstances survenues postérieurement

717. Les principes d'Unidroit et le DCFR. L'exigence d'un critère d'imprévisibilité du changement de circonstances est commune aux instruments prévoyant un mécanisme de renégociation en cours d'exécution du contrat. L'article 6.2.2 des principes d'Unidroit précise qu' « [i]l y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ». Les commentaires des principes expliquent : « Parfois le changement de circonstances est progressif, mais le résultat final de ces changements progressifs peut constituer un cas de *hardship*. Si le changement commence avant la conclusion du contrat, il n'y aura pas de *hardship* à moins que le changement ne soit spectaculaire au cours de l'existence du contrat »³⁰⁸⁵. Le DCFR impose quant à lui un « changement exceptionnel de circonstances »³⁰⁸⁶. Le contrat est certes « un acte de prévision »³⁰⁸⁷, mais les parties ne pouvant pas tout prévoir, « le concept d'imprévisibilité est un instrument de protection des parties »³⁰⁸⁸ dans le cas d'un contrat devenu particulièrement désavantageux pour l'une d'entre elles. À ce titre, l'imprévision est donc un mécanisme de justice contractuelle.

718. L'appréciation du caractère imprévisible. Il convient dans un premier temps de préciser que le juge doit apprécier l'imprévisibilité au moment de la formation du contrat ainsi que le précise l'article 1195 du Code civil. Dans un second temps, il convient de s'interroger sur la façon dont le juge doit raisonner pour déterminer ce qui est imprévisible car aucune autre précision n'est donnée par le texte. L'imprévisibilité de l'évènement est également une condition de la mise en œuvre de la force majeure, ce qui peut conduire à penser que le critère

³⁰⁸⁵ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome : Unidroit, 2016, p. 229.

³⁰⁸⁶ THE STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition Prepared*, Sellier. European law publishers, 2008, article III- 1:110, p. 34. [En ligne] https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/traduc-vbar-livre_i-ii-iii_08-2008.pdf (page consultée le 23/10/2020)

³⁰⁸⁷ Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éd. du Juris-cl., coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, pp. 643s.

³⁰⁸⁸ Pierre-Yves GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.*, 1990, n° 9, pp. 130s.

sera apprécié de la même façon en matière d'imprévision³⁰⁸⁹. Ainsi que le font remarquer de nombreux auteurs³⁰⁹⁰, il s'agirait donc d'une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire que le juge devra déterminer si l'évènement était raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat. L'outil de la personne raisonnable, mis en œuvre en matière d'interprétation des contrats par le juge français, est à nouveau mis à contribution. Si l'imprévision est un mécanisme de justice contractuelle destiné à éviter à une partie de supporter de trop lourdes conséquences d'un changement dont elle n'aurait pu se prémunir, il ne s'agit pas non plus de voir un contractant ayant manqué de prudence et de réflexion déchargé de ses obligations. L'évènement doit donc avoir été imprévisible pour « *une personne raisonnable se trouvant dans les mêmes circonstances* »³⁰⁹¹, ce qui appelle une appréciation au cas par cas³⁰⁹². Le juge se positionne donc comme « *contractant moyen [...] : il ne s'agira pas tant de rechercher si le demandeur a pu ou non prévoir le changement de circonstances qui est survenu depuis la conclusion du contrat que de rechercher si, compte tenu de la situation personnelle, de l'âge, de la profession, de la formation ou des compétences du demandeur, le contractant moyen auquel il se rattache aurait pu prévoir ledit changement* »³⁰⁹³. Plus précisément qu'une personne raisonnable, il y a fort à parier que le juge sera plus exigeant avec le débiteur professionnel : dans un tel cas, il s'agira de se demander « *ce qu'aurait pu prévoir un professionnel du même genre, normalement prudent et diligent, dans le même contexte* »³⁰⁹⁴.

719. Deux formes d'imprévisibilité. Un changement de circonstances peut être imprévisible à plusieurs égards. C'est d'abord sa réalisation qui peut être imprévisible, ce qui est l'hypothèse la plus facilement évoquée ; ce peut être également son ampleur qui peut être imprévisible. Le *Draft Common Frame Reference* envisage d'ailleurs explicitement cette hypothèse en faisant référence à « *l'importance du changement de circonstances* ». Là encore, les décisions de justice relatives à la force majeure peuvent renseigner sur le sens que donneront les juges à la notion d'imprévisibilité : la jurisprudence sur la force majeure reconnaît qu'un évènement dont l'ampleur était imprévisible satisfait le critère d'imprévisibilité.

³⁰⁸⁹ Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, n° 10, pp. 373s ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

³⁰⁹⁰ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s ; Mustapha MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 2017, act. 155.

³⁰⁹¹ Mustapha MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 2017, act. 155.

³⁰⁹² *Ibid.*

³⁰⁹³ Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, n° 10, pp. 373s.

³⁰⁹⁴ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

720. L'exclusion des contrats aléatoires. Le contrat aléatoire se définit en droit français comme le « *contrat à titre onéreux dans lequel l'existence ou la valeur d'une prestation n'est pas connue au moment de sa formation, parce qu'elle dépend d'un évènement futur et incertain [...] ce qui laisse à chacune une chance de gain ou un risque de perte [...]* »³⁰⁹⁵. La présence d'un aléa sur l'existence ou sur la valeur de la prestation empêche logiquement le contractant de se prévaloir d'un changement de circonstances rendant l'exécution plus onéreuse que prévue puisque l'équilibre des prestations lui-même est, *ab initio*, fondé sur l'incertitude : « [...] *pour que l'onérosité excessive joue un rôle, encore faut-il ne pas en avoir assumé le risque [...]* L'aléa assumé chasse donc la lésion et, dans sa foulée, l'imprévision tout autant »³⁰⁹⁶. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2018³⁰⁹⁷, la cour d'appel de Paris précise que « *le nouvel article 1195 du code civil exclut de champ d'application les contrats aléatoires puisqu'il prévoit que "si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat"* ». Ce raisonnement fondé sur la notion d'aléa explique l'apport de la loi de ratification du 20 avril 2018 qui crée un article L. 211-40-1 au sein du Code monétaire et financier excluant du champ d'application de l'article 1195 du Code civil les « *titres et contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1* » du même code. En effet, ces contrats sont par essence aléatoires. Cette exclusion limite donc le champ d'application de l'article 1195 du Code civil, y compris du mécanisme permettant aux parties de saisir le juge, restreignant ainsi la possibilité d'une intervention judiciaire.

721. L'exclusion de l'imprévisibilité dans les contrats de construction à forfait. Dans le contrat de louage d'ouvrage, l'« *entrepreneur s'engage au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage) à exécuter un travail indépendant moyennant un certain prix* »³⁰⁹⁸. Or, il n'est pas rare que le prix corresponde à un forfait. Fréquemment utilisé en matière immobilière, le forfait désigne le « *prix d'une prestation ou d'un ensemble de prestations fixé à l'avance et de manière définitive* »³⁰⁹⁹. Le caractère définitif de la fixation du prix empêche l'architecte, dans un contrat de construction immobilière, de réclamer un supplément de prix, même lorsque

³⁰⁹⁵ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 286.

³⁰⁹⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

³⁰⁹⁷ CA Paris, Pôle 5, ch. 6, 16 fév. 2018, n° 16/08968.

³⁰⁹⁸ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, pp. 659-660.

³⁰⁹⁹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 507.

survient une augmentation du coût des matériaux ou de la main d'œuvre³¹⁰⁰. Dans un arrêt rendu en 2020³¹⁰¹, la cour d'appel de Douai eut à connaître d'une demande de révision du contrat fondée sur l'article 1195 du Code civil dans le cadre d'un contrat de construction à forfait. Elle débouta l'architecte de sa demande sur le fondement du droit spécial relatif au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, précisant que « *les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat conformément aux dispositions de l'article 1793 du code civil lequel dispose que "lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire"* ». Le droit spécial est donc susceptible de faire échec au mécanisme de l'article 1195 du Code civil, limitant à nouveau les possibilités d'intervention judiciaire.

722. La marge d'appréciation du juge. Le juge est ainsi privé de tout pouvoir d'intervention en cas de contrats aléatoires et de prix définitivement fixé. En revanche, hors de ces hypothèses, chaque juge devra déterminer, au cas par cas, si dans les circonstances dans lesquelles se trouvait le contractant victime de l'imprévision, la survenance ou l'ampleur du changement de circonstances était prévisible ou non. Les précisions apportées par les textes européens sont utiles, encore qu'elles n'aient aucune force contraignante vis-à-vis des juges français. Par conséquent, « *le critère demeure, malgré tout, très largement dans la main du juge. Non seulement celui-ci dispose d'une latitude importante dans la construction du modèle de comparaison mais surtout il ne sera pas toujours facile d'anticiper s'il estimera que tel changement, prévisible dans l'absolu, était ou non imprévisible au cas d'espèce* »³¹⁰².

Outre le caractère imprévisible du changement de circonstances, le juge français devra également vérifier le caractère excessivement onéreux de l'exécution contractuelle pour la partie qui se prétend victime de l'imprévision.

³¹⁰⁰ Art. 1793 du C. civil.

³¹⁰¹ CA Douai, 1^{ère} ch., 2^{ème} section, 23 janv. 2020, n° 19/01718.

³¹⁰² Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

ii) L'appréciation du caractère excessivement onéreux de l'exécution

723. La distinction entre l'exécution excessivement onéreuse et l'exécution impossible. De nombreux auteurs ont souligné qu'une exécution devenue excessivement onéreuse n'est pas synonyme de l'exécution impossible qui constitue plutôt un critère de la force majeure française³¹⁰³. Cette première précision permet de distinguer l'imprévision française de la *frustration* anglaise qui ne vise précisément que les hypothèses où l'exécution est devenue impossible, l'impossibilité revêtant deux possibles acceptions : l'une qui s'apparente à une caducité en droit français³¹⁰⁴ et l'autre à la disparition du but recherché par le débiteur dans le contrat³¹⁰⁵.

724. Une double hypothèse. De la même façon que l'imprévisibilité de l'évènement peut revêtir deux facettes, le caractère onéreux de l'exécution de ses obligations pour l'une des parties est susceptible de se rencontrer dans deux hypothèses³¹⁰⁶ : soit une partie est désavantagée parce que le coût de sa prestation augmente, par exemple à la suite d'une hausse des prix pratiqués par le fournisseur du débiteur ; soit une partie est désavantagée car la valeur de la prestation qu'elle perçoit diminue, par exemple dans un contrat à durée indéterminée en cas de dépréciation monétaire brutale³¹⁰⁷. Le premier alinéa de l'article 1195 du Code civil étant ainsi rédigé « *un changement de circonstances imprévisible [...] rend l'exécution excessivement onéreuse* », certains auteurs s'accordent à dire que la lettre du texte semble se limiter à la seule hypothèse de l'augmentation du coût de la prestation. Les principes d'Unidroit 2016 adoptent explicitement une lecture plus large du caractère excessivement onéreux de l'exécution et incluent les deux hypothèses dans le mécanisme de « *hardship* ». En effet, l'article 6.2.2 précise : « *Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué* ». Le DCFR, dans un article 1.110, alinéa premier, figurant dans le Livre III intitulé « Obligations et droits correspondants », envisage également les deux hypothèses dans le rappel de la force obligatoire du contrat :

³¹⁰³ Pascal ANCEL, « Imprévision », *in Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actu. mai 2018), n° 73 ; Françoise AUQUE, « Retour du juge par la loi, L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil », *AJDI*, n° 3, 2016, p. 184 ; Mustapha MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 2017, act. 155.

³¹⁰⁴ V. *supra* n° 656.

³¹⁰⁵ V. *supra* n°s 657s.

³¹⁰⁶ Pascal ANCEL, « Imprévision », *in Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actualisation mai 2018), n° 75.

³¹⁰⁷ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

« [u]ne obligation doit être exécutée quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué »³¹⁰⁸.

En ce qui concerne le droit français, l'étude des décisions des cours d'appel et tribunaux ne permet pas de se rendre compte de l'interprétation large ou restreinte donnée par les juges à l'expression d'exécution devenue excessivement onéreuse. Alors que certains auteurs semblent estimer préférable de refuser cette conception plus large et de s'en tenir à la lettre du texte³¹⁰⁹, la majorité de la doctrine française semble inclure la diminution de valeur de la contreprestation dans la notion d'onérosité excessive³¹¹⁰, à plus forte raison qu'elle représente l'hypothèse de l'arrêt Canal de Craonne dans lequel le créancier était victime de la dépréciation monétaire et est donc étroitement liée à la théorie de l'imprévision³¹¹¹. Il semblerait peu opportun que les juges excluent ces situations du champ d'application de l'article 1195 nouveau du Code civil.

725. L'appréciation économique du caractère onéreux. Le *DCFR* dispose dans un article 1.110, alinéa 2 que le juge peut modifier ou mettre fin au contrat lorsque « *l'exécution d'une obligation contractuelle ou née d'un acte juridique unilatéral devient si onéreuse, en raison d'un changement exceptionnel des circonstances, qu'il serait manifestement injuste de maintenir le débiteur* ». Le critère fait appel au concept d'injustice contractuelle qui ne figure pas en tant que tel dans la rédaction de l'article 1195 du Code civil. La question demeure de déterminer ce qu'est une exécution devenue « manifestement injuste ». Elle pourrait être injuste parce qu'elle aboutit à une absence de bénéfice pour le débiteur, ou parce que les bénéfices sont

³¹⁰⁸ THE STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition Prepared*, Sellier. European law publishers, 2008, article III- 1:110, p. 34. [En ligne] https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/traduc-vbar-livre_i-ii-iii_08-2008.pdf (page consultée le 23/10/2020)

³¹⁰⁹ Judith HEINICH, « L'article 1195 du code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 », in Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, 2021, n° 1875, (actu. juin 2022) ; Charles-Edouard BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC*, n° 5, 2016, dossier 6, n° 6.

³¹¹⁰ Pascal ANCEL, « Imprévision », in *Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actualisation mai 2018), n° 75 ; Yves PICOD, *Juriscl. Civil Code*, « Fasc. unique : Contrat. – Effets du contrat. – Imprévision », LexisNexis, 2018, (actu. 1^{er} sept. 2020), n° 58 ; Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 449 s ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 640, p. 741 ; François CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - Innovations - Perspectives 2019-2020*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Dalloz référence, 2018, n° 125.63, p. 118 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

³¹¹¹ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, pp. 30s.

très inférieurs à ce qui était initialement prévu sans être inexistant, ou parce que l'exécution prend alors une forme qui n'était initialement pas envisagée par le débiteur, ou encore parce qu'elle ne permet pas au débiteur d'atteindre la finalité poursuivie par le contrat.

En ce qui concerne l'hypothèse de l'augmentation du coût de l'exécution, les principes d'Unidroit exigent « *une augmentation substantielle du coût des obligations de l'une des parties* » sans préciser ce que signifie « substantielle »³¹¹². En ce qui concerne l'hypothèse de la diminution de la prestation, les principes d'Unidroit exigent une mesure « objective » de sa valeur, la question n'étant pas de savoir si le créancier a changé d'avis sur la valeur de la prestation³¹¹³. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Reims en 2012³¹¹⁴, saisie d'une demande de reconnaissance de *hardship* sur le fondement de l'article 6.2.3 des principes d'Unidroit, la cour rappelle que selon ce texte, « *en cas de hardship, [...] la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. Or, en l'espèce, le vendeur ne prouve pas que la hausse du coût des matières premières était telle qu'elle modifiait fondamentalement l'équilibre du contrat. L'acheteur était donc en droit de refuser l'augmentation des prix proposée par le vendeur, d'autant que la renégociation des prix en dehors du cadre contractuel n'était pas en usage entre les parties* ». Qu'il s'agisse de l'augmentation du coût de l'exécution ou de la diminution de la prestation reçue, le critère semble purement économique, fondé sur une comparaison entre le coût de l'exécution affectée par le changement de circonstances et la contrepartie initialement prévue.

Dans le nouvel article 1195 du Code civil, aucune précision n'est donnée sur la façon dont le juge doit apprécier le caractère excessivement onéreux de l'exécution contractuelle. Certains auteurs, adoptant une conception économique³¹¹⁵ et restreinte de cette notion, estiment que le caractère excessivement onéreux résiderait dans « *une laesio ænormis, c'est-à-dire [...] un écart considérable entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit* » et uniquement envisageable dans les contrats synallagmatiques³¹¹⁶. Ne pourrait faire l'objet d'une demande de

³¹¹² INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome : Unidroit, 2016, p. 228.

³¹¹³ *Ibid.*, p. 229.

³¹¹⁴ CA Reims, ch. civ., 1^{ère} section, 4 sept. 2012, n° 11/02698.

³¹¹⁵ Pascal ANCEL, « Imprévision », in *Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actu. mai 2018), n° 64.

³¹¹⁶ Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, n° 11, pp. 373s. V. *contra* : Pascal ANCEL, « Imprévision », in *Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actu. mai 2018), n°s 64 et 76 ; Iacyr DE AGUILAR VIEIRA, « L'excessive onérosité et l'imprévisible », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, coll. Mélanges, 2018, p. 12 : il serait possible d'envisager l'extension du mécanisme aux contrats unilatéraux en abandonnant la conception strictement économique de l'exécution excessivement onéreuse.

renégociation qu'un « *contrat exécuté à pertes* »³¹¹⁷. Le juge aurait alors pour tâche d'évaluer, au cas par cas, l'équivalence monétaire³¹¹⁸ des prestations réciproques des parties, de les comparer pour déterminer si l'équilibre est rompu. Le sens ainsi donné à l'expression « excessivement onéreux » exclut les hypothèses de « *disparition de la finalité du contrat [...]* connue des deux parties » envisagées par les principes d'Unidroit comme une situation de diminution de la prestation³¹¹⁹ et précisément sanctionné par le mécanisme anglais de la *frustration*³¹²⁰.

726. Une marge d'appréciation judiciaire conséquente. En l'absence d'éléments de précision sur le sens de l'expression « excessivement onéreuse », la définition de l'expression, et par conséquent, le champ d'application de mise en œuvre du mécanisme d'imprévision de l'article 1195 du Code civil sont entre les mains du juge. Chaque juge pourrait tout à fait choisir d'adopter une conception particulièrement large de l'exécution excessivement onéreuse, susceptible d'inclure les hypothèses de lésions survenues au stade de l'exécution mais également les hypothèses sanctionnées par la *frustration* anglaise de disparition de la finalité du contrat pour le débiteur, englobant ainsi les contrats unilatéraux.

Pour s'appliquer, le nouvel article 1195 du Code civil ne doit pas avoir été exclu par les parties contractantes. Les juges doivent déterminer la présence ou l'absence d'éviction contractuelle de cette disposition.

iii) L'absence d'éviction conventionnelle

727. La possible mise à l'écart du juge. Les parties peuvent, ainsi que l'envisage explicitement l'article 1195 du Code civil, choisir d'assumer certains risques contractuels dès la formation du contrat. En effet, l'une des conditions pour que le mécanisme de l'imprévision puisse être mis en œuvre réside dans l'absence de clause contractuelle par laquelle l'une des parties aurait accepté de supporter les conséquences défavorables du changement de circonstances qui s'est réalisé. Par exemple, un contrat pourrait prévoir une clause ainsi rédigée : « *La société A s'engage à supporter les coûts supplémentaires éventuels de la main d'œuvre dans le cadre du présent contrat* ». En outre, le caractère aléatoire du contrat

³¹¹⁷ Mustapha MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 2017, act. 155.

³¹¹⁸ *Ibid.* : « Une appréciation au cas par cas s'impose, privilégiant très certainement une appréciation objective (par rapport à la prestation prévue) et non subjective (par rapport aux capacités économiques du contractant) ».

³¹¹⁹ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, p. 228.

³¹²⁰ V. *supra* n°s 656s.

équivaldrait à la prise en charge du risque contractuel par les parties puisqu'un aléa est accepté par les deux contractants sur l'équivalence des prestations³¹²¹.

728. La rédaction de clauses de règlement amiable. Outre la prise en charge de certains risques, les parties pourraient aussi envisager d'éviter l'intervention judiciaire en incluant dans la convention des clauses de règlement amiable par lesquelles elles décideraient de régler les difficultés posées par le changement de circonstances par la négociation. Cela conforte l'analyse selon laquelle le mécanisme de l'imprévision prévu par le Code civil serait supplétif. Une telle clause reviendrait en quelque sorte à mettre en œuvre le processus décrit par l'article 1195 du Code civil dans son alinéa premier : la renégociation entre les parties. Cette renégociation pourrait aboutir, comme la mise en œuvre de l'imprévision, à une modification des stipulations contractuelles ou à la résolution du contrat. En effet, la demande de renégociation en général, qu'elle soit fondée sur l'article 1195 ou non, *« porte [...] en germe un désaccord entre les parties, désaccord qui peut à son tour justifier le recours à un mécanisme de règlement amiable. Les praticiens devront donc [...] veiller à rédiger à l'avenir les clauses de règlement amiable dans des termes suffisamment larges pour appréhender des situations du type de celles susceptibles de naître de la mise en œuvre de l'article 1195 »*³¹²².

729. Le caractère supplétif de l'article 1195. Puisque les parties peuvent, par une clause de prise en charge du risque contractuel, faire échec à la mise en œuvre du mécanisme de l'imprévision, celui-ci serait supplétif³¹²³, c'est-à-dire qu'il n'interviendrait que dans le cas où les parties n'ont rien prévu concernant le changement de circonstances qui a eu lieu. Par

³¹²¹ V. *supra* n° 720.

³¹²² Jean-Daniel BRETZNER et Gwennaëlle BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415s.

³¹²³ Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., 2018, LexisNexis, p. 452 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 625, p. 729 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 433, p. 409 ; Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2019, n° 348, p. 295 ; Jean-Daniel BRETZNER et Gwennaëlle BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415s ; Cécile PÉRÈS, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, n° 16, 2016, p. 454 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, n° Hors-série, 2016, pp. 30s ; Mustapha MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC*, n° 2, 2016, pp. 400s ; Mustapha MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 2017, act. 155 ; Mustapha MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.*, 2018, p. 900. V. *contra* : Barthélémy MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, coll. Dossier pratique, 2016, n° 606, p. 170 ; Barthélémy MERCADAL, « L'ordre public dans la réforme du droit des contrats », *Editions Francis Lefebvre*, 2018. [En ligne] [L'ordre public dans la réforme du droit des contrats - Éditions Francis Lefebvre \(efl.fr\)](https://www.ledroit.fr/actualites/ledroit-public-dans-la-reforme-du-droit-des-contrats) (page consultée le 08/01/2021) ; Frédéric ROUVIÈRE, « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il impératif juridique ? », *RTD civ.*, 2020, p. 738.

exemple, si l'une des parties a prévu de prendre en charge le risque de l'augmentation du coût des matières premières utilisées pour la fabrication d'un produit final, et que ce risque se réalise, elle ne pourra pas solliciter la renégociation auprès de son cocontractant sur le fondement de l'imprévision. Cette analyse de l'article 1195 du Code civil est soutenue par le rapport présenté au Président de la République qui précise que les dispositions de l'ordonnance portant révision du droit des obligations seraient supplétives : « *leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné* »³¹²⁴. La remarque est réitérée dans le même rapport à propos de l'article 1195³¹²⁵ ainsi que dans un amendement proposé par le Gouvernement au Sénat : « *L'atteinte portée à la force obligatoire du contrat et à la liberté contractuelle est d'autant plus à relativiser qu'il s'agit d'une disposition supplétive de volonté, que les parties peuvent librement écarter ou aménager. Comme le rappelle le rapport au Président de la République, en ne prévoyant pas de mention sur son caractère d'ordre public, le gouvernement a clairement entendu faire de l'article 1195 un texte supplétif de la volonté des parties, ce qui n'est d'ailleurs plus discuté par les praticiens* »³¹²⁶. Cependant, cette analyse ne fait pas l'unanimité : M. François PILLET, sénateur, écrit ne pas souscrire « *à l'analyse du rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale selon laquelle l'article 1195 du code civil serait presque superfétatoire, en raison de son caractère supplétif, voire dissuasif, dans la mesure où il devrait inciter les parties à négocier en amont de toute saisine du juge. S'il s'agit d'éviter de recourir à la révision judiciaire du contrat, pourquoi alors l'inscrire dans la loi ?* »³¹²⁷.

Pour trancher la question, il convient de se rapporter à la définition des termes « supplétif » et « subsidiaire »³¹²⁸. Le terme supplétif « *qualifie la règle qui s'applique par*

³¹²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25, Chapitre I^{er} : Dispositions liminaires.

³¹²⁵ *Ibid.*, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 1 : Les effets du contrat entre les parties, Sous-section 1 : Force obligatoire : « *Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat* ».

³¹²⁶ Amendement n° 19 présenté au Sénat par le Gouvernement en première lecture de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

³¹²⁷ François PILLET, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 24 janv. 2018. [En ligne] <http://www.senat.fr/rap/117-247/117-2471.pdf> (page consultée le 18/01/2021)

³¹²⁸ Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », RDC, 2016, p. 373.

défaut en raison du silence de la loi ou des parties »³¹²⁹. L'examen de l'article 1195 révèle que c'est en effet lorsque les parties n'ont pas prévu que l'une d'elles assumerait le risque qui s'est réalisé que l'imprévision trouve à s'appliquer. L'article 1195 serait donc en ce sens supplétif.

730. L'exclusion pure et simple du mécanisme de l'imprévision. La question se pose aussi de savoir si les parties peuvent purement et simplement exclure le jeu de l'article 1195, sans forcément avoir stipulé vouloir assumer le risque contractuel qui s'est réalisé. Si l'article 1195 est supplétif, et n'est pas d'ordre public, une telle exclusion devrait en principe être efficace. Or, « en dépit de la lettre de l'article 1195³¹³⁰, il y a une sorte de contradiction logique dans l'idée qu'il soit possible de renoncer à la révision pour imprévision. Par sa nature même, l'imprévision est ce qui vient modifier l'environnement contractuel sans que l'on ait pu le prévoir : comment pourrait-on par avance exclure ce qui ne se prévoit pas ? [...] C'est parce que l'on ne sait pas avec quelle violence les événements peuvent venir déstabiliser l'équilibre objectif d'un contrat qu'il ne devrait pas être possible de le soustraire au regard du juge réformateur, par avance »³¹³¹. En outre, la contradiction réside aussi dans l'idée que l'ordonnance poursuit un objectif de justice contractuelle³¹³² auquel participe le mécanisme d'imprévision³¹³³. Permettre à une partie de renoncer par avance, par imprudence ou sous l'effet d'une pression³¹³⁴, à ce mécanisme favorable dont elle pourrait avoir besoin n'aurait alors que peu de sens³¹³⁵.

Outre la contradiction logique à qualifier l'article 1195 de supplétif, il convient de noter que la lettre de l'article 1195 pose en réalité comme tout texte législatif une condition d'application, l'absence de volonté de prise en charge du risque réalisé, mais que son caractère

³¹²⁹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 1027.

³¹³⁰ En effet, certains auteurs ont vu dans l'utilisation du verbe pouvoir, « les parties peuvent convenir de la résolution [...] », l'expression d'une faculté qui indiquerait le caractère supplétif de l'art. 1195 du C. civil. En réalité, cela signifie que les parties ne peuvent être contraintes à agir, v. Barthélémy MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, coll. Dossier pratique, 2016, n° 606, p. 170. Par exemple, l'inaction de l'une ne permet pas à l'autre partie de réclamer des dommages et intérêts pour manquement à la bonne foi contractuelle en arguant que l'inaction constitue un manquement à l'exécution de bonne foi des contrats, ou tout autre fondement éventuel.

³¹³¹ Rémy LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.*, 2020, p. 1185.

³¹³² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25, art. préliminaire.

³¹³³ Emilian CIONGARU, « Theory of Imprevison, a Legal Mechanism for Restoring of the Contractual Justice », *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, vol. 149, 2014, spéc. p. 177.

³¹³⁴ Rémy LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.*, 2020, p. 1185.

³¹³⁵ Barthélémy MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, coll. Dossier pratique, 2016, n° 606, p. 170.

supplétif est loin d'être explicite. Le rapport au Président de la République précise : « *Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat* »³¹³⁶. Le caractère « supplétif » de l'article 1195 ne s'exprime que lorsqu'une de ces conditions d'application n'est pas remplie ce qui ne correspond pas à la définition du terme supplétif. Certes, cette condition d'application coïncide avec l'expression d'une volonté contractuelle. Néanmoins, cette volonté contractuelle est strictement définie : il s'agit de la prise en charge d'un risque par l'une des parties. Cela laisse entendre que l'exclusion pure et simple de l'article 1195, sans stipulation relative à la prise en charge d'un risque, sera jugée inefficace³¹³⁷.

En revanche, la question se pose de savoir si serait efficace l'exclusion de l'article 1195 qui prendrait la forme d'une clause rédigée, à titre d'exemple, de la façon suivante : « *Les parties conviennent de prendre en charge tous les risques liés à l'exécution du présent contrat selon une répartition qui sera déterminée par elles au fur et à mesure que les risques liés à l'exécution du présent contrat se présenteront le cas échéant* ». En effet, une telle clause « *équivalait à une renonciation pure et simple à l'article 1195* »³¹³⁸, mais elle crée alors une situation dans laquelle il manque l'une des conditions d'application du mécanisme, à savoir l'absence de prise en charge du risque contractuel. La conclusion logique serait donc l'impossibilité pour les deux parties de solliciter la renégociation et de saisir le juge sur le fondement de l'article 1195. Un tel résultat aboutit à la contradiction logique qu'il y aurait à autoriser les parties à renoncer à l'article 1195 du Code civil. Un arrêt de 2021 de la cour d'appel d'Aix en Provence a pourtant tranché en ce sens. La cour était saisie d'une affaire dans laquelle le contrat de location de bungalows de chantier stipulait : « *tout arrêt, qu'elle qu'en soit la cause, ne suspendra pas la location et ne donnera lieu à aucune réduction à quelque titre que ce soit* »³¹³⁹. Les chantiers avaient été interrompus en raison de la crise sanitaire et les locataires sollicitaient la suspension de la facturation sur le fondement de l'article 1195 du Code civil. Ils furent déboutés en première instance et la cour d'appel confirma le jugement, sur le fondement

³¹³⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 1 : Les effets du contrat entre les parties, Sous-section 1 : Force obligatoire. L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³¹³⁷ Barthélémy MERCADAL, « L'ordre public dans la réforme du droit des contrats », *EFL*, 2018, n° 2. [En ligne] https://www.efl.fr/actualite/ordre-public-reforme-droit-contrats_UI-c328e6cd-fed8-4761-9722-b8e1f7182aa3 (page consultée le 08/01/2021)

³¹³⁸ Pascal ANCEL, « Imprévision », *in Rép. Civ.*, Dalloz, mai 2017 (actu. mai 2018), n° 75.

³¹³⁹ CA Aix en Provence, 16 déc. 2021, n° 21/05062.

du « *caractère supplétif* » de l'article 1195 du Code civil. La solution semble particulièrement sévère pour le débiteur et permet donc aux parties, ou à la partie forte, d'écarter l'imprévision par une clause de formulation générale ne visant aucun risque contractuel spécifique.

731. L'efficacité des clauses de prise en charge du risque. Il semble que l'article 1195 du Code civil vise les clauses par laquelle une partie prendrait en charge un risque préciserait à la fois la nature du risque qui rendrait l'exécution plus onéreuse, par exemple l'augmentation du coût du transport d'un produit, mais également l'origine de ce risque, par exemple une mer agitée empêchant l'acheminement par bateau. Or il convient de remarquer que parmi tous les événements risquant d'affecter l'exécution contractuelle, les parties pourraient ne pas penser à tous ces éléments au moment de la conclusion du contrat. La question est donc de savoir si l'article 1195 est mis en échec par une clause qui vise seulement la nature du risque (augmentation du coût de la main d'œuvre, du coût des matières premières, difficultés liées au transport), ou s'il exige également que les parties aient précisé l'origine du risque (par exemple, une grève et une catastrophe naturelle sont des événements sans lien tous deux susceptibles de causer des difficultés d'acheminement des marchandises). Dans ce dernier cas, la clause qui prévoit qu'une partie assumera le risque d'augmentation du coût des matières premières pour une cause autre que celle qui s'est réalisée ne serait donc pas considérée comme une prise en charge du risque. Par conséquent, l'article 1195 trouverait à s'appliquer.

En outre, chaque contractant pourrait aussi ne pas vouloir s'engager à prendre en charge une multitude de risques contractuels car cela constitue une situation inconfortable. Par conséquent, si l'article 1195 était en théorie supplétif, il est possible qu'en pratique il trouve de nombreuses occasions de s'appliquer³¹⁴⁰, donnant ainsi au juge de nombreuses occasions d'intervenir en cas d'échec des renégociations.

732. Conclusion sur la mise en œuvre de l'article 1195. « *La possibilité de révision du contrat est [...] strictement encadrée pour ne pas porter d'atteinte injustifiée au principe de force obligatoire du contrat* »³¹⁴¹. En effet, le texte pose trois conditions qui sont cumulatives. Néanmoins, l'appréciation de ces conditions est entre les mains du juge, le texte de l'article

³¹⁴⁰ Au moins les premiers temps. L'expérience donnent aux contractants professionnels une idée des risques les plus fréquents dans leur domaine ce qui leur permet de rédiger des clauses de prise en charge des risques contractuels adaptées. L'art. 1195 du C. civil serait, alors plus souvent mis en échec.

³¹⁴¹ Amendement n° 19 présenté au Sénat par le Gouvernement en première lecture de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

1195 n'encadrant pas outre mesure son pouvoir d'appréciation³¹⁴². Le juge est principalement tenu par les règles de procédure qui lui interdisent notamment de modifier l'objet du litige. En outre, le juge peut tout à fait se montrer prudent dans l'appréciation des critères de l'imprévision pour éviter sur ne soit portée une atteinte trop marquée à la sécurité contractuelle³¹⁴³.

Toutefois, il est compréhensible que les contractants, notamment professionnels, cherchent à éviter le jeu de l'article 1195 en raison du pouvoir considérable dont dispose le juge sur le *negotium* en cas d'échecs des renégociations.

b) Le pouvoir de révision du contrat : la survie d'un contrat devenu chose des parties et du juge

733. La réécriture ou l'anéantissement du contrat. L'article 1195 du Code civil privilégie la renégociation entre les parties. Le pouvoir d'intervention octroyé au juge français est donc subsidiaire. Cependant, lorsqu'il est saisi, deux solutions qui témoignent d'un pouvoir judiciaire important lui sont offertes. Ces solutions seront conditionnées par la demande de la partie³¹⁴⁴ : le juge peut réviser le contrat qui survit alors sous une forme rédigée partiellement par lui, faisant ainsi du contrat la chose des parties et du juge (i), ou mettre fin au contrat³¹⁴⁵, c'est-à-dire en prononcer la résolution à la demande de l'une des parties (ii).

i) Le pouvoir de révision du contrat : la survie d'un contrat devenu chose des parties et du juge

734. L'intervention judiciaire subsidiaire. En cas d'échec des négociations et d'absence d'entente entre les parties pour mettre fin au contrat, le juge se voit octroyer le pouvoir de réviser le contrat. Ainsi que le précise le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, le mécanisme de l'imprévision est élaboré pour donner le plus d'occasions possible aux parties de s'accorder sans intervention du juge, cette intervention étant même conçue comme une menace devant inciter les parties à trouver un terrain

³¹⁴² François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 641, p. 741.

³¹⁴³ Il semble que tel soit d'ailleurs le cas : Céline TEYSSIER, « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », *CCC*, n° 6, 2023, étude 7.

³¹⁴⁴ Une difficulté pouvant émerger si la partie adverse formule elle-aussi une demande aux fins d'obtenir la solution opposée à celle initialement sollicitée : le juge serait alors saisi de deux demandes contradictoires, ce qui en théorie lui permettrait de faire droit à l'une ou l'autre, donc de choisir entre la révision et la résiliation.

³¹⁴⁵ Étant précisé qu'il pourrait également ordonner l'exécution du contrat sans procéder à une modification et sans prononcer la résolution, mais cela reviendrait alors à ne pas tirer toutes les conséquences de l'imprévision initialement reconnue, cf. Yves PICOD, *Juriscl. Civil Code*, « Fasc. unique : Contrat. – Effets du contrat. – Imprévision », LexisNexis, 2018, (actu. 1^{er} sept. 2020), n° 70.

d'entente³¹⁴⁶. Néanmoins, parce qu'il est toujours envisageable que les parties n'arrivent pas à s'accorder sur le sort du contrat, l'article 1195 du Code civil prévoit, en dernier recours, la révision judiciaire du contrat. La même solution est retenue dans les principes d'Unidroit : « *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal* », et « *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable : [...] adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* »³¹⁴⁷. L'intervention du juge sur le contenu du contrat est donc subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle « *a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut [...]* »³¹⁴⁸. Dans le cadre de l'article 1195, ce qui est primordial et fait défaut de façon à déclencher l'intervention judiciaire correspond à la « *voie contractuelle* »³¹⁴⁹, c'est-à-dire l'hypothèse, privilégiée par le législateur dans la rédaction de cette disposition, de l'entente des parties.

735. Le processus de révision. Les principes d'Unidroit apportent une précision supplémentaire sur la façon dont le juge doit procéder pour réviser le contrat : « [...] *le tribunal essaiera de procéder à une juste répartition des pertes entre les parties. Selon la nature du hardship, ceci peut ou non impliquer une adaptation du prix. Toutefois, si tel est le cas, l'adaptation ne reflétera pas nécessairement la totalité de la perte entraînée par le changement de circonstances, car le tribunal devra par exemple prendre en considération dans quelle mesure une partie a pris un risque et dans quelle mesure la partie bénéficiaire de la prestation peut encore en bénéficier* ». L'article 1195 du Code civil ne comporte pas de précision sur la révision judiciaire et ne renseigne pas sur la façon dont le juge doit raisonner pour réviser le contrat. Le Rapport au Président de la République est également muet sur ce point. Ainsi que le fait remarquer un auteur à propos des Principes d'Unidroit dans leur rédaction de 1998, « *l'idée que le juge puisse lui-même "adapter le contrat de façon à distribuer équitablement*

³¹⁴⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 fév. 2016, texte n° 25, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 1 : Les effets du contrat entre les parties, Sous-section 1 : Force obligatoire : « *L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier* ». V. aussi l'amendement n° 19 présenté au Sénat par le Gouvernement en première lecture de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats : « *Le pouvoir de révision judiciaire prévu par l'ordonnance confère par ailleurs à ce dispositif un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à renégocier* ». [En ligne] http://www.senat.fr/enseance/2017-2018/23/Amdt_19.html (page consultée le 26/12/2020)

³¹⁴⁷ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, art. 6.2.3.

³¹⁴⁸ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2020, sens 1, p. 985.

³¹⁴⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 443, p. 411.

entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances” [...] est parfaitement étrangère au système français »³¹⁵⁰. Cette analyse ne peut être retenue pour la rédaction actuelle des principes Unidroit, car la distribution équitable des profits et des pertes est le moyen par lequel le juge rétablit l'équilibre des prestations tel que le prévoit la rédaction de 2016. Or en droit français, le juge est par principe un tiers au contrat dépourvu de tout pouvoir sur le *negotium*³¹⁵¹ en raison d'une méfiance vis-à-vis du juge, une « méfiance [qui] subsiste outre l'entrée en vigueur de l'ordonnance réformant le droit des contrats »³¹⁵². S'inquiétant en effet de la remise en question de la sécurité juridique des contrats et de l'augmentation de l'interventionnisme judiciaire, le Sénat avait adopté un amendement retirant aux juges français le pouvoir de révision des contrats en vertu du mécanisme d'imprévision³¹⁵³. L'Assemblée nationale a finalement rétabli la rédaction initiale du texte³¹⁵⁴, ce qui amène plusieurs remarques sur l'étendue de l'office du juge en la matière et son opportunité.

736. Une révision portant sur l'entière du *negotium*. Dans un premier temps, il semble que l'article 1195 consacre un pouvoir de révision globale, qui ne soit pas limité à un élément, comme c'est le cas pour d'autres mécanismes de révision judiciaire qui sont beaucoup plus circonscrits³¹⁵⁵. Le pouvoir de révision consacré par l'article 1195 semble être un pouvoir de révision total : le juge aurait la main sur l'entière du contrat. Son office est donc particulièrement étendu.

737. La saisine du juge par une seule des parties. Dans le meilleur des cas, les parties parviendront à renégocier les termes du contrat sans saisir le juge. C'est l'objectif premier du texte. Dans un scénario moins idéal, elles ne parviendront pas à renégocier mais s'accorderont sur la nécessité de saisir conjointement le juge. Néanmoins, la situation dans laquelle l'une des

³¹⁵⁰ Bertrand FAGES, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, p. 2386.

³¹⁵¹ Ce principe connaît en réalité de nombreuses exceptions, au champ d'application toutefois restreint, telles que la sanction des clauses abusives, la révision des clauses pénales, la révision des honoraires du mandataire, etc.

³¹⁵² Hervé LE NABASQUE, « L'imprévision revisitée », *BJS*, n° 1, 2018, p. 1. Sur l'exclusion de principe du juge en matière contractuelle, v. *supra* n° 28.

³¹⁵³ Amendement n° COM-7 rect. présenté par M. PILLET en première lecture du Projet de loi portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. [En ligne] https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/Amdt_COM-7.html (page consultée le 26/12/2020)

³¹⁵⁴ Art. 8 du texte n°429, adopté par la commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315). [En ligne] https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0429_texte-adopte-commission (page consultée le 26/12/2020)

³¹⁵⁵ La révision du prix, v. *supra* n°s 585s, la révision des clauses pénales, v. *supra* n°s 598s, et la sanction des clauses abusives, v. *supra* n°s 620s.

parties s'estime en difficulté et sollicite la renégociation peut s'avérer particulièrement conflictuelle. Les parties pourraient ne pas réussir à renégocier ni même s'accorder sur la nécessité de saisir le juge. La partie sollicitée pourrait être réfractaire à cette idée, estimant que le cocontractant n'est pas légitime à mettre en œuvre le mécanisme de l'article 1195. À ce titre, le Gouvernement a rappelé que « [s]upprimer la possibilité pour une partie de saisir le juge et de demander seule la révision du contrat en cas d'échec de renégociation du contrat entre les parties réduit considérablement l'utilité du texte. En effet, il est très peu probable qu'en l'absence d'accord des parties sur les termes voire la nécessité de renégociation du contrat pour imprévision, ces dernières s'accordent pour confier ce pouvoir au juge. La révision du contrat par le juge permettra en outre la survie du contrat dans des conditions correspondant à l'économie générale du contrat voulue initialement par les parties plutôt que sa résolution judiciaire qui ne présente pas nécessairement d'intérêt économique »³¹⁵⁶. D'un point de vue procédural, il faut donc comprendre que l'article 1195 confère au débiteur qui s'estime en difficulté ainsi qu'à son cocontractant un droit d'agir en justice.

738. Le juge, troisième partie au contrat révisé. Dans un second temps, il faut noter que dans l'hypothèse d'une révision judiciaire du contrat, *a fortiori* lorsqu'elle peut en théorie s'exercer sur l'entière du *negotium* et pas seulement sur des éléments restreints, le contrat se poursuit sous une rédaction qui est partiellement celle du juge. Autrement dit, le contrat devient la chose des parties et du juge ce qui n'est pas conforme aux principes fondamentaux du droit français des contrats. Lors de la première lecture du texte de l'ordonnance au Sénat, c'était précisément l'une des inquiétudes de la commission des lois³¹⁵⁷ partagée par certains députés : « *Le juge serait devenu une véritable "troisième partie" au contrat, ce qui contrevient aux principes essentiels énoncés dans les dispositions liminaires du Code civil, à savoir de liberté contractuelle et de force obligatoire du droit* »³¹⁵⁸. Le juge qui révisé se voit reconnaître « *un pouvoir d'intervention au sens quasiment procédural du terme comme si, de tiers, le juge*

³¹⁵⁶ Amendement n° 19 présenté au Sénat par le Gouvernement en première lecture de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

³¹⁵⁷ Amendement n° COM-7 rect. présenté par M. PILLET en première lecture du Projet de loi portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/Amdt_COM-7.html [En ligne] (page consultée le 26/12/2020)

³¹⁵⁸ Amendement n° 12 rect. bis, présenté au Sénat par Mme MÉLOT *et alli.* en première lecture du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

devenait partie au contrat »³¹⁵⁹. En droit procédural, le recours en révision³¹⁶⁰ est une voie de recours extraordinaire par laquelle une partie demande à « faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »³¹⁶¹. Ce recours est possible seulement dans quatre cas³¹⁶². Dans une analogie avec l'imprévision, il ne s'agit ni de fraude comme dans la première cause du recours en révision ni de pièces décisives retenues par l'une des parties comme dans la deuxième cause. Il s'agit plutôt, non pas de pièces ou témoignages déclarés faux, mais de circonstances altérées par rapport à celles de la conclusion du contrat. Le recours en révision porte donc atteinte à la force de chose jugée, « *pourtant nécessaire à la paix sociale, afin de répondre à un impératif plus grand encore, l'idéal de justice. Cette voie de recours va donc être la seule permettant de faire juger à nouveau, en fait et en droit, un litige que le juge avait déjà tranché dans un jugement ayant acquis la force de chose jugée* »³¹⁶³. La similitude avec l'imprévision est frappante. De la même façon que la décision de justice, le contrat est en principe intangible. Néanmoins, en cas d'imprévision avérée, l'idéal de justice contractuelle prévaut sur l'impératif de sécurité juridique autrefois atteint via l'intangibilité des contrats.

739. La compétence discutable du juge en matière de révision. Ensuite, les magistrats français ont exprimé des réserves quant au pouvoir qui leur est octroyé de réviser le contrat. Non seulement ils se retrouvent à la place d'une partie contractante, ce qui heurte les principes fondamentaux du droit des contrats, mais en plus ils ne sont pas forcément compétents pour réviser le contrat dans sa globalité : « *Fixer pour l'avenir les termes d'un contrat, c'est métier d'homme d'affaires. Le juge n'est pas dans son élément, spécialement dans les secteurs dont la compréhension nécessite une culture technique qu'il n'a pas* »³¹⁶⁴. En effet, la révision du

³¹⁵⁹ Loïc CADIET, « Les enjeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, n° 32, p. 42.

³¹⁶⁰ Art. 593s du C. de pr. civ. : « 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; 2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; 3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement ».

³¹⁶¹ Art. 593 du C. de pr. civ.

³¹⁶² Art. 593 du C. de pr. civ.

³¹⁶³ Jimmy SÉRAPIONIAN et Théotime AUBERT, « Fasc. 1000-60 : Recours en révision. – Recevabilité », in *Juriscl. Proc. Civ.*, LexisNexis, 26 fév. 2019, n° 3.

³¹⁶⁴ Philippe STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique : La résiliation pour imprévision », *AJCA*, 2015, p. 262. D'autres auteurs font la même constatation, par ex. Jean-Daniel BRETZNER et Gwennaëlle BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415s. : « Dans la mesure où de nombreux magistrats (notamment consulaires) ont exprimé une gêne à l'idée de devoir s'immiscer à l'avenir dans une relation contractuelle et de devoir la « reconfigurer » eux-mêmes, ils devraient logiquement accueillir favorablement les clauses destinées à baliser leur intervention ».

contrat peut faire appel à des connaissances techniques, à une expérience professionnelle dans un certain domaine. Or en principe, « *l'office [du juge] n'est pas de déterminer le contenu d'un contrat* »³¹⁶⁵.

740. L'efficacité pratique d'un contrat partiellement rédigé par le juge. Enfin, ainsi que l'a fait remarquer un amendement présenté au Sénat en première lecture du projet d'ordonnance, la réalisation d'un contrat partiellement rédigé par le juge est en pratique peu probable : « *En pratique, la poursuite d'une relation contractuelle modifiée et imposée par le juge alors que les parties ont refusé de renégocier ou ne sont pas parvenues à un accord lors de la renégociation du contrat risquerait d'être sérieusement compromise* »³¹⁶⁶. En effet, il est difficile d'imaginer, une fois l'imprévision constatée et le contrat révisé à la demande de la partie qui s'estimait en difficulté, que l'exécution du contrat révisé se fasse sans heurts. Il est d'abord possible que le contractant qui s'estimait en difficulté estime que la révision effectuée ne lui permette toujours pas d'exécuter sereinement ses obligations. Ensuite, en ce qui concerne l'hypothèse d'un cocontractant qui avait initialement refusé la renégociation, deux attitudes sont possibles. Dans le meilleur des cas, la confirmation par le juge de l'existence d'une situation d'imprévision pourrait mettre le cocontractant dans de meilleures dispositions pour revoir sa position et accueillir ce nouveau contrat³¹⁶⁷. Dans une hypothèse plus conflictuelle, ce cocontractant peut aussi refuser de se plier à ce contrat révisé. L'un des contractants pourrait éventuellement interjeter appel. L'effet suspensif de cette voie de recours affecterait donc la décision de première instance. Le contrat se poursuivrait alors en principe dans sa rédaction initiale au détriment de la partie qui a été reconnue en première instance comme étant victime d'une imprévision et le contentieux généré serait alors considérable.

741. L'encadrement de la saisine du juge par le contrat. Afin d'éviter le blocage dans des situations extrêmement conflictuelles, il est possible d'envisager que les parties encadrent, dès la formation du contrat, le pouvoir de révision judiciaire consacré par l'article 1195. Quoique l'article 1195 ne le prévoit pas expressément, « *[d]ans la mesure où de nombreux magistrats (notamment consulaires) ont exprimé une gêne à l'idée de devoir s'immiscer à l'avenir dans une relation contractuelle et de devoir la "reconfigurer" eux-mêmes, ils devraient*

³¹⁶⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 443, p. 411.

³¹⁶⁶ Amendement n° 12 rect. bis, présenté au Sénat par Mme MÉLOT *et alli.* en première lecture du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

³¹⁶⁷ Quoique dans cette hypothèse, la meilleure solution semble être d'abord le renvoi à la renégociation par le juge plutôt que la révision du contrat, v. *supra* n° 746.

logiquement accueillir favorablement les clauses destinées à baliser leur intervention »³¹⁶⁸. Le premier repère peut prendre la forme d'un délai à partir duquel les renégociations seront considérées comme inefficaces, permettant ainsi la saisine du juge. Cela permettrait de prévenir le conflit sur la question de ce qui constitue un « échec des renégociations ». Ensuite, sur la révision proprement dite, « [I]es parties [...] pourront également enserrer dans certaines limites le pouvoir de révision consacré au profit du juge, de façon à le circonscrire et à en prévenir un usage excessivement aléatoire. La date à partir de laquelle la révision devra produire effet peut en particulier faire l'objet d'un accord entre les parties, de façon là encore à enserrer le champ de l'intervention du juge »³¹⁶⁹.

742. L'encadrement du pouvoir de révision judiciaire par la procédure. Outre la possibilité d'encadrement des pouvoirs du juge par le contrat, « les pouvoirs du juge sont encadrés par les principes de procédure civile : ce dernier sera en effet lié par les demandes des parties, tant quant à l'objet de la demande (révision du contrat ou résolution) qu'aux modalités de révision du contrat »³¹⁷⁰. La question se pose de savoir si le juge est juste tenu par la demande de révision ou s'il est également tenu par les demandes précises de révisions proposées par la partie de telle sorte qu'il pourrait seulement accorder tout ou partie des modifications suggérées ou les refuser, mais jamais réviser selon ce qu'il estime être approprié, au-delà de la demande du contractant. En vertu des articles 4³¹⁷¹ et 5³¹⁷² du Code de procédure civile, le juge ne peut pas statuer sur des demandes non formulées. Cela reviendrait en outre à lui conférer un pouvoir considérable. Néanmoins, l'article ne précise rien et il est possible que le contractant en profite pour faire valoir ses intérêts, proposant une révision qui ne serait pas juste un rééquilibrage du contrat, obligeant donc le juge à le débouter de sa demande de révision.

743. L'étendue de l'office du juge. Pour certains auteurs, « [I]a conception classique qui interdit au juge toute ingérence dans le contrat subit donc une entorse, mais en des termes

³¹⁶⁸ Jean-Daniel BRETZNER et Gwennaëlle BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415s.

³¹⁶⁹ Jean-Daniel BRETZNER et Gwennaëlle BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, pp. 415s.

³¹⁷⁰ Amendement n° 19 présenté au Sénat par le Gouvernement en première lecture de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

³¹⁷¹ Art. 4 du CPC : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

³¹⁷² Art. 5 du CPC : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

si prudents qu'elle en ressort en vérité confortée »³¹⁷³. La conclusion que l'admission d'une révision judiciaire conforte l'intangibilité du contrat semble discutable³¹⁷⁴. La révision judiciaire est certes un dernier recours, elle est toutefois subsidiaire, et l'article 1195 du Code civil a été, dans son esprit, conçu pour inciter les parties à renégocier activement avant d'arriver au stade de la saisine du juge. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'un pouvoir de révision judiciaire, qui plus est de révision globale du contrat, a été reconnu. La consécration de l'imprévision représente donc au contraire une entorse particulièrement marquée à l'intangibilité du contrat au nom de la justice contractuelle. Cette entorse prend la forme d'un pouvoir considérable accordé au juge et s'ajoute à toutes les prérogatives judiciaires de révision, plus circonscrites, ayant déjà trouvé leur place au sein du droit commun et du droit spécial des contrats.

ii) Le pouvoir de résolution du contrat : la fin du contrat à l'encontre de la volonté de l'une des parties

744. L'anéantissement du contrat pour l'avenir. L'article 1195 du Code civil offre la possibilité aux parties dont la tentative de renégociation n'a pas abouti de saisir d'un commun accord le juge pour mettre fin au contrat. Dans l'hypothèse où les parties ne se mettent pas d'accord sur ce point, l'article 1195 du Code civil permet à l'une des parties de faire cette demande seule. Dans cette hypothèse, le juge mettra fin au contrat contre la volonté de l'autre partie, *a priori* le créancier qui n'est pas désavantagé par le changement de circonstances.

745. L'étendue de l'office du juge dans la résolution. En vertu de l'article 1128 du Code civil, « [l]e juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». L'articulation de cette disposition avec l'article 1195 du Code civil pose la question de savoir si le juge pourrait accorder un délai au débiteur. La réponse semble négative. En effet, le juge est, d'une part, tenu par la demande des parties ou de la partie en révision ou résolution. Le juge est, d'autre part, tenu par la lettre de l'article 1195 du Code

³¹⁷³ Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2018, n° 522, p. 443.

³¹⁷⁴ V. François PILLET, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 24 janv. 2018 : « *la révision judiciaire du contrat porte une atteinte disproportionnée au principe de la force obligatoire du contrat ainsi qu'à celui de la liberté contractuelle* ». [En ligne] <http://www.senat.fr/rap/117-247/117-2471.pdf> (page consultée le 18/01/2021)

civil qui n'envisage pas l'octroi d'un délai au débiteur : si les conditions de l'imprévision sont réunies, les seules issues possibles sont la révision du contrat ou son anéantissement pour l'avenir.

746. Une troisième voie : renvoyer à la renégociation. Examiner le bien-fondé de la demande de révision ou de résolution revient par extension à établir le bien-fondé de la demande de renégociation. Si cette dernière s'avère fondée, ne serait-il pas opportun pour le juge de pouvoir renvoyer à la renégociation ? L'autre partie n'est certes pas obligée de consentir à la renégociation, mais la certitude que la demande du cocontractant était fondée pourrait peut-être favoriser l'entente des parties, offrant ainsi au juge une occasion supplémentaire d'éviter l'immixtion dans le contrat. En effet, si l'article 1195 consacre, en dernier ressort, l'intervention du juge, c'est parce qu'il est toujours envisageable que les parties ne s'entendent pas. Néanmoins, le juge doit pouvoir, selon l'esprit du texte, renvoyer les parties à renégocier³¹⁷⁵ lorsqu'il a établi que la demande de renégociation était fondée. En outre, l'article 1195, alinéa 2 *in fine* du Code civil confère aux magistrats français un pouvoir exorbitant que nombre d'entre eux ne se sentent pas forcément d'exercer³¹⁷⁶. Il paraît alors logique de privilégier le renvoi à la renégociation, qui est finalement un degré d'intervention judiciaire bien moindre parmi les autres hypothèses de survie du contrat. Les principes d'Unidroit envisagent cette solution : « *Le paragraphe 4 du présent article déclare expressément que le tribunal ne peut mettre fin au contrat ou l'adapter que s'il l'estime raisonnable. Les circonstances peuvent être telles que ni la résolution ni l'adaptation ne sont opportunes et, en conséquence, la seule solution raisonnable pour le tribunal sera soit d'imposer aux parties de reprendre les négociations en vue de parvenir à un accord sur l'adaptation du contrat, soit de confirmer les clauses du contrat dans leur version existante* ». La solution est pertinente car, à ce stade, le juge ne sanctionne aucun contractant par des dommages et intérêts et ne procède pas non plus à la révision, donc à la réécriture du contrat. Certes, la difficulté demeure que si les renégociations échouent, il faudra saisir à nouveau le juge, pour la révision ou la résolution du contrat. Néanmoins, avant d'arriver à cette hypothèse toujours possible, il faut que le juge puisse trancher le bien-fondé de l'action fondée sur l'imprévision, non seulement d'un point de vue théorique parce qu'il

³¹⁷⁵ Pascale ACCAOUI LORFING, « Article 1195 of the French Civil Code on revision for hardship in the light of comparative law », *IBLJ*, n° 5, 2018, p. 461.

³¹⁷⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, n° Hors-série, 2016, pp. 30s ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJCA*, 2015, pp. 262s.

s'agit de son office³¹⁷⁷, mais aussi d'un point de vue pratique parce que cela lui permet ensuite de renvoyer les parties à la renégociation³¹⁷⁸.

Si la révision du contrat par le juge a été consacrée dans le droit français des contrats, une telle possibilité est exclue en droit anglais.

2) L'impossible révision du contrat par le juge anglais

747. L'absence de mécanisme d'imprévision. « *Il n'y a pas [...] de doctrine générale d'imprévision* » en droit anglais³¹⁷⁹. Le juge ne peut donc pas réviser le contrat lorsque survient un évènement imprévisible qui rend difficile l'exécution du contrat par l'une des parties. La technique des *implied terms* peut aboutir à découvrir des obligations non expressément stipulées dans le contrat et n'est donc pas une méthode d'interprétation du contrat. Néanmoins, le recours au *implied terms* ne correspond pas non plus à un pouvoir de révision judiciaire à proprement parler. L'*implied term* consiste à donner au contrat sa pleine efficacité, ainsi que l'estiment les juges anglais³¹⁸⁰, et à sauver le contrat.

Certains auteurs ont pu rapprocher l'imprévision de la *frustration*³¹⁸¹ connue du droit anglais des contrats. Ce rapprochement peut ne pas emporter l'adhésion pour plusieurs raisons. Premièrement, l'imprévision est un mécanisme moins exigeant que la *frustration* : la première nécessite seulement une exécution excessivement onéreuse alors que la seconde exige une exécution devenue impossible. Quoique les deux notions soient susceptibles de laisser aux juges une large marge d'appréciation, il n'en demeure pas moins que l'excessivement onéreux n'est pas l'impossible. Il en ressort que l'intervention judiciaire est permise en France pour venir en aide au contractant qui se trouve dans une situation simplement difficile alors qu'une telle immixtion n'est pas concevable en Angleterre. Les contractants n'obtiendront pas d'aide de la part du juge si leurs obligations sont devenues pénibles à exécuter ; les juges n'interviendront que si, de façon radicale, les obligations ont été altérées de telle sorte que le contrat qu'il faudrait exécuter n'est pas celui initialement conclu.

³¹⁷⁷ V. *supra* n° 715.

³¹⁷⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, n° Hors-série, pp. 30s : « *Il serait donc heureux qu'une fois saisi, le juge puisse d'abord régler la question de savoir s'il y a ou non imprévision, et renvoyer ensuite les parties à s'entendre* ».

³¹⁷⁹ Duncan FAIRGRIEVE, « 3 Questions - L'impact de la force majeure dans le common law ? », *JCP E*, n° 30, 2020, pp. 519s.

³¹⁸⁰ V. *supra* n°s 285s les développements plus détaillés sur la notion d'*implied term by custom or usage* et *supra* n°s 570s sur la notion d'*implied term in law*.

³¹⁸¹ V. *supra* n°s 657s sur la *frustration* comme remède au changement de circonstances imprévu.

En outre, là où le juge français peut être sollicité pour réviser le contrat, le juge anglais se contentera de prononcer sa résolution : le contrat sera anéanti et les parties libérées de leurs obligations. Sauf à considérer que l'*implied term* s'apparente à une forme de révision non assumée³¹⁸², le juge anglais n'a pas à proprement parler le pouvoir de réviser la convention³¹⁸³.

§ 2 - La réécriture du contrat déséquilibré par l'inexécution contractuelle

748. L'exécution imparfaite de la prestation. Le prix payé en contrepartie de la prestation peut être disproportionné par rapport à la prestation telle qu'elle a été initialement définie par l'*instrumentum* en l'absence de toute autre considération, mais le prix peut également être réduit en raison de l'exécution imparfaite de sa prestation par le contractant. La prestation mal exécutée justifie donc la réfaction du prix, ce qui semble pertinent : le prix initialement fixé correspond à la prestation entièrement exécutée définie lors de la conclusion du contrat. Cette sanction se distingue des dommages et intérêts qui sont conçus sur le modèle de la responsabilité délictuelle³¹⁸⁴ et visent à réparer le préjudice résultant de l'inexécution³¹⁸⁵ à savoir la perte engendrée ou le manque à gagner³¹⁸⁶. Autrement dit, si la réduction du prix est fonction de la valeur de la prestation réellement effectuée, telle n'est pas la méthode retenue pour calculer le montant des dommages et intérêts³¹⁸⁷. La logique veut que le calcul des dommages intérêts ne prenne pas en compte la perte engendrée par le paiement d'une prestation qui n'a finalement pas été exécutée entièrement, d'autant plus que ces sanctions non incompatibles sont cumulables³¹⁸⁸.

749. La réduction du prix. L'article 1223 du Code civil issu de la loi du 20 avril 2018 permet au créancier, dans le cas où il a payé le prix de la prestation et en cas d'exécution imparfaite de celle-ci, de demander au juge la réduction du prix. La protection de la justice contractuelle s'exprime dans le mécanisme de réduction du prix par la recherche d'équivalence des prestations et le réajustement du prix en fonction de ce que le créancier de la prestation a

³¹⁸² Ce qui peut s'entendre puisqu'il s'agit d'une réécriture du contrat, v. *supra* n^{os} 580s.

³¹⁸³ Edwin PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, n^o 19-007, p. 1037 : « [courts] have no power to modify contracts in the light of supervening events ».

³¹⁸⁴ Art. 1240s du C. civil.

³¹⁸⁵ Art. 1231s du C. civil.

³¹⁸⁶ Art. 1231-2 du C. civil.

³¹⁸⁷ François-Xavier LICARI, « Fasc. unique : Contrat. – Inexécution du contrat. – Réduction de prix », *Juriscl. Civil Code*, LexisNexis, 11 mars 2018, (actu. 31 août 2019), n^o 24.

³¹⁸⁸ Art. 1217 *in fine*.

effectivement obtenu. Cette disposition, attentatoire au principe d'intangibilité des conventions, va cependant dans le sens de « l'efficacité » du contrat³¹⁸⁹ qui survit sous une forme réadaptée.

Le juge devrait donc, à la lecture de l'*instrumentum*, déterminer ce qui était initialement prévu et le comparer à ce qui été effectué. Si la prestation n'a pas été effectuée telle qu'elle était définie, le juge est en mesure de retenir un manquement à une obligation contractuelle, autrement dit une faute contractuelle, caractérisant une inexécution ou une exécution imparfaite. Une telle réduction suppose que le créancier apporte la preuve de l'exécution imparfaite³¹⁹⁰. L'étendue de l'office du juge se manifeste dans un premier temps dans l'appréciation déterminante des éléments de preuve qui lui sont soumis³¹⁹¹, et dans un second temps, dans l'évaluation du montant de la réduction.

750. L'appréciation du bien-fondé de la réduction du prix. Si l'absence d'exécution semble facilement constatable pour le juge, il peut être assez difficile pour lui de se prononcer sur l'existence d'une exécution dite « imparfaite ». L'imperfection de l'exécution peut revêtir une nature quantitative ou qualitative. Dans le cas d'une imperfection quantitative, il s'agira par exemple de la livraison d'une quantité de marchandise inférieure à celle qui était contractuellement prévue. Dans le cas d'une imperfection qualitative, il s'agira d'une absence de conformité aux modalités stipulées ce qui suppose des cas d'exécution imparfaite très diversifiés : respect des délais de livraison, des matériaux spécifiés, respect des règles de l'art dans la pose de tel ou tel matériaux, etc.

Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai³¹⁹², le litige portait sur un contrat d'entreprise conclu entre un locataire commercial et un entrepreneur en vue d'effectuer des travaux. Le maître de l'ouvrage agit en vue d'obtenir la réduction du prix initialement conclu en alléguant des malfaçons sur la réalisation des travaux. La cour reprit la liste des malfaçons alléguées et n'en retint que certaines au vu des éléments de preuve qui lui étaient soumis. Elle réduisit en conséquence le prix à hauteur des travaux mal effectués de pose et de jointage du

³¹⁸⁹ Jacques MOURY, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.*, 2016, n° 19, p. 1017.

³¹⁹⁰ CA Lyon, 3^{ème} ch. A, 3 déc. 2020, n° 18/05077.

³¹⁹¹ Parmi les dix-sept arrêts étudiés rendus par des cours d'appel sur le fondement de l'art. 1223 nouveau du C. civil, nombreux sont ceux qui concluent à l'insuffisance de la preuve de l'inexécution imparfaite. Au total, les arrêts sont peu nombreux car l'art. 1223 s'applique aux contrats conclus après le 1^{er} oct. 2016. Il a en effet été jugé qu'il n'a pas une valeur d'ordre public et qu'il n'est donc pas applicable rétroactivement aux contrats conclus avant cette date : CA Angers, ch. civ. A, 6 oct. 2020, n° 18/00524.

³¹⁹² CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} section, 22 fév. 2018, n° 15/00504.

carrelage qui, selon le rapport d'expertise, « n'[avaient] pas été réalisés dans les règles de l'art ni en conformité avec le devis au point de devoir être totalement repris ».

751. La faute du mandataire. En matière de mandat, le juge apprécie souverainement l'existence d'une inexécution du mandataire de ses obligations sur le fondement de l'article 1991 du Code civil qui dispose : « *Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution* ». Cette disposition s'apparente à la « *réparation des conséquences de l'inexécution* » telle qu'elle est prévue par le droit commun³¹⁹³. Cependant, la faute qui réside dans le manquement aux obligations contractuelles et s'apparente donc à une inexécution est susceptible de justifier une réduction du prix comme celle prévue par le droit commun. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence³¹⁹⁴, les juges eurent à connaître de l'exécution d'un mandat de gestion immobilière confié à une société qui avait laissé pendant plusieurs années un locataire défaillant dont la dette locative s'élevait à plusieurs milliers d'euros, qui n'avait souscrit aucune garantie des loyers³¹⁹⁵ pour le compte du mandat auquel elle facturait pourtant des frais d'assurance chaque mois et qui ne l'avait pas informé du départ du locataire défaillant. La cour reconnaît le manquement du mandataire à ses obligations contractuelles sur le fondement des articles 1191 et 1992 du Code civil. Elle estime que le préjudice relatif aux loyers impayés correspond à une perte de chance³¹⁹⁶ d'obtenir paiement et ordonne le remboursement des frais d'assurance non souscrite. Enfin, la cour ajoute que « *le paiement d'honoraires étant la contrepartie de l'exécution du contrat, la carence de l'appelante justifie leur réduction dans les termes du jugement, soit 444 €* » conformément au jugement de première instance³¹⁹⁷. En l'espèce, la faute contractuelle, c'est-à-dire le manquement du mandataire à ses obligations, justifie l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1191, mais également une réduction du prix³¹⁹⁸. Le fondement réside

³¹⁹³ Art. 1217 du C. civil.

³¹⁹⁴ CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. A, 18 janv. 2018, n° 16/13617.

³¹⁹⁵ Contrat d'assurance qui permet au bailleur de recouvrer les loyers impayés auprès d'un tiers.

³¹⁹⁶ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 792 : « *Préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un évènement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procurée cette chance si elle s'était réalisée* ».

³¹⁹⁷ Jugement qui n'a pu être trouvé afin d'examiner comment le juge de première instance a procédé pour décider d'une réduction de ce montant précis.

³¹⁹⁸ La distinction entre réparation du préjudice et la réduction des honoraires ou du prix est très nette dans les décisions de justice en droit spécial du mandat. V. par ex. CA Paris, Pôle 2, ch. 2, 5 déc. 2019, n° 18/05744 : « *la perception de ses honoraires par [l'agence immobilière] n'est que la contrepartie des nombreuses diligences effectuées et qui sont attestées par les pièces versées aux débats. Les fautes commises par l'agence sont déjà indemnisées par l'allocation de dommages intérêts au titre du préjudice matériel subi* ». Ell l'est égal. en droit

dans une lecture *a contrario* de l'article 1999 du Code civil selon lequel « [l]e mandant doit [...] payer [l]es salaires lorsqu'il en a été promis S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ce [...] paiement ».

La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer le pouvoir des juges du fond de réduire la rémunération en fonction de la faute du mandataire. Un arrêt rendu en 2016³¹⁹⁹ par la Cour de cassation portait sur un mandat de vente exclusif dans le cadre duquel le mandataire avait fait visiter aux acquéreurs un terrain frappé d'une servitude conventionnelle *non aedificandi*³²⁰⁰. Les acquéreurs, invoquant les manquements de l'agent immobilier à ses obligations d'efficacité, d'information et de conseil refusèrent de régler au mandataire la commission convenue. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait retenu que la commission fixée à 30 000 euros constituait la loi des parties et était à ce titre insusceptible de révision. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 1999 du Code civil et précisa : « l'ouverture du droit à rémunération de l'agent immobilier, dans les conditions impératives que fixe [l'article 6- I de la loi n° 70-09 du 2 janvier 1970], ne fait pas obstacle au pouvoir que le juge tient [de l'article 1999] de réduire, voire supprimer cette rémunération, en considération des fautes que l'intermédiaire a commises dans l'exécution de sa mission »³²⁰¹. Le principe posé par l'arrêt est d'autant plus frappant qu'en l'espèce, l'action est intentée par le tiers-acquéreur qui bénéficie donc de la réduction des honoraires.

Il arrive évidemment que le juge exclue la faute du mandataire. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Toulouse³²⁰², les juges eurent à connaître d'un mandat de gestion locative concernant un bien situé outre-mer. Deux époux cherchaient à bénéficier de la défiscalisation prévue pour ce type de biens conformément au Code général des impôts³²⁰³ et

commun : v. CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} section, 22 fév. 2018, n° 15/00504 pour un refus d'indemniser les travaux de remise en état d'un immeuble suite à des malfaçons imputables à l'entrepreneur puisque le locataire avait quitté les locaux sans faire de travaux de reprise et sans s'engager à les faire auprès de son ancien bailleur. En revanche, la réduction du prix due aux malfaçons fût accordée, v. *supra* n° 750.

³¹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull civ.* I, 2016, n° 794, CCC, n° 4, 2016, comm. 89, L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2016, 391, P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2016. 351, H. BARBIER ; *JCP N*, n° 4, 2016, act. 205 ; *JCP N*, n° 19, 2016, 1158, obs. C. COULON, *Flash Defrénois*, n° 4, 2016, p. 1.

³²⁰⁰ Art. 689, al. 3 du C. civil : il s'agit d'une servitude non apparente dont la plus courante est l'interdiction de bâtir sur le terrain. C'était le cas en l'espèce ce qui faisait obstacle au projet de construction des acquéreurs.

³²⁰¹ V. pour un refus d'application de l'art. 1999 : CA Paris, Pôle 2, ch. 2, 5 déc. 2019, n° 18/05744 : « la perception de ses honoraires par [l'agence immobilière] n'est que la contrepartie des nombreuses diligences effectuées et qui sont attestées par les pièces versées aux débats ».

³²⁰² CA Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 5 août 2020, n° 17/04474. V. aussi CA Rennes, 4^{ème} ch., 19 déc. 2019, n° 17/01181 : un seul manquement du mandataire sur plusieurs années ne suffit pas à caractériser un désintérêt pour sa mission et à justifier ainsi la réduction de moitié des honoraires dus par le mandant.

³²⁰³ Art. 199 undecies A du CGI.

avaient confié l'étude et la mise en œuvre de leur projet d'investissement à une société de conseil. Le bien ayant été trouvé et acquis par les époux, ceux-ci confièrent sa gestion à une société immobilière. Or le mandataire choisit une locataire qui ne remplissait pas les conditions de ressources exigées par la défiscalisation ce qui entraîna le redressement fiscal des mandants. Ces derniers agirent en responsabilité contre les deux sociétés. Les juges écartèrent la responsabilité de la société de conseil pour deux raisons. D'une part, la société n'avait pas été consultée sur la signature du bail avec cette locataire ; d'autre part, informée par mail des revenus mensuels de la locataire sans recevoir le contrat de bail ni les justificatifs détaillant les revenus de la locataire, elle n'aurait pu, en dépit de sa qualité de professionnel de l'immobilier, en déduire l'existence d'une anomalie susceptible de faire obstacle à la défiscalisation initialement envisagée. La réduction du prix ne pouvait donc être obtenue. En revanche, les juges retinrent la responsabilité du mandataire. Ils précisent que le mandataire ne pouvait ignorer l'objectif de défiscalisation poursuivi. En ne vérifiant pas que les revenus de la locataire ne dépassaient pas le plafond annuel de ressources fixé par le Code général des impôts³²⁰⁴, le mandataire avait manqué à son obligation de diligence, plus que de conseil.

En ce qui concerne le manquement de l'avocat à son devoir de conseil, le client devra agir en responsabilité de son conseil auprès du tribunal judiciaire et non du premier président de la cour d'appel. En effet, la compétence d'attribution du juge de l'honoraire est définie par l'article 174 du décret du 27 novembre 1991 qui se limite aux seules contestations relatives à la fixation et au recouvrement des honoraires des avocats. Par conséquent, le bâtonnier et le Premier Président en cas de recours ne sont pas compétents pour connaître « *même à titre incident, de la responsabilité de l'avocat à l'égard de son client résultant d'un manquement à son devoir de conseil et d'information ou d'une faute professionnelle susceptible de donner lieu à indemnisation* »³²⁰⁵. Cela complique l'action du client qui est amené à agir devant le premier président de la cour d'appel pour la contestation des honoraires et éventuellement devant le juge judiciaire de première instance pour faire reconnaître une éventuelle faute de l'avocat.

752. Le montant de la réduction. L'évaluation souveraine du montant de la réduction par le juge du fond constitue un pouvoir non négligeable. Or cette évaluation est plus ou moins aisée. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Pau³²⁰⁶, les juges eurent à connaître de la violation temporaire d'une clause de non-concurrence par une salariée. Ils

³²⁰⁴ Art. 2 terdecies D du CGI.

³²⁰⁵ CA Reims, 4 oct. 2012, n° 12/00705.

³²⁰⁶ CA Pau, ch. soc., 12 nov. 2020, n° 18/02377.

précisèrent que le créancier, en l'espèce l'employeur, ne demandant pas la résolution de la clause mais la réduction du prix, il ne pouvait se prétendre « *libéré de son obligation de verser la contrepartie financière afférente aux périodes pendant lesquelles l'engagement de non-concurrence a été respecté* ». La réduction du prix correspondait donc à la somme versée en contrepartie du respect de la clause de non-concurrence sur la période où elle n'avait pas été respectée, en l'espèce, un mois. Partant de l'indemnité nette reçue en contrepartie du respect de cette clause, les juges ont conclu que l'employeur devait recevoir environ 232 euros de réduction du prix. L'appréciation judiciaire du montant de la réduction obéissait en l'espèce à un calcul dont il est possible de penser qu'il est raisonnable. En tout état de cause, ce calcul est à tout le moins clairement apparent. En revanche, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers³²⁰⁷, l'acquéreur sollicitait une réduction à hauteur de la moitié du prix initialement convenu en invoquant le retard de livraison de vingt-et-un jours du véhicule terrestre à moteur dont il avait fait l'acquisition. Il estimait que le bien n'était plus un véhicule neuf car il aurait été utilisé pendant ce délai. La cour retint qu'un tel délai de retard « *[n'était] pas de nature à motiver la sanction d'une perte de 50 % de la valeur de l'objet de la vente* ». Elle ajouta que la preuve de l'utilisation du véhicule pendant ce délai n'était pas apportée, de telle sorte qu'il n'était pas possible de conclure que le véhicule n'était plus neuf. Si l'absence de preuve suffisante du caractère non-neuf du véhicule justifiait le rejet de la demande, la précision selon laquelle le délai en l'espèce ne justifiait pas une telle réduction du prix amène à s'interroger. Le retard de livraison constitue une exécution imparfaite du contrat susceptible de donner lieu à une réduction du prix, ainsi que le confirme l'arrêt. Néanmoins, il ne précise pas quelle réduction un tel délai de retard pourrait justifier et comment est effectué le calcul. Il est ici difficile de saisir et de cantonner l'office du juge du fond qui est souverain pour évaluer le montant de la réduction³²⁰⁸.

³²⁰⁷ CA Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 23 fév. 2021, n° 19/01724.

³²⁰⁸ Com. 9 mars 1976, n° 74-15193, *Bull. civ. IV*, 1976, n° 82, p. 70, décidant que « *c'est à juste titre que la cour d'appel a réduit, selon son appréciation souveraine des éléments qui lui furent soumis, la commission du mandataire de ventes de fonds de pharmacie à 5 000 francs au lieu des 37 000 initialement prévus* ».

Conclusion du Chapitre 2

753. L'absence de réécriture du contrat devenu déséquilibré en droit anglais. L'étude des mécanismes permettant aux juges français et aux juges anglais d'anéantir ou de réécrire le contrat déséquilibré lors de son exécution révèle plusieurs éléments. Premièrement, si la force majeure est difficile reconnue par les juges français ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative à la crise sanitaire, son équivalent fonctionnel qu'est la *frustration* est encore plus rarement mis en œuvre. Il existe donc en droit anglais, encore plus qu'en droit français, une réticence des juges à libérer un contractant de ses obligations en raison d'évènements survenus pendant la conclusion du contrat. En ce qui concerne le juge anglais, cette vision est cohérente avec la conception traditionnelle du contrat selon laquelle le juge doit rester en retrait. En ce qui concerne le droit français, cela peut sembler plus étonnant au vu des outils vairés, multiples et régulièrement mis en œuvre pour remédier aux déséquilibres présents dès la formation du contrat. En réalité, cela s'explique car l'intervention du juge n'est pas la même. Le déséquilibre *ab initio* s'apparente plus facilement à un déséquilibre conscient et recherché l'une des parties : la clause pénale et la clause abusive sont à l'avantage de l'une des parties. Il en va de même pour le prix abusif ou excessif par rapport à la prestation exécutée. Ces mécanismes sont implicitement, explicitement en ce qui concerne les obligations contractuelles dégagées par le juge, fondés sur un souci de bonne foi contractuelle. En revanche, lorsque des circonstances extérieures viennent avantager ou désavantager l'une des parties, il n'est plus possible de raisonner de la même façon. On trouve seulement une trace de la bonne foi s'agissant de la résolution unilatérale du contrat : le juge apprécie la gravité du manquement contractuel en fonction de la désinvolture voire de l'intention de nuire du contractant susceptibles de caractériser une méconnaissance de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Par conséquent, le juge français adopte une certaine prudence en matière de déséquilibres nés du bouleversement des circonstances qui entourent la conclusion du contrat. Les contentieux de la force majeure et de l'imprévision laissent plutôt une place importante à la liberté contractuelle de façon à laisser les parties organiser leurs relations. À cet égard, il faut noter que la révision pour imprévision, aujourd'hui consacrée par l'article 1195 du Code civil, n'a pas d'équivalent fonctionnel en droit anglais car ce dernier n'a aucun pouvoir de réviser le contrat de façon générale, et encore moins dans le cas d'un changement de circonstances.

754. La retenue des juges anglais. Le juge anglais ne pratique pas la révision du contrat à proprement parler : il ne peut que mettre fin au contrat qu'il s'agisse de la *frustration* et du

breach of contract. En définitive, le contrôle judiciaire du contrat qui devient déséquilibré lors de son exécution est quasi-inexistant en droit anglais. Ce refus général d'intervenir dans le contrat découle d'une fidélité à la conception classique du contrat selon lequel chacune des parties est en mesure de défendre ses intérêts. Cependant, le développement de la pratique contractuelle a mis à mal cette conception. Aujourd'hui, le contrat peut très souvent être un accord de volontés caractérisé, plutôt que par un réel consentement, par un simple acquiescement à certaines stipulations contractuelles rédigées par la partie économiquement plus forte³²⁰⁹. Le développement d'outils juridiques permettant au juge français de réécrire certaines stipulations du contrat en vue de rééquilibrer les obligations réciproques des parties correspond à une prise d'acte de ce changement de la réalité contractuelle.

³²⁰⁹ D'où l'existence par ex. d'une interprétation *contra proferentem*, v. *supra* n^{os} 298s et n^{os} 308s.

Conclusion du Titre 1

755. Survie et anéantissement du contrat. Les mécanismes étudiés donnent à voir les deux issues possibles pour le contrat lorsque les parties soumettent au juge leur litige : la survie, c'est-à-dire que le contrat continue de produire des effets, moyennant éventuellement l'octroi de dommages et intérêts pour l'une des parties, et l'anéantissement, c'est-à-dire que le contrat n'est plus et les parties sont libérées de leurs obligations. La question se pose de déterminer quelle forme d'intervention caractérise une immixtion plus grande du juge dans la sphère contractuelle entre la survie du contrat sous une forme partiellement rédigée par lui et la disparition pure et simple, rétroactive ou pour l'avenir, du contrat. S'interrogeant sur la hiérarchie entre ces deux modes d'intervention judiciaire, Mustapha MEKKI souligne que la révision étant un « *moyen de protéger la pérennité du lien contractuel encore utile socialement et économiquement* », elle est « *une étape précédant obligatoirement la résiliation* »³²¹⁰. Dans une optique de survie du contrat, la révision est donc préférable tandis que l'anéantissement constitue une solution radicale.

Néanmoins, cela ne répond pas tout à fait à la question de savoir laquelle de ces options caractérise un pouvoir plus conséquent du juge. En réalité, l'anéantissement du contrat comme sa réécriture sont des conséquences graves de l'intervention judiciaire. Ces deux hypothèses portent atteinte à l'intangibilité des conventions : un contrat anéanti et un contrat réécrit ne sont intangibles ni l'un ni l'autre. Au premier abord, l'anéantissement du contrat peut sembler la plus grave des sanctions. Ce n'est pas forcément le cas du point de vue de l'intervention du juge. L'office du juge dans l'anéantissement se limite à mettre fin à la relation contractuelle ; dans la réécriture, il consiste à s'immiscer dans la relation contractuelle et à en changer les termes. La réécriture témoigne d'une immixtion judiciaire plus marquée car la force obligatoire du contrat s'impose aux contractants dans une forme partiellement rédigée par le juge. L'hypothèse est donc celle d'un contrat rédigé à trois mains ce qui heurte tout particulièrement l'intangibilité et la force obligatoire des conventions. À ce titre, il n'est pas anodin de noter que le droit anglais des contrats ne connaît pas, en dehors des mécanismes issus du droit de l'Union

³²¹⁰ Mustapha MEKKI, « Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G*, n° 50, 2010, doct. 1257.

Européenne³²¹¹, la révision judiciaire³²¹². La solution d'anéantissement du contrat est considérée en droit anglais comme la plus vertueuse car, bien qu'elle soit radicale, elle évite toute situation de contrat rédigé partiellement de la main du juge. En droit français, l'immixtion du juge dans le contrat est possible et elle est principalement motivée par le souci de la justice contractuelle, ainsi qu'en témoigne les divers mécanismes étudiés.

756. Une inégale protection de l'équilibre contractuel. Les hypothèses d'intervention du juge au nom de l'équilibre économique contractuel sont bien plus nombreuses en France qu'en Angleterre. En effet, il a été donné au juge français des outils inconnus du juge anglais pour anéantir le contrat qui présente des prestations réciproques déséquilibrées dès sa conclusion, à savoir la lésion, l'appréciation de l'abus dans la fixation du prix et de l'engagement disproportionné de la caution. L'écart est renforcé par l'utilisation de la cause, contenue aujourd'hui dans la notion de contenu du contrat consacrée par la réforme du 10 février 2016, comme outil de contrôle d'une contrepartie sérieuse tandis que la *consideration* demeure un outil d'équilibrage minimal. Il faut ainsi que la contrepartie ait une valeur économique, sans que cette valeur soit comparée à celle de la prestation réciproque.

La différence entre les pouvoirs du juge français et du juge anglais est également flagrante à la lumière de l'étude de leur pouvoir respectif de réécriture du contrat initialement déséquilibré. La résolution du contrat en cas de prix abusif et la révision de la clause pénale sont tout à fait inconnues du droit anglais. Ce dernier adopte par ailleurs une conception assez restrictive de la notion de déséquilibre significatif mise en œuvre dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs, ce qui n'est pas forcément conforme à l'esprit de la directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives³²¹³.

Un rapprochement entre l'office du juge français et l'office du juge anglais est perceptible lorsqu'un déséquilibre est survenu après la conclusion du contrat, lors de son exécution. Les juges sont assez réticents à retenir l'existence d'un évènement qui décharge le contractant de ses obligations, ainsi que le montre l'étude de la force majeure et de la *frustration*. En outre, la

³²¹¹ La sanction des clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs consiste à réécrire le contrat en réputant non-écrite une clause, v. *infra* n^{os} 620s.

³²¹² Sauf à considérer que la *rectification* est une hypothèse de réécriture du contrat, ce qui serait excessif dans la mesure où ce mécanisme n'est qu'une réécriture de l'*instrumentum*, afin qu'il reflète la volonté réelle des parties, mais pas du *negotium*, v. *supra* n^o 437.

³²¹³ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29, art. 3.

consécration de la révision pour imprévision par l'article 1195 du Code civil est tempérée par la place laissée à la liberté contractuelle à travers la possibilité pour les contractants d'allouer le risque à l'un d'entre eux. Cette consécration constitue tout de même un facteur d'élargissement de l'office du juge français qui peut réécrire le contrat à la demande d'une des parties, tandis qu'une telle possibilité est impensable pour le juge. Ce dernier, s'il intervient, ne connaît que la solution radicale de l'anéantissement du contrat. Cette constatation confirme l'attachement du droit anglais à une conception traditionnelle du contrat auquel répond le développement en droit français d'une nouvelle conception du contrat.

757. Une nouvelle conception du contrat en droit français. Dans le cas où le contrat devient déséquilibré par l'évolution des circonstances qui entourent sa conclusion, l'intervention croissante du juge français pour procéder à l'adaptation du contrat permet d'entrevoir une conception renouvelée de la force obligatoire du contrat, et, *in fine*, un renouvellement de la notion même de contrat. Sans souscrire à l'idée que « *le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* »³²¹⁴, le contrat révisé par le juge est partiellement réécrit par lui et s'applique avec toute sa force obligatoire sous cette nouvelle forme. Néanmoins, « *l'existence d'un pouvoir de révision judiciaire ne rime pas fatalement avec l'instabilité contractuelle et n'emporte pas nécessairement la chute des colonnes du temple contractuel* »³²¹⁵. Le juge peut en effet avoir un pouvoir considérable et l'exercer avec sagesse³²¹⁶ et parcimonie. En outre, le juge peut se voir accorder un pouvoir considérable pour de très bonnes raisons. Un pouvoir judiciaire important en matière contractuelle n'est pas forcément synonyme d'effondrement du contrat : il peut également constituer une forme de « *protection judiciaire du lien contractuel* »³²¹⁷.

En réalité, le pouvoir de réécriture du contrat accordé au juge dans de nombreux contentieux témoigne simplement d'un éloignement marqué par rapport à la conception traditionnelle du contrat³²¹⁸. La notion de contrat a évolué pour englober d'importantes

³²¹⁴ Jean-Paulin NIBOYET, « La révision des contrats par le juge, rapport général », in *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, SLC, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 1937, p. 2.

³²¹⁵ Denis MAZEAUD, « Rapport français », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Le contrat. Journées brésiliennes 2005*, t. LV, SLC, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, p. 559.

³²¹⁶ Denis MAZEAUD, « La révision du contrat » *LPA*, n° 129, 2005, n° 6, pp. 4s.

³²¹⁷ Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, coll. IDA, 1996.

³²¹⁸ Par ex, sur la pertinence du pouvoir de révision judiciaire en cas d'imprévision, v. Nicolas MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, n° 52, 2015 : « *il faut distinguer le mauvais du bon rôle du juge. Lorsque le juge se voit accorder un pouvoir de révision qui vise à restaurer*

considérations de justice contractuelle et s'adapter à l'évolution de la société, ce qui n'est pas à déplorer. La fonction du droit est de régir la vie en société. Les règles légales doivent pour cela être façonnées avec une certaine conscience de la réalité. En ce qui concerne la réalité dans laquelle s'ancre le contrat, il s'agit de prendre en compte la rareté de l'égalité du pouvoir de négociation des parties contractantes. La conception traditionnelle du contrat partait du postulat que les parties étaient chacune en mesure de défendre leurs intérêts sans que l'une ne puisse imposer sa volonté à l'autre. Force est de constater que cette hypothèse de départ n'est plus viable aujourd'hui. Le droit anglais des contrats demeure très réfractaire à l'abandon des solutions traditionnelles. En revanche, le droit français des contrats a su prendre acte de la transformation profonde des rapports contractuels en permettant au juge d'intervenir, pour rééquilibrer le contrat si cela est possible ou l'anéantir si le déséquilibre est trop grave, à travers le développement progressif de mécanismes multiples, le dernier en date correspondant à l'importante révision pour imprévision. Cette capacité du droit français des contrats à évoluer avec la réalité du contrat peut être saluée.

*l'équilibre voulu par les parties, que des circonstances extérieures ont remis en cause, il contribue à servir le contrat » ; Frédéric ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », in Gwendoline LARDEUX, (dir.) *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 43 : « s'inscrivant en faux contre l'idée d'une remise en cause illégitime du contrat par le juge, il s'agit de défendre l'idée que la remise en cause est légitime si elle se fait d'une part au profit de l'opération contractuelle (I) ou d'autre part si elle sanctionne un abus (II) ».*

Titre 2 – Le cadre de la mise en œuvre de la justice contractuelle : le contrat comme objet du litige, chose des parties et du juge

758. Le procès portant sur le litige contractuel, chose des parties. En raison du modèle principalement accusatoire du procès³²¹⁹, les parties ont traditionnellement une maîtrise importante du litige car le procès est, comme le contrat, « *la chose des parties* »³²²⁰. Cette conception trouve sa traduction juridique dans le principe dispositif, « *principe selon lequel le procès est à la disposition des parties* »³²²¹. L'expression « principe dispositif » est issue du terme allemand « *Dispositionsmaxime* », plus exactement traduit par principe de libre disposition³²²². Il revient aux parties de saisir le juge en vue de faire valoir leurs droits subjectifs, ce dernier ne pouvant s'auto-saisir. Par conséquent, les parties ont d'abord l'initiative du procès, principe posé au premier article du Code de procédure civile. Les parties déclenchent le procès par l'exercice de l'action en justice qui peut être définie comme la prérogative qui permet de saisir une juridiction. Le procès est alors plus précisément nommé l'instance. Il s'agit du lien formé entre les parties qui « *entraîne l'application d'une série d'obligations et de devoirs* »³²²³. Il revient également aux parties de déterminer l'objet du litige³²²⁴. Il faut donc distinguer le procès du litige, le procès de la matière litigieuse telle qu'elle est présentée au juge par les parties. Le litige correspond aux faits, qui constituent la situation conflictuelle dont le juge est saisi, et au droit qui leur serait applicable. Le procès est donc le cadre dans lequel la juridiction connaît du litige.

Le principe dispositif est « *l'expression d'une conception libérale du procès, fondée sur le respect de la liberté individuelle des plaideurs et soucieuse d'exclure toute intrusion de l'État (et spécialement du juge) dans la sphère privée* »³²²⁵. À cet égard, le procès n'est pas sans rappeler le contrat : façonné par une volonté individuelle qui lui donne son contenu. Ainsi que l'écrivait un auteur, le principe dispositif « *est au droit judiciaire privé ce que le principe de*

³²¹⁹ V. *supra* n° 498.

³²²⁰ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 8, p. 6.

³²²¹ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n° 509, p. 442.

³²²² Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 442, p. 380.

³²²³ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 410, p. 345.

³²²⁴ Art. 4 du CPC.

³²²⁵ Cécile CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in Emmanuel JEULAND et Laurence FLISE (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 65, 2015, p. 12.

l'autonomie de la volonté et celui de la convention-loi (art. 1134 C. civ.) sont au droit des obligations »³²²⁶. Cependant, comme pour le contrat, la volonté individuelle ne bénéficie pas d'une liberté absolue.

759. Une répartition des prérogatives et des missions entre les parties et le juge. Le déroulement du procès est encadré par une pluralité de principes consacrés notamment par le Code de procédure civile. À côté du principe dispositif qui octroie aux parties l'initiative de l'instance, ainsi que la maîtrise des faits et de leur preuve, figurent d'autres principes qui accordent également d'importants pouvoirs au juge. C'est le cas notamment en ce qui concerne le droit applicable au litige qui est en principe le domaine privilégié du juge. L'article 12 du Code de procédure civile dispose : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cet article est inspiré de l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* », en vertu duquel les parties donnent au juge le fait et le juge leur donne le droit. En outre, dans ses travaux, Henri MOTULSKY distinguait nettement le fait et le droit, la distinction étant à l'origine de la répartition des prérogatives et des missions entre les parties et le juge dans le procès civil³²²⁷. Cette conception est partagée par le droit anglais. En France comme en Angleterre, par principe, « *l'allégation des faits appartient aux parties, tandis que la détermination définitive de leurs conséquences légales appartient au juge* »³²²⁸.

Cependant, en France, les contours de l'office du juge en matière procédurale ne sont pas si nettement dessinés. En effet, les parties ont un rôle à jouer sur le droit puisqu'elles sont à même de proposer l'application de certaines règles de droit à leur litige ; le juge n'est pas dépourvu de toute maîtrise quant aux faits car il peut ordonner des mesures d'instruction en vue de préciser les faits du litige qui lui est soumis. Ces illustrations ne sont pas les seuls exemples de nuances importantes dans la répartition traditionnelle des rôles du juge et des parties. En réalité, une analyse plus approfondie du droit positif en matière procédurale permet de se rendre compte que la répartition est assez nébuleuse.

³²²⁶ Jean-François VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in Frédéric GEORGES et Georges DE LEVAL (dir.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Anthemis, coll. Commission Université Palais, 2007, p. 227.

³²²⁷ Hervé CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2010, n° 10, p. 228.

³²²⁸ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 202 : « *the allegation of facts is for the parties, while the ultimate determination of their legal consequences is for the judge* ».

760. Une répartition nébuleuse des pouvoirs dans le procès civil. Traditionnellement, les parties disposent encore aujourd'hui d'une maîtrise importante du procès contractuel. En outre, cette maîtrise a été renouvelée par des outils modernes qui témoignent d'une conception libérale du procès civil. À certains égards, le juge est alors un simple départiteur dont la mission est principalement de déterminer laquelle des parties a raison, à partir des informations qui lui sont présentées (**Chapitre 1**). Cependant, à d'autres égards, le juge conserve à juste titre une maîtrise renforcée du litige en ce qui concerne le droit, mais également l'administration et l'appréciation de la preuve. Le rôle du juge se doit d'être plus dynamique, faisant de lui un véritable acteur du procès civil (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La maîtrise renouvelée du procès contractuel par les parties : un juge départiteur

761. Le litige, chose des parties. La maîtrise du litige par les parties, c'est-à-dire des faits et de l'objet du litige, repose traditionnellement sur les principes directeurs du procès civil (**Section 1**). Elle prend également aujourd'hui une forme plus moderne à travers le phénomène de contractualisation du litige et du procès (**Section 2**).

Section 1 – Un principe traditionnel : la maîtrise du litige par les parties

762. L'initiative du litige. L'article premier du Code de procédure civile pose le principe d'initiative de l'instance. Il dispose que « *seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ». Les parties détiennent donc un « *un véritable pouvoir de vie et de mort sur l'instance* »³²²⁹. Le juge n'est pas dépourvu de prérogatives car il est chargé par l'article 3 du Code de procédure civile « *du bon déroulement de l'instance* » mais l'initiative formelle de l'instance et de fin demeurent principalement dans les mains des parties.

763. La matière litigieuse. En revanche, en ce qui concerne la matière litigieuse, la répartition des pouvoirs entre les parties et le juge est plus complexe. Le principe dispositif, principe directeur du procès civil en France consacré par les articles 4 et 5 Code de procédure civile, octroie aux parties la maîtrise de l'objet du litige (§ 1) ainsi que la maîtrise des faits (§ 2).

§ 1 – La définition de l'objet du litige par les parties

764. Les contours de l'objet du litige. Il appartient aux parties de définir les contours de l'objet du litige contractuel (**A**). La notion d'objet du litige, difficile à définir, joue un rôle primordial aussi bien en droit français qu'en droit anglais (**B**).

A) Le principe de la définition de l'objet du litige par les parties

765. Une caractéristique commune. En France comme en Angleterre, la délimitation de l'objet du litige appartient aux parties, le juge n'ayant pas la possibilité d'intervenir sur ses

³²²⁹ Anaïs DANET, « Principes directeurs du procès », *Rep. proc. civ.*, oct. 2020 (actu. janv. 2023), n° 29.

contours. L'objet du litige tel qu'il est conçu en droit français (1) présente donc cette similitude importante avec la *cause of action* connue du droit anglais (2).

1) L'objet du litige en droit français

766. Une expression du principe de la libre disposition. Le procès étant traditionnellement conçu en France comme la chose des parties, il en découle que les parties en ont la libre disposition. Cependant, le principe de la libre disposition, ou principe dispositif, est aujourd'hui envisagé de façon plus stricte : les parties sont plus exactement maîtresses de l'objet et des faits du litige³²³⁰.

En ce qui concerne l'objet du litige, l'alinéa 1^{er} de l'article 4 du Code de procédure civile dispose qu'il est « *déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Les prétentions « *sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». Si l'objet du litige était initialement conçu comme immuable, le principe d'immutabilité a connu un recul considérable. Les parties ont la possibilité de modifier l'objet initial du litige par des demandes incidentes³²³¹, par des demandes incidentes en appel³²³² et la production de moyens nouveaux devant les juges du fond. Ces facteurs de recul du principe d'immutabilité de l'objet du litige présentent un point commun : ce sont les parties qui peuvent modifier l'objet du litige. En ce qui concerne le juge, une lecture *a contrario* de l'alinéa premier de l'article 4, ainsi que l'article 5 du Code de procédure civile³²³³, indiquent que le juge ne peut modifier l'objet du litige ce qui limite, *a priori* à juste titre, considérablement ses prérogatives³²³⁴.

En vertu de leur maîtrise de l'objet du litige, les parties ont la possibilité de le redéfinir par rapport aux prétentions initialement formulées, à condition de démontrer l'existence d'un lien suffisant³²³⁵ entre les demandes incidentes³²³⁶ et les prétentions originaires. Il convient de

³²³⁰ Cécile CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in Emmanuel JEULAND et Laurence FLISE (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 65, 2015, p. 21. Pour la maîtrise des faits, v. *supra* n^{os} 782s.

³²³¹ Art. 63s CPC.

³²³² Art. 564s CPC. V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n^o 20-16832, inédit.

³²³³ Art. 5 CPC : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

³²³⁴ En réalité, le juge peut parfois modifier l'objet du litige dans la mesure où il peut, voire doit, relever d'office certains moyens de droit. Par ex., v. la faculté de modifier d'office le montant de la clause pénale, *infra* n^o 865.

³²³⁵ Art. 4 al. 2 du CPC.

³²³⁶ En vertu de l'art. 63 du CPC, « [les] *demandes incidentes* sont : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention », autrement dit toute demande qui ne figure pas initialement dans l'acte introductif

souligner que l'appréciation de l'existence d'un lien suffisant, et donc de la possibilité pour les parties de modifier l'objet du litige en cours d'instance, appartient aux juges du fond. Elle relève plus précisément de leur pouvoir souverain³²³⁷, ce qui réintroduit un certain pouvoir d'appréciation du juge, si ce n'est dans la définition initiale de l'objet du litige, au moins dans sa modification une fois la juridiction saisie³²³⁸.

767. L'identification de la prétention. L'objet du litige peut être défini comme « *le résultat économique et social recherché par les parties* »³²³⁹. Il est en principe indisponible pour le juge et limite son office en matière procédurale. Cependant, si l'objet du litige doit être trouvé dans les prétentions des parties, l'identification des prétentions effectuée par le juge revêt une importance particulière. Les prétentions sont les « *questions de fait et de droit que les plaideurs soumettent au juge et qui sont fixées, pour le demandeur, par l'acte introductif d'instance, pour le défendeur, par les conclusions en défense* »³²⁴⁰. En cas de représentation par un conseil, la tâche de faire apparaître clairement les prétentions du demandeur dans l'acte introductif d'instance et les prétentions du défendeur dans les conclusions en défense³²⁴¹ pèsent tout particulièrement sur les avocats. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux, les juges déboutèrent la demanderesse de sa demande de production de pièces au motif qu'elle « *ne sollicit[ait] pas clairement que soit retenue [la] responsabilité [du cocontractant] et [que] le montant du préjudice qu'elle estime avoir subi n'est pas chiffré, la seule indication selon laquelle il est égal à la somme qui lui est réclamée [par l'adversaire] ne s'analysant pas en une prétention au sens de l'article 4 du code de procédure civile* »³²⁴². En l'espèce, l'absence de prétention clairement formulée fait obstacle à la demande visant à établir la preuve de certains éléments, ce qui constitue une conséquence dommageable pour le plaideur. Par ailleurs, dans

d'instance et « *intervenant au cours d'un procès déjà engagé* », cf. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 361.

³²³⁷ Com., 27 juin 2018, n° 16-27856, inédit, *D.*, 2019, p. 453, J.-P. CLAVIER ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 692, K. DISDIER-MIKUS ; *JCP E*, n° 48, 2018, 1617, N. BINCTIN.

³²³⁸ Ce pouvoir demeure néanmoins limité dans la mesure où le juge du fond ne peut relever d'office une fin de non-recevoir tirée de l'absence de lien suffisant entre la demande initiale et la demande incidente : Soc., 23 nov. 1995, n° 92-14887, *Bull. civ.* V, 1995, n° 314, p. 224, *D.*, 1996, p. 135, P. JULIEN : cassation pour violation de l'art. 125 du CPC relatif aux fins de non-recevoir d'ordre public qui seules peuvent être relevées d'office par le juge.

³²³⁹ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n° 496, p. 427 ; Gérard CORNU et de Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., PUF, 1996, p. 464 ; Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 521, p. 434.

³²⁴⁰ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 832.

³²⁴¹ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n° 495, p. 426.

³²⁴² CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 20 mai 2021, n° 18/03621.

un arrêt de 2022³²⁴³, la Cour de cassation a pu préciser qu'en vertu de l'alinéa premier de l'article 455 du Code de procédure civile³²⁴⁴ et des troisième et quatrième alinéas de l'article 954 du Code de procédure civile³²⁴⁵, le « *juge ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées* », et « *doit viser celles-ci avec l'indication de leur date* ». Il importe donc particulièrement que l'avocat récapitule toutes les prétentions de son client dans le dernier jeu de conclusions déposé, sans quoi le juge n'est pas saisi de la prétention³²⁴⁶.

768. L'indisponibilité de l'objet du litige pour le juge. Selon l'article 4 du Code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties. L'article 5 du Code de procédure civile impose également au juge de « *se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Autrement dit, il est interdit au juge de modifier l'objet du litige en l'élargissant ou en le réduisant ; cela est régulièrement invoqué par les demandeurs au pourvoi au soutien d'un moyen de cassation³²⁴⁷. Il s'agit parfois d'une contestation déguisée du pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation de certains critères d'application de la loi³²⁴⁸. Néanmoins, il arrive également que le juge du fond ait effectivement dénaturé l'objet du litige et que l'arrêt soit cassé sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile. Par exemple, dans un arrêt rendu le 27 juin 2018³²⁴⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt ayant rejeté les demandes de dommages et intérêts formées par une société mandataire. Selon le juge du fond, le contrat de mandat par lequel le vendeur avait demandé à la société mandataire de rechercher un acquéreur

³²⁴³ Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2022, n° 20-10961, inédit.

³²⁴⁴ « *Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé* ».

³²⁴⁵ « *La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.*

Les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A [sic] défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées ».

³²⁴⁶ Civ. 2^{ème}, 30 sept. 2021, n° 19-12244, *Bull. civ.* II, 2021, p. 289, *Gaz. Pal.*, n° 36, 2021, p. 40, C. BERLAUD ; *Gaz. Pal.*, n° 2, 2022, p. 63, F. GUERRE ; *Com.*, 19 janv. 2022, 20-10009, inédit : la Cour de cassation cassa pour violation de l'art. 954 du CPC l'arrêt qui avait rejeté la demande en paiement d'une banque alors qu'elle n'avait été saisie que de la reconnaissance de la faute contractuelle de ladite banque et de l'indemnisation du préjudice causé.

³²⁴⁷ Une recherche menée sur Dalloz Jurisprudence sur l'année 2021 avec les mots clés « dénaturation de l'objet du litige » fait apparaître 710 décisions rendues par la Cour de cassation.

³²⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-11024, inédit : appréciation souveraine des juges du fond ayant estimé que la prestation dont le paiement était réclamé avait déjà été réglée ; Civ. 1^{ère}, 30 juin 2021, n° 20-13239, inédit : appréciation souveraine des éléments de preuve desquels la cour d'appel a déduit que la souscription des parts sociales ne constituait pas une condition d'octroi d'un prêt.

³²⁴⁹ *Com.*, 27 juin 2018, n° 16-27856, inédit, *D.*, 2019, p. 453, J.-P. CLAVIER ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 692, K. DISDIER-MIKUS ; *JCP E*, n° 48, 2018, 1617, N. BINCTIN. V. aussi pour l'abandon de certaines prétentions dans les dernières conclusions d'appel de la demanderesse : *Com.*, 1^{er} déc. 2021, n° 20-11915, inédit.

de quatre silos d'occasion au prix de 21 000 euros ne s'était pas formé, faute d'accord sur les modalités de paiement du prix, considérées par le vendeur comme une condition substantielle de son consentement. La Cour de cassation censura l'arrêt des juges du fond, en rappelant que les conclusions d'appel déposées par les deux parties ne portaient que sur la question de savoir si une vente parfaite s'était formée. La Haute juridiction conclut à la modification par le juge de l'objet du litige constituant une violation des articles 4 et 5 du Code de procédure civile.

Dans un autre arrêt, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 24 novembre 2021³²⁵⁰, la Haute juridiction eut à connaître d'un arrêt ayant débouté un salarié de ses demandes. Ce dernier sollicitait notamment la régularisation par l'employeur des cotisations de sécurité sociale pour la période postérieure au 1^{er} janvier 2014, par suppression d'une déduction pour frais professionnels de 20%. L'arrêt avait retenu que les trois bulletins de paie produits par le salarié ne faisant pas apparaître la déduction supplémentaire pour frais professionnels, le demandeur devait être débouté de sa demande. La Cour de cassation rappela que l'employeur ne contestait pas cette déduction, mais qu'au contraire il la revendiquait dans ses conclusions. Par conséquent, la cour d'appel avait méconnu l'article 4 du Code de procédure civile et dénaturé l'objet du litige.

La Cour de cassation peut parfois considérer que les juges du fond n'ont pas dénaturé l'objet du litige lorsque la demande du plaideur et celle à laquelle ils ont fait droit tendent à la même fin. Dans un arrêt du 7 juillet 2021³²⁵¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt de la cour d'appel de Paris portant sur la cession de parts sociales. Le cessionnaire avait acquis l'intégralité des parts sociales d'une société ainsi que les créances en comptes courants des associés cédants. Le cessionnaire formula une demande d'annulation de l'acte nommé « *cession de parts sociales* » sans solliciter l'annulation de la cession des créances en comptes courants. Les juges du fond constatèrent l'existence d'un dol, et précisèrent que l'acte portait à la fois sur la cession de parts sociales mais également sur la cession des comptes courants ainsi que le laissait penser la stipulation d'un prix global pour la cession des parts et des créances. Les juges prononcèrent donc l'annulation des deux cessions. Dans cette affaire, le pourvoi formé par les cédants fût rejeté sur ce point par la Cour de cassation, qui approuva la cour d'appel d'avoir retenu, sans avoir dénaturé le litige, « *que la demande, même si elle était*

³²⁵⁰ Soc. 24 nov. 2021, n° 19-26107, inédit. V. aussi : Soc. 24 nov. 2021, n° 20-12226, inédit.

³²⁵¹ Com., 7 juill. 2021, n° 19-20746, inédit.

formulée comme une demande d'annulation de la cession des parts sociales, tendait également à l'annulation de la cession des créances de compte courant ».

769. L'ensemble des prétentions des parties. Ces décisions laissent apparaître que l'objet du litige n'est en réalité pas cantonné à la finalité concrète recherchée par les parties. En effet, la dénaturation de l'objet du litige tirée de ce que le juge du fond a tenu pour acquis des éléments constatés ou contestés par les parties ne correspond pas à la méconnaissance d'une finalité concrète recherchée par l'une ou l'autre des parties. L'objet du litige correspond à une réalité plus large. L'article 4 du Code de procédure civile, qui constitue le visa des arrêts de cassation reprochant aux juges du fond d'avoir dénaturé l'objet du litige, renvoie explicitement aux « *prétentions des parties* ». En conséquence, il convient plutôt de retenir la définition de Madame REVERCHON-BILLOT pour qui l'objet du litige ne peut être défini uniquement par la seule référence à une finalité mais correspond plutôt à l'ensemble des prétentions de toutes les parties au litige³²⁵², prétentions qui sont contenues dans les conclusions déposées par les parties auprès de la juridiction. Le contentieux de la dénaturation des conclusions confirme cette lecture.

770. La dénaturation des conclusions. Les pourvois fondés sur la violation de l'article 4 du Code de procédure civile et la dénaturation de l'objet du litige emploient régulièrement la phrase : « *le juge ne doit pas dénaturer les termes du litige tels qu'ils résultent des écritures respectives des parties* ». L'objet du litige figure en effet dans les écritures, c'est-à-dire les conclusions déposées par chacune des parties auprès de la juridiction. La dénaturation de l'objet du litige passe donc principalement par la dénaturation des écrits que sont les conclusions de chacune des parties. À titre d'exemple, il est possible de citer un arrêt de 2021 de la Cour de cassation³²⁵³ censurant un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris pour violation de l'article 4 du Code de procédure civile. En l'espèce, les juges du fond avaient débouté une salariée de sa demande relative aux congés payés. La Haute juridiction retint que les conclusions de l'employeur ne faisaient état d'aucune contestation ou discussion relatives au droit aux congés payés de la salariée³²⁵⁴.

³²⁵² Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n^{os} 193 et 194, pp. 155 et 156.

³²⁵³ Soc., 10 fév. 2021, n^o 19-20852, inédit.

³²⁵⁴ V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 7 sept. 2022, n^o 21-20576, p. 241, *D. actu.* 21 sept. 2002, C. HÉLAINE : la Cour de cassation, sur le fondement de l'art. 4 du CPC, casse un arrêt d'une cour d'appel ayant prononcé la réduction du prix convenu pour la construction d'une piscine, en raison de l'absence des escaliers initialement

Le risque de dénaturation de l'objet du litige impose donc aux juges du fond une lecture attentive des conclusions des parties, y compris dans la hiérarchisation des demandes. En effet, les parties, plus précisément leurs conseils, ont souvent recours à la formulation d'une demande principale, d'une demande subsidiaire voire d'une demande infiniment subsidiaire. L'objectif d'une telle pratique est de multiplier les fondements juridiques susceptibles d'aller dans le sens du client de telle sorte que si le juge estime qu'il ne peut être fait droit à la demande principale, les demandes subsidiaires agissent comme des filets de sécurité qui permettront peut-être d'obtenir satisfaction. Il importe donc pour les plaideurs de hiérarchiser avec soin leurs demandes, quoique la Cour de cassation retienne plusieurs règles qui facilitent cette tâche. Premièrement, la Cour de cassation retient qu'une prétention subsidiaire ne peut être considérée comme un aveu contredisant une prétention principale. Dans un arrêt de 2009³²⁵⁵, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, eut à connaître d'une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Versailles. Ce dernier avait été saisi à titre principal d'une demande tendant à voir reconnaître l'écoulement du délai de prescription prévu à l'article 2273 du Code civil dans sa rédaction alors applicable, et à titre subsidiaire d'une demande tendant à voir reconnaître que la demande en paiement des dépens de son avoué était injustifiée. Le premier président avait déclaré prescrite l'action en paiement de frais exercée contre le débiteur. Le pourvoi tentait de faire valoir que la demande subsidiaire valait aveu de non-paiement des frais d'avoué de telle sorte que l'ordonnance devait être cassée pour violation de l'article 2273³²⁵⁶. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, précisant que « *ne peuvent constituer un aveu [de non-paiement] des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance* ». C'est donc à juste titre que le premier président de la cour d'appel avait respecté la hiérarchisation des demandes formulées par le débiteur.

La règle semble *a priori* fondée mais devient plus étonnante lorsque les demandes principales et subsidiaires sont contradictoires. Par exemple, dans un arrêt de 2011³²⁵⁷, la Cour

prévus, alors que le demandeur avait sollicité non la réduction du prix mais des dommages et intérêts en réparation des conséquences de l'inexécution du contrat.

³²⁵⁵ Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6 ; BICC, 15 sept. 2009, p. 10 ; *D.*, 2009, Pan. 2714, obs. VASSEUR ; *JCP G*, n° 29, 2009, p. 129, obs. O. SALATI ; *JCP G*, n° 25, 2009, p. 9, obs. O. SALATI ; *Procédures* 2009, comm. 223, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2009, p. 277, note E. PUTMAN ; *Gaz. Pal.*, n° 216, 2009, p. 12, note N. FRICERO.

³²⁵⁶ L'enjeu résidant dans le caractère particulier de l'action des avoués en paiement de leurs frais et émoluments dans la mesure où, à la différence d'une prescription ordinaire, l'aveu de non-paiement du débiteur permet à l'avoué d'agir contre son débiteur au-delà de l'écoulement du délai.

³²⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°s 10-14651 et 10-15000, *Bull. civ.*, III, n° 75 ; *D.*, 2011, p. 1509, obs. LEBORGNE ; *D.*, 2012, p. 244, obs. N. FRICERO. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ.*, I, 2014, n° 58 ;

de cassation a censuré un arrêt rendu par une cour d'appel qui était saisie d'une demande principale tendant à voir reconnaître que les conditions suspensives contenues dans l'acte s'étaient réalisées et d'une demande subsidiaire tendant à voir prononcer nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles. Le juge du fond avait retenu que, même si les acquéreurs ne soulevaient la nullité du contrat qu'à titre subsidiaire, la question de la validité devait être nécessairement examinée en premier lieu car la nullité entraînant l'anéantissement rétroactif du contrat, il n'était pas possible d'examiner si les conditions suspensives contenues dans l'acte s'étaient réalisées alors que les acquéreurs prétendaient par ailleurs que le contrat était nul et n'avait donc jamais existé. Le raisonnement paraît cohérent, et la cour avait prononcé la nullité du contrat sans se prononcer sur la réalisation des conditions suspensives. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour dénaturation de l'objet du litige et violation de l'article 4 du Code de procédure civile. Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation est protectrice des plaideurs, y compris des plaideurs qui accumuleraient les fondements juridiques contradictoires en vue d'obtenir gain de cause, quel que soit le gain³²⁵⁸. La Cour de cassation assure un contrôle assez rigoureux de la dénaturation de l'objet du litige par les juges du fond de façon à protéger les parties. Les juges anglais se montrent au moins aussi vigilants en matière de dénaturation de l'objet du litige, connue en droit anglais sous le nom de *cause of action*.

2) La *cause of action* en droit anglais

771. La *res judicata*. En droit anglais, le principe selon lequel une chose jugée ne peut être à nouveau soumise à un juge est exprimée à travers plusieurs expressions : « *res judicata* », « *issue estoppel* », « *cause of action estoppel* ». L'*estoppel*, tel qu'il est conçu par la *common law*³²⁵⁹, correspond à quelque chose qui arrête, bloque l'action du justiciable et qui est invoqué comme moyen de défense par l'adversaire³²⁶⁰. Les expressions citées expriment toutes l'idée d'un blocage au stade de l'action ; elles désignent toutes des espèces d'*estoppel per rem judicata*. En droit anglais, la *res judicata* concerne toute « *décision judiciaire définitive*³²⁶¹

JT 2014, n° 164, p. 10, obs. Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP E*, n° 26, 2014, 1351, J.-B. SEUBE, P. MOUSSERON, P. GRIGNON, R. LOIR ; *CCC*, n° 6, 2014, 125, L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.*, n° 6, 2014, 196, L. BLOCH ; *Rev. dr. transp. et mobilité*, n° 2, 2014, 34, I. BON-GARCIN.

³²⁵⁸ L'arrêt Césareo a grandement contribué à favoriser cette pratique, v. *infra* n° 778.

³²⁵⁹ Il convient de le distinguer de l'*equitable estoppel*, v. *supra* n° 426.

³²⁶⁰ M. P. THOMPSON, « From Representation to Expectation: Estoppel as a Cause of Action », *CLJ*, 1983, vol. 42, n° 2, p. 257 : « *L'idée centrale de l'estoppel en common law est qu'il fonctionne comme un mécanisme défensif* » ; « *The central thrust of estoppel at common law is that it operates as a defensive mechanism* ».

³²⁶¹ Il convient de noter que le droit anglais entend par « *définitive* » une décision, non pas contre laquelle aucune voie de recours ne plus être exercée à l'image de la décision irrévocable du droit français, mais « *un jugement obtenu dans le cadre d'une action et par lequel la responsabilité antérieure du défendeur envers le demandeur est*

prononcée par une juridiction ayant compétence relativement à la cause ou à l'objet du litige, et aux parties à celui-ci »³²⁶². Il convient cependant de distinguer les trois expressions dégagées car si elles sont voisines au sens où elles désignent des mécanismes qui empêchent le justiciable de saisir utilement une juridiction, ces mécanismes sont distincts.

772. La cause of action. Le problème qui se pose dans la détermination du champ d'application de la *res judicata* réside, comme pour l'autorité de la chose jugée, dans la définition de l'objet du litige déjà soumis au juge qui correspond à la notion de *cause of action*. Une définition de la *cause of action* peut être trouvée dans un *precedent* rendu par la *Court of Appeal* en 1888 : il s'agit de « *tous les faits qu'il est nécessaire au demandeur de prouver [...] pour soutenir son droit à un jugement rendu par le tribunal. Il ne s'agit pas de tous les éléments de preuve nécessaires à l'établissement de chaque fait, mais de tous les faits qu'il est nécessaire d'établir* »³²⁶³. La *cause of action* est donc définie largement, par la seule référence aux éléments factuels du litige³²⁶⁴, par opposition à tout raisonnement juridique. Cette définition rapproche considérablement la *res judicata* de la chose jugée³²⁶⁵, telle qu'elle découle de l'arrêt Césareo³²⁶⁶ : ces deux notions sont définies exclusivement par référence aux faits, dans une conception extrêmement large qui facilite la constatation de l'identité de litiges et qui permet d'augmenter les hypothèses dans lesquelles les juges pourront déclarer irrecevable la nouvelle action.

Ainsi que l'a précisé un arrêt important rendu par la *Supreme Court* en 2013, la *cause of action* ainsi définie entraîne plusieurs conséquences. L'*estoppel* s'applique à « *tous les points qui devaient être et ont été décidés afin d'établir l'existence ou la non-existence d'une cause of action* », et il « *interdit également de soulever dans une procédure ultérieure des points déterminants de l'existence ou de la non-existence d'une cause of action qui n'ont pas été*

déterminée ou établie », cf. *Re Chinery*, ex parte *Chinery*, *Court of Appeal*, 22 fév. 1884, (1884) 12 QBD, p. 342 cité également par *Re Riddell*, ex parte *Earl of Strathmore*, *Court of Appeal*, 17 fév. 1888, (1888) 20 QBD, p. 514.

³²⁶² George Spencer BOWER, *The Doctrine of Res Judicata*, Londres: Butterworth, 1924, p. 1.

³²⁶³ *Read v. Brown*, *England and Wales Court of Appeal*, 28 nov. 1888, (1888) 22 QBD 128, p. 131 : « every fact which it would be necessary for the plaintiff to prove [...] in order to support his right to the judgment of the Court. It does not comprise every piece of evidence which is necessary to prove each fact, but every fact which is necessary to be proved ».

³²⁶⁴ V. également : *Letang v. Cooper*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 15 juin 1964, [1964] EWCA Civ 5, p. 242 : « Une cause of action est simplement une situation factuelle dont l'existence permet à une personne d'obtenir de la Cour qu'elle ordonne à une autre personne de dédommager [la victime] » ; « A cause of action is simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the Court a remedy against another person ».

³²⁶⁵ Plus précisément la cause de l'action, composante de la chose jugée.

³²⁶⁶ V. *infra* n° 778.

décidés parce qu'ils n'ont pas été soulevés dans la procédure antérieure, alors qu'ils auraient pu l'être en application d'une diligence raisonnable ou auraient dû l'être en tout état de cause »³²⁶⁷. Il ressort de la jurisprudence que seuls deux cas justifient de s'écarter du principe de *res judicata* : l'obtention frauduleuse d'un jugement et la survenance d'un fait nouveau changeant radicalement la teneur du litige.

La *Supreme Court* dégagea l'exception de l'obtention frauduleuse d'une décision de justice dans un arrêt de 2019³²⁶⁸. Le demandeur alléguait l'existence d'un écrit par lequel la défenderesse lui aurait fait don de certains de ses biens. Cette dernière contestait avoir signé cet écrit mais sa demande d'expertise fut rejetée et le litige tranché en faveur du demandeur. La défenderesse obtint ensuite la confirmation écrite de la part d'un expert que sa signature sur le contrat avait été imitée. Elle agit en justice contre son prétendu contractant en vue de voir le jugement initial « écarté ». Le défendeur fit valoir l'existence d'un *abuse of process*. La *Supreme Court* estima que la demanderesse devait être autorisée à agir dans la mesure où il ne pouvait être exigé d'elle la diligence raisonnable établie par l'arrêt *Henderson*³²⁶⁹ dans le cas d'un jugement obtenu par le biais d'une fraude de l'adversaire.

En ce qui concerne l'exception constituée par la survenance d'un fait nouveau, elle fut explicitement dérogée par un arrêt ancien rendu par la *House of Lords*³²⁷⁰ puis réaffirmée par la *Court of Appeal* en 2021³²⁷¹. Les juges précisèrent que la seule survenance d'un fait nouveau était insuffisante à échapper à la doctrine de la *res judicata* : le demandeur devait convaincre la cour que ce nouvel élément factuel avait pour conséquence de « *changer entièrement l'aspect de l'affaire, et [...] qu'aucune diligence raisonnable n'aurait pu, auparavant, permettre de le dévoiler* »³²⁷². L'admission d'une telle exception confirme la nature factuelle de la *cause of action*. Les exceptions à l'application de la *res judicata* sont peu nombreuses et restrictivement conçues, l'objectif étant d'éviter le plus possible de multiplier les contentieux et leur renouvellement.

³²⁶⁷ *Virgin Atlantic Airways Ltd v. Zodiac Seats UK Ltd*, *Supreme Court of the United Kingdom*, 3 juill. 2013, [2013] UKSC 46, n° 22.

³²⁶⁸ *Takhar v. Gracefield Developments Ltd*, *Supreme Court of the United Kingdom* 29 mars 2019, [2019] UKSC 13 ; [2020] A.C. 450.

³²⁶⁹ Cet arrêt exige du plaideur qu'il concentre les demandes qui pouvaient être raisonnablement soumises au juge à l'occasion du même procès, v. *infra* n° 776.

³²⁷⁰ *Phosphate Sewage v. Molleson*, *House of Lords*, 8 juill. 1879, (1879) 4 App Cas 801.

³²⁷¹ *Terry Allsop v. Banner Jones Ltd*, *England and Wales Court of Appeal (Civil division)*, 8 janv. 2021, [2021] EWCA Civ 7 ; [2022] Ch. 55 ; [2021] 3 W.L.R. 1317.

³²⁷² *Phosphate Sewage v. Molleson*, *House of Lords*, 8 juill. 1879, (1879) 4 App Cas 801, p. 814.

773. L'issue estoppel. La notion de *cause of action estoppel* ne doit pas être confondue avec celle, plus restreinte, de l'*issue estoppel*. L'articulation entre l'*issue of action* et la *cause of action* permet de saisir la distinction : l'*issue* est un « ingrédient de la cause of action »³²⁷³. L'*issue*, composante de la *cause of action*, n'est pas de nature strictement factuelle³²⁷⁴ ainsi que le montre un arrêt rendu par la *House of Lords* en 1991³²⁷⁵. En l'espèce, la question de l'interprétation d'une clause contractuelle de révision de loyer au sein d'un bail avait été tranchée par un juge de la *High Court of Justice* au cours d'un premier procès. La *Court of Appeal* rendit ensuite deux décisions, au cours de procès différents, dont il ressortait que cette interprétation de la clause était erronée. Le preneur agit à nouveau en vue d'obtenir une décision sur l'interprétation de la clause de révision du loyer conforme à la nouvelle jurisprudence. Le bailleur fit valoir qu'une telle demande devait être écartée sans être examinée au fond car elle correspondait à un *issue estoppel*, c'est-à-dire que la question de l'interprétation dont dépendait le dénouement du litige avait déjà été tranchée ce qui empêchait le preneur de soumettre à nouveau la question à une juridiction.

La *House of Lords* approuva la *Court of Appeal* d'avoir refusé d'écarter la demande. Elle rappela que « bien que l'*issue estoppel* soit un obstacle en principe absolu à la remise en cause d'une décision entre les mêmes parties, il existe des circonstances particulières dans lesquelles il pouvait être contourné. Lorsque des éléments supplémentaires relatifs à la procédure sont découverts et qu'ils n'auraient pas pu, avec une diligence raisonnable, être découverts et présentés lors du premier procès, il existe alors une exception à la règle générale. Ces éléments supplémentaires ne se limitent pas à des questions factuelles. Il peut s'agir notamment d'une erreur commise par un juge qui a ensuite été constatée par une juridiction supérieure. Il ne serait pas juste d'empêcher une partie qui a souffert de l'erreur de rouvrir la question à un stade ultérieur »³²⁷⁶. Plus précisément, les *issues* correspondent à « des décisions quant aux

³²⁷³ Arnold and Others v. National Westminster Bank Plc, *House of Lords*, 25 avril 1991, [1991] 2 W.L.R. 1177 ; [1991] 2 A.C. 93, p. 94.

³²⁷⁴ Cela remet en question la nature factuelle de la *course of action*, v. *supra* n° 775.

³²⁷⁵ Arnold and Others v. National Westminster Bank Plc, *House of Lords*, 25 avril 1991, [1991] 2 W.L.R. 1177 ; [1991] 2 A.C. 93.

³²⁷⁶ Arnold and Others v. National Westminster Bank Plc, *House of Lords*, 25 avril 1991, [1991] 2 W.L.R. 1177 ; [1991] 2 A.C. 93, p. 105. V. *ibid.*, p. 105 : « *Issue estoppel may arise where a particular issue forming a necessary ingredient in a cause of action has been litigated and decided and in subsequent proceedings between the same parties involving a different cause of action to which the same issue is relevant one of the parties seeks to re-open that issue* ». V. aussi : Virgin Atlantic Airways Ltd v. Zodiac Seats UK Ltd, *Supreme Court of the United Kingdom*, 3 juill. 2013, [2013] UKSC 46, n° 22 : « (3) Sauf dans des circonstances particulières où cela causerait une injustice, l'*issue estoppel* interdit de soulever dans une procédure ultérieure des points qui (i) n'ont pas été soulevés dans la procédure antérieure ou (ii) ont été soulevés mais sans succès. Si le point pertinent n'a pas été soulevé,

conséquences juridiques de faits particuliers, chacune de ces décisions constituant une étape nécessaire pour déterminer quels sont les droits et obligations juridiques des parties résultant de l'ensemble des faits »³²⁷⁷. Autrement dit, si un premier juge a tranché une question de fait dont il a pu déduire l'application au litige de certaines règles de droit³²⁷⁸, toute partie au procès sera *estopped* et ne pourra pas demander à une nouvelle juridiction de trancher la même question.

L'*issue estoppel* se rapproche ainsi de la notion d'autorité positive de chose jugée. L'ancien article 1350 du Code civil faisait de l'autorité de la chose jugée une présomption légale irréfragable. Cet article est devenu l'article 1354 à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018³²⁷⁹ et a abandonné la liste initiale des actes ou faits bénéficiant d'une présomption légale, l'autorité de la chose jugée n'étant plus visée par le texte. En revanche, l'actuel article 1355 du Code civil n'a pas été modifié par la réforme et dispose : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* ». Autrement dit, ce qui a été irrévocablement jugé³²⁸⁰ doit être tenu pour vrai. La jurisprudence anglaise révèle qu'en droit anglais, il s'agit de la fonction de l'*issue estoppel* : ce qui a été décidé par un jugement irrévocable, par exemple l'interprétation d'une clause contractuelle, ne pourra être remis en question à l'occasion d'un autre procès entre les mêmes parties.

l'interdiction sera le plus souvent absolue si la diligence raisonnable commandait de le soulever ou s'il aurait dû être soulevé en tout état de cause ».

³²⁷⁷ *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb, The High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 23 fév. 1965, [1965] 2 W.L.R. 1059, [1966] 1 Q.B. 630, pp. 642 et 643 : « *The final resolution of a dispute between parties as to their respective legal rights or duties may involve the determination of a number of different "issue", that is to say, a number of decisions as to the legal consequences of particular facts, each of which decisions constitutes a necessary step in determining what are the legal rights and duties of the parties resulting from the totality of the facts* ».

³²⁷⁸ *Ibid.*, p. 643 : « *To determine an "issue" in this sense, which is that in which I shall use the word "issue" throughout this judgment, it is necessary for the person adjudicating upon the issue first to find out what are the facts, and there may be a dispute between the parties as to this. But while an issue may thus involve a dispute about facts, a mere dispute about facts divorced from their legal consequences is not an "issue"* » ; « *Pour déterminer une "question" dans ce sens, qui est celui dans lequel j'utiliserai le mot "question" tout au long de cet arrêt, il est nécessaire que la personne qui se prononce sur la question découvre d'abord quels sont les faits, et il peut y avoir un désaccord entre les parties à ce sujet. Mais si une question peut ainsi impliquer un désaccord sur les faits, un simple désaccord sur les faits, détachés de leurs conséquences juridiques, ne constitue pas une "question"* ».

³²⁷⁹ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018.

³²⁸⁰ *Civ. 2^{ème}*, 8 juill. 2004, n° 02-15893, *Bull. civ.* n° 352, *RTD civ.*, 2004, p. 775, obs. R. PERROT : « *La notion de décision "définitive", qui peut être attaquée par une voie de recours, doit être distinguée de celle de décision "irrévocable", qui ne peut plus être remise en cause par l'exercice d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire* »

774. Le changement de circonstances factuelles ou juridiques, une exception à l'autorité de la chose jugée. Par exception, si de nouveaux éléments surviennent qui sont susceptibles de modifier le sens dans lequel cette question a été tranchée, le justiciable peut à nouveau soulever cette question devant une seconde juridiction. Autrement dit, le principe de *res judicata*, composé à la fois de la *cause of action estoppel* et de l'*issue estoppel*, ne s'oppose pas à ce qu'un justiciable soulève une question de fait ou de droit identique à celle posée dans un précédent procès lorsque les circonstances factuelles ou juridiques ont changé. En revanche, elle s'oppose à ce que soient présentés de nouveaux moyens juridiques qui auraient pu être soulevés lors du premier procès pour les mêmes faits. Le principe de *res judicata* ne souffre en réalité d'exceptions que lorsqu'il existe un changement de circonstances, quelle que soit la nature factuelle ou juridique de ces circonstances.

775. La nature de la *cause of action*. Il faut noter une tension entre la définition de la *cause of action* et l'*issue of action*. Cette dernière est une notion plus restreinte que la première car elle en constitue une partie, c'est-à-dire que l'*issue* est une question isolée parmi plusieurs points qui constituent la *cause of action*³²⁸¹. Par exemple, si la *cause of action* réside dans un ensemble de faits dont le demandeur estime qu'ils lui donnent droit à des dommages et intérêts en réparation d'un *breach of contract*, alors il existe une pluralité d'*issues of action*, telles que l'existence d'un contrat valablement formé ou encore l'existence d'un *breach* occasionné par le comportement du cocontractant. Or ces *issues* ne semblent pas de nature purement factuelle. L'*issue estoppel* n'est possible que lorsqu'un premier jugement a été rendu, le juge ayant tranché divers points, y compris les questions de qualification, la qualification étant précisément le « pont entre le fait et le droit »³²⁸². Les *issues* correspondent en réalité à des hypothèses de qualification de faits par le premier juge, autrement dit à des éléments de nature juridique. Or la *cause of action*, composée d'une pluralité d'*issues of action* de nature factuelle ou juridique,

³²⁸¹ Thoday v. Thoday, *England and Wales Court of Appeal*, 19 déc. 1963, [1964] 2 W.L.R. 371, p. 198 : « Il existe de nombreuses causes of action qui ne peuvent être établies qu'en prouvant que deux ou plusieurs conditions différentes sont remplies. Ces causes of action impliquent autant de questions distinctes entre les parties qu'il y a de conditions à remplir par le demandeur pour établir sa cause d'action ; et il peut y avoir des cas où la réalisation d'une condition identique est une exigence commune à deux ou plusieurs causes d'action différentes. Si, au cours d'un litige portant sur une telle cause of action, l'une de ces questions distinctes concernant la réalisation d'une condition particulière est déterminée par un tribunal compétent [...] aucune des parties ne peut, au cours d'un litige ultérieur entre elles portant sur une cause of action qui dépend de la réalisation de la même condition, affirmer que la condition a été réalisée si le tribunal a déterminé dans le premier litige qu'elle ne l'était pas, ou nier qu'elle a été réalisée si le tribunal a déterminé dans le premier litige qu'elle l'était ».

³²⁸² V. *supra* n° 201.

serait de nature exclusivement factuelle³²⁸³. Dans un arrêt rendu en 1873³²⁸⁴, le juge précisa que le demandeur ne pouvait faire valoir qu'il serait propriétaire d'un bien par effet d'un testament dans la mesure où un autre juge avait déjà tranché la question de l'interprétation de ce testament et avait retenu, d'une part, que le testateur possédait en effet des biens à léguer, et d'autre part, avait déterminé l'étendue du legs. Le juge n'utilise pas l'expression *cause of action* ce qui ne permet pas de conclure avec certitude que cette dernière se compose des deux points juridiques tranchés par le juge, mais cela laisse entrevoir un doute sur la nature factuelle de la *cause of action*³²⁸⁵.

Une réponse peut être trouvée dans la pratique. Les sites internet des *solicitors* précisent à leurs éventuels clients que la *cause of action*, nécessaire pour remplir le formulaire destiné à saisir la juridiction compétente³²⁸⁶, correspond à un « *substantive right of action* »³²⁸⁷, à un « *legal right on which a claimant sues* »³²⁸⁸. L'élément juridique est présent dans ces définitions³²⁸⁹ : la définition de la *cause of action* mise en application par les praticiens lorsqu'il s'agit de remplir le formulaire destiné à saisir la juridiction correspond donc à des faits juridiquement qualifiés et non pas aux seuls faits. Néanmoins, force est de constater que lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un *estoppel per rem judicatam*, la conception retenue par les juges est purement factuelle³²⁹⁰.

Cela signifie que les conséquences pratiques de la conception de la chose jugée et de la *res judicata* sont similaires en Angleterre et en France : si les faits sont identiques, la saisine d'un juge pour lui soumettre les mêmes prétentions ne pourra aboutir. À l'inverse, si les faits

³²⁸³ V. *supra* n° 772.

³²⁸⁴ *Collier v. Walter, Court of Chancery*, 20 déc. 1873, [1873] LR 17 Eq. 252.

³²⁸⁵ IDCEL, Université Jean Moulin, « Étude complémentaire. L'étendue de l'autorité de chose jugée en droit comparé », p. 28.

³²⁸⁶ CPR 16.2(1)(a).

³²⁸⁷ [En ligne] <https://hallelis.co.uk/cause-of-action/> (consulté le 16/05/2022)

³²⁸⁸ *Ibid.*

³²⁸⁹ V. aussi : [En ligne] <https://www.wrigleyclaydon.com/blog/glossary/cause-of-action/> (consulté le 16/05/2022) définit la *cause of action* comme : « *Le fondement d'une action en justice fondée sur des bases juridiques et des faits allégués qui, s'ils étaient prouvés, constitueraient tous les "éléments" requis par la loi* » ; « *The basis of a lawsuit founded on legal grounds and alleged facts which, if proved, would constitute all the "elements" required by statute* ».

³²⁹⁰ Neil ANDREWS, « Res judicata and finality: Estoppel in the context of judicial decisions and arbitration rewards », in Kalliopi MAKRIDOU et Georgios DIAMANTOPOULOS (dir.), *Issues of Estoppel and Res judicata in Anglo-American and Greek Law*, Athènes : Sakkoulas Publications, 2014, p. 62 : « *"Cause of action" denotes the set of material facts, or factual matrix, which supports a recognised legal ground for a claim; for example, a cause of action might be the facts which have produced a claim that a defendant has breached his contract [...]* » ; « *La "cause of action" désigne l'ensemble des faits matériels, ou la matrice factuelle, qui soutient un fondement juridique reconnu pour une demande ; par exemple, une cause d'action peut être constituée des faits qui ont produit une demande selon laquelle un défendeur n'a pas exécuté son contrat* ».

sont différents, notamment dans l'hypothèse de la possibilité pour le justiciable de présenter de nouveaux éléments de preuve permettant de conclure à l'existence de faits inédits, la seconde saisine d'une juridiction compétente sera possible. Le droit anglais se distingue cependant par la sévérité de la règle tirée de l'arrêt *Henderson* qui empêche le justiciable de présenter de nouvelles demandes.

776. L'extension à la concentration des demandes. L'arrêt *Henderson v. Henderson*³²⁹¹ rendu par la *Court of Chancery* en 1843 pose un principe qui va au-delà de la simple concentration des moyens³²⁹². Le juge posa explicitement la règle selon laquelle « *lorsqu'une question donnée fait l'objet d'un litige et d'une décision de la juridiction compétente, celle-ci exige que les parties à ce litige présentent l'ensemble de leurs moyens. Il ne permettra pas, sauf dans des circonstances exceptionnelles, aux mêmes parties d'ouvrir le même objet de litige à l'égard d'une question qui aurait pu être présentée comme faisant partie de ce même objet, mais qui ne l'a pas été, uniquement parce que les parties ont, par négligence, inadvertance ou même par accident, omis une partie de leur argumentation. La res judicata s'applique, sauf dans des circonstances exceptionnelles, non seulement aux points sur lesquels les parties ont effectivement demandé au juge de trancher et de se prononcer, mais à tous les points qui relèvent de l'objet du litige et que les parties, en exerçant une raisonnable diligence, auraient pu soulever lors du premier procès* »³²⁹³. Sur la base de ce principe, il fut décidé qu'en l'espèce, le demandeur qui présentait une nouvelle demande en paiement de sommes d'argent qu'il n'avait pas formulée dans le procès précédent l'opposant à la même partie devait être débouté car sa demande était irrecevable. Autrement dit, présenter de nouvelles demandes, en tant que demandeur initial ou défendeur ce qui était le cas en l'espèce, pour les mêmes faits dans un nouveau procès n'est pas possible : le plaideur aurait dû saisir l'occasion du premier

³²⁹¹ *Henderson v. Henderson*, 20 juill. 1843, (1843) 3 Hare 100, 67 ER 313, [1843] UKPC 6.

³²⁹² La règle fut réitérée dans l'arrêt *Taylor v. Lawrence*, *England and Wales Court of Appeal (Civil division)*, 4 fév. 2002, [2002] EWCA Civ 90, n° 6 : « *Les parties à un litige sont censées présenter au juge toutes les questions relatives à ce litige. Si elles ne le font pas, elles ne se verront en principe pas accorder une seconde chance* » ; « *Parties who are involved in litigation are expected to put before the court all the issues relevant to that litigation. If they do not, they will not normally be permitted to have a second bite at the cherry* ».

³²⁹³ *James Wigram V-C in Henderson v. Henderson*, 20 juill. 1843, (1843) 3 Hare 100, 67 ER 313, [1843] UKPC 6, n° 115 : « *In trying this question I believe I state the rule of the Court correctly when I say that, where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of res judicata applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time* ».

procès pour obtenir une décision de justice tranchant plus largement le litige³²⁹⁴. De la même façon, un justiciable qui a obtenu des dommages et intérêts en raison du manquement par son co-contractant à certaines de ses obligations nées d'un contrat de vente immobilière se verrait interdire de demander ultérieurement l'exécution forcée du contrat³²⁹⁵. L'arrêt *Henderson* pose donc un principe de concentration des demandes, la demande étant définie comme « *l'acte de procédure par lequel une personne soumet au juge une prétention* »³²⁹⁶.

En droit français, le principe de concentration des demandes est également apparu notamment dans certains arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation en matière d'arbitrage³²⁹⁷. En outre, ont pu être relevés des arrêts dans lesquels la Cour de cassation a retenu la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée dans le cas de demandes différentes³²⁹⁸. Dans un premier arrêt³²⁹⁹, une banque avait agi contre des époux en paiement d'un solde débiteur de compte de titres joint et les époux avaient formé une demande reconventionnelle de dommages et intérêts visant à réparer leur préjudice causé par diverses fautes imputées à la banque. Les époux agirent ensuite contre la banque en vue d'obtenir, d'une part, le prononcé de la nullité des opérations bancaires effectuées depuis la signature de la convention de compte de titres joint, et d'autre part, la restitution des titres qu'ils possédaient avant ces opérations. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par les époux à l'encontre de l'arrêt. Elle rappela dans un premier temps le principe de concentration des moyens puis

³²⁹⁴ *Johnson v. Gore Wood & Co., House of Lords*, 14 déc. 2000, [2000] UKHL 65 ; [2001] 1 All ER 481, n° 31 : « *The bringing of a claim or the raising of a defence in later proceedings may [...] amount to abuse if the court is satisfied (the onus being on the party alleging abuse) that the claim or defence should have been raised in the earlier proceedings [...]* » ; « *La formulation d'une demande ou d'une défense lors un procès ultérieur peut [...] constituer un abus si le juge est convaincu (la charge de la preuve incombant à la partie qui allègue l'abus) que la demande ou la défense aurait dû être soulevée dans la procédure antérieure [...]* ».

³²⁹⁵ *Meng Leong Development Pte Ltd v. Jip Hong Trading Co Pte Ltd, Privy Council*, 15 oct. 1984, [1985] AC, p. 511 ; [1985] 1 ALL ER, p. 120. V. également : *Yat Tung Investment Co Ltd v. Dao Heng Bank Ltd, Privy Council*, 27 janv. 1975, [1975] UKPC 6, [1975] AC 581 ; *Norman v. Norman, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 3 mars 2017, [2017] EWCA Civ 120 ; [2017] 1 W.L.R. 2554 : la demanderesse arguait d'un changement du droit occasionné par une nouvelle décision de la *Supreme Court* mais les juges retinrent que ce changement n'affectait pas le litige déjà tranché entre les époux de telle sorte que l'épouse n'était pas parvenue à démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à permettre aux juges de se détourner du principe de *res judicata*.

³²⁹⁶ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 336, p. 281.

³²⁹⁷ La demande identique formulée auprès du juge étatique se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence du tribunal arbitral : Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13266, *Bull. civ. I*, 2008, n° 153 ; *D.* 2008. 1629, obs. X. DELPECH ; *D.* 3111, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2008. 551, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 2010. 535, obs. E. LOQUIN ; *JCP* 2008. II. 10170, obs. G. BOLARD ; Civ. 1^{ère}, 12 sept. 2012, n° 11-18530, inédit, *D.* 2012. 2991, obs. T. CLAY ; *RLDC* nov. 2012, p. 69, obs. C. BLÉRY.

³²⁹⁸ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 487, pp. 371s.

³²⁹⁹ *Com.*, 13 juill. 2010, n° 09-67137, inédit, *JCP G*, n° 29-34, 2011, 861, Y.-M. SERINET.

précisa : « *la cour d'appel, qui était saisie par [les époux] d'une demande tendant à la condamnation de la banque au paiement de la somme de 549 465,50 euros représentant non la valeur de titres à restituer mais l'addition du montant des pertes subies en raison des opérations effectuées [...] en a justement déduit [...] que cette demande, peu important que son montant ne fût pas identique à celui de la demande initiale, se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* »³³⁰⁰. La Haute juridiction, amorçant un raisonnement fondé sur le principe de concentration des moyens tel qu'issu de l'arrêt Césareo³³⁰¹, emploie pourtant le terme « demande », laissant planer un doute sur l'élément occasionnant la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. En réalité, il semble qu'en l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation ait utilisé par erreur le terme « demande », au lieu d'employer le terme exact de « moyens ».

En revanche, dans un second arrêt³³⁰², une banque avait assigné en remboursement de divers crédits les cautions qui se contentèrent de discuter en défense la validité et la portée de leurs engagements. Le juge du fond fit droit à la demande de la banque. Les cautions assignèrent ensuite la banque en paiement de sommes identiques à celles qui leur avaient été réclamées au cours du premier procès à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi en raison de divers manquements imputables à la banque. Les juges du fond déclarèrent cette demande irrecevable et les cautions formèrent un pourvoi en cassation. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle rappela le principe de concentration des moyens, puis précisa que « *la cour d'appel [avait] exactement déduit qu'était irrecevable la demande dont elle était saisie, qui ne tendait qu'à remettre en cause, par un nouveau moyen qui n'avait pas été formé en temps utile, la condamnation irrévocable prononcée à [l']encontre* » des cautions. Cet arrêt fait également référence à un « *moyen* » qui aurait dû être soulevé par les cautions lors du premier procès alors qu'elles s'étaient seulement contentées de demander le rejet de la demande de remboursement des sommes sollicitées. Autrement dit, la Cour de cassation reproche aux cautions de ne pas

³³⁰⁰ L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³³⁰¹ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³⁰² Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364, *Bull. civ. I*, 2010, n° 150, *D.* 2010, p. 1780, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2010, p. 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON ; *Dr. et proc.*, 2010, p. 271, obs. C. LEFORT ; *D.*, 2011, p. 406, obs. P. CROCQ ; *D.*, 2011, p. 265, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.*, 2011, p. 586, obs. P. THÉRY ; *JCP G*, n° 43, 2010, act. 1052, E. JEULAND ; *RD bancaire et fin.*, n° 5, 2010, comm. 170, D. LEGAIS.

avoir sollicité la réparation du préjudice sous forme de demande reconventionnelle lors du premier procès.

La position de la Cour de cassation quant au principe de concentration des demandes est incertaine et fut l'objet d'une divergence entre les chambres de la Haute juridiction³³⁰³. Le principe a été explicitement rejeté par la Cour de cassation à travers de multiples arrêts³³⁰⁴. Par exemple, dans un arrêt de 2017 de la deuxième chambre civile³³⁰⁵, les juges eurent à connaître d'un prêt consenti par une banque à une société et garanti par la caution solidaire du gérant de la société. La banque avait exercé des poursuites de saisie immobilière à l'encontre de la caution qui avait invoqué la nullité du prêt souscrit par une société en formation et, en conséquence, la nullité de l'acte de cautionnement. La cour d'appel de Montpellier avait retenu qu'une telle demande était identique à celle sur laquelle elle s'était déjà prononcée dans la mesure où lors de cette précédente instance la caution avait notamment fait valoir que, par application de l'article 2314 du Code civil³³⁰⁶, son cautionnement était dépourvu d'effet. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'ancien article 1351 du Code civil, devenu l'article 1355, en précisant que « *s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits* ». La Cour rappela ensuite l'absence d'identité d'objet entre l'instance tendant à obtenir la décharge de la caution sur le fondement de l'article 2314 du Code civil et celle tendant à obtenir la nullité des contrats de prêt et de cautionnement. Pourtant, deux arrêts de 2020 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ont exigé la concentration des demandes³³⁰⁷ en approuvant les

³³⁰³ Emmanuel JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 43, 2010, act. 1052.

³³⁰⁴ Civ. 2^{ème}, 23 sept. 2010, n° 09-69730, *Bull. civ. II*, 2010, n° 157, *JCP G*, 2010, p. 1052, note E. JEULAND ; Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *D. actu.*, 10 juin 2011, V. AVENA-ROBARDET ; Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, 15-16743 et 15-18595, *Bull. civ. I*, 2016, n° 106, p. 118, *RTD civ.*, 2016, p. 923 P. THÉRY ; *D.*, 2017, p. 422, N. FRICERO ; *JCP G*, n° 48, 2016, doct. 1296, R. LIBCHABER ; *Procédures*, n° 7, 2016, comm. 223, Y. STRICKLER ; Civ. 2^{ème}, 16 mars 2017, n° 16-15426, inédit, *AJDI*, 2017, p. 366, note V. AVENA-ROBARDET ; ³³⁰⁵ Civ. 2^{ème}, 19 oct. 2017, n° 16-24372, inédit. V. également : Com., 8 mars 2017, n° 15-20392, inédit ; Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 57, *D.*, 2015, p. 1369 ; *D.*, 2015, chron. 2198, V. GEORGET ; *RTD civ.*, 2015, p. 869, obs. H. BARBIER ; *JCP G*, n° 27, 2015, act. 788, note Y.-M. SERINET ; *Constr. – Urb.*, n° 9, 2015, comm. 128, C. SIZAIRE ; *LEDC*, n° 8, 2015, p. 1 G. GUERLIN ; *Gaz. Pal.*, n° 190, 2015, p. 21, C. BERLAUD : la Cour rappelle que n'invoquait pas un nouveau moyen à l'appui d'une demande, mais formait une nouvelle demande, la société à l'encontre de laquelle avait été formulée une demande de nullité du contrat de construction de maison individuelle et de restitution de sommes versées au constructeur en exécution du contrat et qui sollicitait le paiement des prestations déjà fournies par elle.

³³⁰⁶ « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

³³⁰⁷ Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58 et Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23370, *Bull. civ. II*, 2020, p. 59, *D. actu.*, 24 avril 2020, note C. BLÉRY ; *D.*, 2020, p. 2198, chron. E. DE LEIRIS ; *Gaz. Pal.*, n° 27,

juges du fond d'avoir constaté l'irrecevabilité de demandes formulées par des défendeurs à la première instance au motif qu'ils auraient en réalité dû invoquer ces demandes comme moyens de défense lors de la première instance.

Néanmoins, deux arrêts de 2022 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation semblent revenir au rejet du principe de concentration des demandes³³⁰⁸. Dans le premier de ces arrêts³³⁰⁹, des dépositaires avaient été assignés par les déposants sur le fondement du contrat de dépôt les obligeant à restituer les œuvres déposées. Dans le cadre de cette première instance, après la restitution, les dépositaires avaient également demandé la condamnation des déposants à leur payer une certaine somme en réparation du préjudice résultant de la vente des trois dernières œuvres restant en litige, demande que le juge du fond rejeta sur le fondement de l'écoulement du délai de prescription. Les déposants agirent ensuite lors d'un second procès en réparation des dommages causés à certaines œuvres restituées. Le juge du fond jugea cette demande irrecevable comme se heurtant à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 1355 du Code civil en précisant que la demande d'indemnisation de l'état détérioré d'une œuvre et la demande d'indemnisation de l'absence de restitution des trois œuvres vendues avaient des objets distincts. Le principe de concentration ferait donc obstacle non pas à une demande tirée des mêmes faits mais à une demande tirée des mêmes faits et ayant le « même objet » que la première. Par conséquent, à la lumière de ces arrêts contradictoires de 2020 et 2022, il est encore possible de trouver instable la position de la Cour de cassation³³¹⁰. En tout état de cause, l'exigence de concentration des demandes est critiquable car elle dessert excessivement le plaideur. Il paraît en outre opportun de l'abandonner car elle altère la notion d'autorité de la chose jugée qui devient l'autorité de la chose non jugée³³¹¹.

En droit anglais, l'appartenance de la règle issue de l'arrêt *Henderson* à la notion de *res judicata* est incertaine. Il est vrai que le juge la mentionne explicitement dans l'arrêt *Henderson*

2020, p. 21, V. EGÉA ; *LEDB*, n° 6, 2020, p. 3, M. MIGNOT ; *LEDC*, n° 4, 2015, p. 6, G. GUERLIN ; *Gaz. Pal.*, n° 12, 2020, p. 35, C. BERLAUD.

³³⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 20-21585, *Bull. civ. II*, 2022, p. 123 et Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 21-13062, *Bull. civ. II*, 2022, p. 128, *D. actu.* 10 juin 2022, obs. N. HOFFSCHIR ; *JCP G*, n° 28, 2022, act. 875, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2022, p. 37, C. BLÉRY.

³³⁰⁹ Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 20-21585, *Bull. civ. II*, 2022, p. 123 ; *JCP G*, n° 28, 2022, act. 875, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2022, p. 37, C. BLÉRY.

³³¹⁰ V. déjà en 2011 : Corinne BLÉRY, « Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence », *Procédures*, n° 2, fév. 2011, alerte 5, n° 3.

³³¹¹ Serge GUINCHARD, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in *De Code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2009, pp. 379 s. V. *infra* n° 780.

et semble considérer que le principe de *res judicata* empêche non seulement le plaideur de soulever des questions déjà tranchées lors d'un premier procès, mais également de soulever de nouvelles questions qui formeraient partie intégrante de l'objet du litige et auraient dû à ce titre être soulevées lors du premier procès. Par conséquent, la notion de *res judicata* comprendrait la règle de l'arrêt *Henderson*³³¹². Néanmoins, l'expression « *res judicata* » désignant la « chose jugée », il faut noter que cela reviendrait à étendre la notion de chose jugée à des points qui n'ont *in fine* jamais été soulevés devant la juridiction et donc qui n'ont pas été tranchés. Pour cette raison, certains auteurs considèrent que la règle issue de l'arrêt *Henderson* constitue « *un corollaire de la res judicata, mais ce principe ne doit pas être confondu avec un aspect de la res judicata* »³³¹³. Ces auteurs préfèrent considérer que la règle posée par l'arrêt *Henderson* constitue une partie d'une autre notion du droit anglais, nommé l'*abuse of process*³³¹⁴ et visant à garantir une bonne administration des ressources du système judiciaire. À ce titre, il convient de noter un arrêt plus récent s'étant prononcé sur la façon dont le juge devait appliquer la règle issue de l'arrêt *Henderson*. Dans un arrêt de 2002³³¹⁵, la *House of Lords* précisa notamment que la règle de concentrations des demandes ne doit pas être appliquée de façon automatique dès qu'une partie aurait pu, à l'occasion d'un premier procès, formuler une autre demande pour la même affaire. Dans cet arrêt, les juges précisèrent que « [ce serait] *adopter une approche trop dogmatique de ce qui devrait [...] être un jugement large, fondé sur le fond, qui tient compte des intérêts publics et privés en cause et qui tient également compte de tous les faits de l'affaire, en concentrant l'attention sur la question cruciale de savoir si, dans toutes les circonstances, une partie abuse de la procédure du tribunal en cherchant à soulever devant lui la question qui*

³³¹² Et v. en ce sens : Lord MILLETT in *Johnson v. Gore Wood & Co.*, *House of Lords*, 14 déc. 2000, [2000] UKHL 65 ; [2001] 1 All ER 481, pp. 117-118 : « *Sir James Wigram did not consider that he was laying down a new principle, but rather that he was explaining the true extent of the existing plea of res judicata* » ; « *Sir James Wigram ne considérait pas qu'il posait un nouveau principe, mais plutôt qu'il expliquait la véritable portée de l'exception de res judicata telle qu'elle était déjà connue* ».

³³¹³ Neil ANDREWS, « *Res judicata and finality: Estoppel in the context of judicial decisions and arbitration rewards* », in Kalliopi MAKRIDOU et Georgios DIAMANTOPOULOS (dir.), *Issues of Estoppel and Res judicata in Anglo-American and Greek Law*, Athènes : Sakkoulas Publications, 2014, p. 41 ; Gary WATT, « *The Danger and Deceit of the Rule in Henderson v. Henderson: A New Approach to Successive Civil Actions Arising from the Same Factual Matter* », *CJQ*, vol. 19, 2000, p. 292. V. cependant *contra* : Ken R. HANDLEY, « *A closer look at Henderson v. Henderson* », *LQR*, vol. 118, 2002, p. 402 : « *A cause of action estoppel prevents parties re-litigating the cause of action. It not only bars re-litigation of issues that were litigated but, as Wigram V.-C. held, it also bars the litigation of issues that were not litigated [...]* The Henderson principle is therefore fundamental to cause of action estoppel rather than ancillary. It defines the effect of such an estoppel » ; Margaret HEMSWORTH, « *Res judicata: the Henderson v Henderson principle and abuse of process: sketching the landscape* », *CJQ*, 2015, vol. 34, n° 1, p. 52.

³³¹⁴ Neil ANDREWS, « *Res judicata and finality: Estoppel in the context of judicial decisions and arbitration rewards* », in Kalliopi MAKRIDOU et Georgios DIAMANTOPOULOS (dir.), *Issues of Estoppel and Res judicata in Anglo-American and Greek Law*, Athènes : Sakkoulas Publications, 2014, p. 41.

³³¹⁵ *Johnson v. Gore Wood & Co.*, *House of Lords*, 14 déc. 2000, [2000] UKHL 65 ; [2001] 1 All ER 481.

aurait pu être soulevée devant la Cour »³³¹⁶. Autrement dit, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en vue de déterminer le caractère abusif, et donc irrecevable, d'une demande qui aurait pu être formulée dès le premier procès. Cette analyse permet effectivement de rattacher la règle de l'arrêt *Henderson* à la notion plus large d'*abuse of process*.

777. L'*abuse of process*. La notion de *res judicata* n'est pas aisée à distinguer d'une autre notion rencontrée fréquemment en droit procédural anglais : l'*abuse of process* qui fait également obstacle à l'examen de la demande par le juge. L'arrêt *Hunter v. Chief Constable*³³¹⁷ rendu par la *House of Lords* en 1981 constitue le *precedent* en la matière. Lors de leur procès pénal, les poseurs de bombe du pub de Birmingham contestaient la recevabilité de leurs aveux au motif qu'ils avaient été induits par la violence et les menaces commises par les policiers. Le juge estima que les aveux étaient volontaires et les déclara recevables de telle sorte qu'ils furent présentés au jury. Les prévenus furent reconnus coupables et condamnés à l'emprisonnement à vie. Ils assignèrent la police et le ministère de l'Intérieur en vue d'obtenir des dommages et intérêts en réparation des dommages subis par les agressions alléguées lors du procès pénal. La *House of Lords* retint qu'une telle action s'analysait en un *abuse of process* et devait être rejetée sans être examinée au fond. Les *Civil Procedure Rules* prévoient aujourd'hui que le juge anglais peut « écarter » la demande du plaideur si elle constitue un « *abuse of process* »³³¹⁸.

La distinction entre la *res judicata* et l'*abuse of process* réside dans le champ d'application de ces deux notions. Alors que la *res judicata* repose entièrement sur l'identité de *causes of action*, la définition de l'*abuse of process* est extrêmement large en droit anglais. Bien qu'elle comprenne la question du double contentieux, elle ne s'y limite pas et ses applications sont par conséquent extrêmement variées³³¹⁹. Elle correspond en réalité au « pouvoir inhérent que tout tribunal doit posséder pour empêcher l'utilisation abusive de la procédure d'une

³³¹⁶ Lord BINGHAM OF CORNHILL in *Johnson v. Gore Wood & Co.*, *House of Lords*, 14 déc. 2000, [2000] UKHL 65 ; [2001] 1 All ER 481, p. 31 : « *That is to adopt too dogmatic an approach to what should in my opinion be a broad, merits-based judgment which takes account of the public and private interests involved and also takes account of all the facts of the case, focusing attention on the crucial question whether, in all the circumstances, a party is misusing or abusing the process of the court by seeking to raise before it the issue which could have been raised before* ».

³³¹⁷ *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands*, *House of Lords*, 19 nov. 1981, [1982] A.C. 529, [1981] 3 W.L.R. 906, [1981] 3 All E.R. 727.

³³¹⁸ CPR 3.4(2)(b) : « *The court may strike out a statement of case if it appears to the court— [...] that the statement of case is an abuse of the court's process* ».

³³¹⁹ Justice SMITH in *Terry Allsop v. Banner Jones Ltd*, *England and Wales Court of Appeal*, 8 janv. 2021, [2021] EWCA Civ 7 ; [2022] Ch. 55 ; [2021] 3 W.L.R. 1317, n° 30 se fondant sur Lord DIPLOCK in *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands*, *House of Lords*, 19 nov. 1981, [1982] A.C. 529, [1981] 3 W.L.R. 906, [1981] 3 All E.R. 727, p. 536.

manière qui, bien qu'elle ne soit pas incompatible avec l'application littérale des règles de procédure, serait néanmoins manifestement injuste pour une partie au litige, ou discréditerait l'administration de la justice au regard des personnes sensées. Les circonstances dans lesquelles un *abuse of process* peut survenir sont très variées »³³²⁰. Par exemple, dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 1999³³²¹, les juges purent constater que le demandeur avait déjà agi contre le défendeur sur le fondement de la *negligence* en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Dans le second procès, il agissait pour les mêmes faits sur de nouveaux fondements juridiques dont certains étaient contradictoires avec la *negligence* invoquée lors du premier procès. Le défendeur fit valoir l'existence d'un *abuse of process*. La Cour retint qu'il n'existe pas nécessairement un *abuse of process* dans le cas d'une deuxième demande qui aurait pu être incluse dans une demande antérieure ou qui est incompatible avec celle-ci : il aurait fallu pour cela agir sous l'angle de la *res judicata*. Pour démontrer un *abuse of process*, il appartenait au défendeur de démontrer un élément additionnel résidant dans la volonté de harceler l'une des parties, une forme de malhonnêteté, ou une intention de minimiser les effets de la première décision rendue en cherchant à en obtenir une seconde.

L'*abuse of process* est si largement conçu qu'il comprend notamment des hypothèses qui sont traitées en droit français sous l'angle de l'intérêt à agir. Par exemple, un juge français peut déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt à agir l'action en justice poursuivant un but dérisoire. En vertu de l'adage *de minimis non curat praetor*, il n'a pas à connaître de prétentions dérisoires ou vaines³³²². Dans un arrêt rendu en 2021 par la *High Court of Justice*³³²³, le juge prit la décision de « *ne pas statuer sur la demande* »³³²⁴ visant au respect par le défendeur d'une

³³²⁰ Lord DIPLOCK in *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands*, *House of Lords*, 19 nov. 1981, [1982] A.C. 529, [1981] 3 W.L.R. 906, [1981] 3 All E.R. 727, p. 536 : « *It concerns the inherent power which any court of justice must possess to prevent misuse of its procedure in a way which, although not inconsistent with the literal application of its procedural rules, would nevertheless be manifestly unfair to a party to litigation before it, or would otherwise bring the administration of justice into disrepute among right-thinking people. The circumstances in which abuse of process can arise are very varied [...]* ».

³³²¹ *Bradford & Bingley Society v. Seddon*, *England and Wales Court of Appeal*, 11 mars 1999, [1999] EWCA Civ 944.

³³²² TGI Toulouse, 21 déc. 1964, *D.*, 1965, p. 401, C. DEBBASCH : en l'espèce, un téléspectateur faisait valoir qu'un programme lui déplaisait sans discuter le contenu de l'information présentée ; sa demande fut jugée irrecevable pour défaut d'intérêt à agir.

³³²³ *Pharmagona Ltd v. Taheri & Anor*, *High Court of Justice*, 21 sept. 2021, [2021] EWHC 2537 (Ch). V. pour le *precedent* selon lequel une demande dérisoire constitue un *abuse of process* sur le fondement de l'*overriding principle* posé par les *CPR* : *Sectorguard plc v. Dienne plc*, *High Court of Justice*, 3 nov. 2009, [2009] EWHC 2693 (Ch), n° 44 : « *it is an abuse of process to pursue litigation where the value to the litigant of a successful outcome is so small as to make the exercise pointless, viewed against the expenditure of court time and the parties' time and money engaged by the undertaking* » ; « *il s'agit d'un abuse of process d'intenter une action lorsque la valeur d'un résultat favorable au demandeur est si faible qu'elle rend l'exercice futile compte tenu de la dépense de temps du tribunal et du temps et de l'argent des parties engagés dans l'entreprise* ».

³³²⁴ *To strike out a claim.*

décision de gel de fonds dans la mesure où le défendeur était devenu insolvable et que la demande était vaine³³²⁵.

Ces constatations sur l'évolution et l'utilisation des notions de chose jugée et de l'objet du litige éclairent sa véritable fonction au sein de droit français et du droit anglais.

B) La véritable fonction de la définition de l'objet du litige

778. L'importance de l'objet du litige : l'arrêt Césareo. En droit français, l'objet du litige est une notion devenue particulièrement décisive depuis l'arrêt Césareo³³²⁶ qui a redéfini la notion de cause de la demande et opéré son assimilation aux seuls faits, par opposition aux faits juridiquement qualifiés. En l'espèce, le demandeur se prétendait titulaire d'une créance de salaire différé sur la succession de son père pour avoir travaillé sans rémunération pour celui-ci. Il avait assigné sur ce fondement son frère, en sa qualité de seul autre cohéritier du défunt, en paiement d'une somme d'argent. Un premier arrêt avait rejeté cette demande au motif que l'activité professionnelle litigieuse n'avait pas été exercée au sein d'une exploitation agricole. Le demandeur avait de nouveau assigné son frère en paiement de la même somme d'argent, cette fois sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La cour d'appel d'Agen retint l'existence d'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée au jugement rejetant la première demande. L'autorité de chose jugée supposant trois identités, celle d'objet, de cause et de parties³³²⁷, le demandeur forma un pourvoi en cassation en faisant valoir que l'identité de cause faisait défaut, de telle sorte que la chose n'avait pas déjà été jugée par le premier jugement. Le pourvoi fut rejeté par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au motif que la cour d'appel avait exactement déduit que « [le demandeur] *ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* ». L'arrêt Césareo impose donc aux plaideurs le principe de concentration des moyens de droit, c'est-à-dire des « *fondement[s]*

³³²⁵ En revanche, en droit anglais, il n'est pas permis au juge d'écarter la demande en raison de son caractère dérisoire : *Devaraja v. Roy*, *High Court of Justice* 22 fév. 2008, [2008] EWHC 464 (QB) : le juge n'a pas le pouvoir de mettre fin au procès au motif qu'il en jugerait l'enjeu insignifiant.

³³²⁶ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³²⁷ Art. 1335 du C. civil.

juridique[s], raison[s] tirée[s] d'une règle de droit propre[s] à justifier la demande »³³²⁸. Dans l'affaire Césareo, le plaideur avait tenté de faire valoir un nouveau moyen de droit en proposant le fondement juridique de l'enrichissement sans cause pour appuyer sa demande de paiement de sommes d'argent.

L'arrêt Césareo, dont la solution a depuis été confirmée³³²⁹, a donné lieu à de très nombreuses analyses qui concluent à une modification de la notion de cause visée par l'article 1351 du Code civil³³³⁰. Traditionnellement, la notion de cause était conçue plus strictement, ainsi qu'en témoigne un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation de 1994³³³¹. En

³³²⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 555, p. 463.

³³²⁹ V. notam. : Civ. 2^{ème}, 12 mars 2009, n° 08-11925, *Bull. civ. II*, 2009, n° 69, *Cah. Soc.*, n° 211, 2009, p. 161, F. HANNE ; Civ. 2^{ème}, 18 oct. 2007, n° 06-13068, inédit, *Procédures* 2007, n° 12, comm. 274, R. PERROT ; *RD bancaire et fin.*, n° 6, 2007, 220, D. LEGEAS ; *RTD civ.*, 2008, p. 147, P. THÉRY ; Com. 13 juill. 2010, n° 09-67137, inédit ; Civ. 2^{ème}, 23 sept. 2010, n° 09-69730, *Bull. civ. II*, 2010, n° 147, *RDC*, n° 1, 2011, p. 86, S. CARVAL ; *Banque et droit* 2010, n° 134, p. 25, chron. T. BONNEAU ; *JCP G* 2010, n° 43, 1052, E. JEULAND ; *RTD com.*, 2011, 624 ; *D.*, 2011, p. 265, N. FRICERO ; *D.*, 2011, p. 632, J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON DUMOULIN ; *RTD civ.*, 2011, p. 586, P. THÉRY ; *LEDB*, n° 3, 2010, p. 3, R. ROUTIER : arrêt de cassation sur le fondement de l'absence d'identité d'objet : « l'action en responsabilité intentée contre la banque n'avait pas le même objet que l'action en paiement » ; Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181, *RDC*, n° 2, 2011, p. 546, Y.-M. SERINET ; *Resp. civ. et assur.*, n° 2, 2011, p. 33, H. GROUDEL ; *LEDC*, n° 1, 2011, p. 6, G. GUERLIN ; *LEDA*, n° 1, 2011, p. 2, F. PATRIS ; *D.*, 2011, p. 632, J.M. SOMMER et L. LEROY-GISSINGER ; *JCP G*, n° 51, 2010, 1270, J.-J. BARBIÉRI ; *JCP G*, n° 22-23, 2011, doct. 666, Y.-M. SERINET ; *Procédures*, n° 5, 2011, chron. 2, V. MAZEAUD, L. RASCHEL : arrêt de cassation sur le fondement de l'absence d'identité d'objet : « l'action en exécution du contrat d'assurances n'avait pas le même objet que l'action en paiement de dommages-intérêts pour manquement de la société d'assurances à son devoir de conseil » ; Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *LPA* 2011, n° 154, p. 10, comm. G. DEHARO ; *JCP G*, n° 50, 2011, doct. 1397, Y.-M. SERINET ; *D.*, 2011, p. 632, J.-M. SOMMER ; *JCP G*, n° 29-34, 2011, 861, Y.-M. SERINET, *JCP G*, n° 26, 2011, act. 749, G. DEHARO ; *LEDIU*, n° 8, 2011, p. 1, H. HERMAN ; *LEDC*, n° 7, 2011, p. 6 ; *RTD civ.*, 2011, p. 593, obs. R. PERROT ; *D.*, 2012, p. 244, N. FRICERO ; Civ. 3^{ème}, 6 juin 2011, n° 10-18925, *Bull. civ. III*, 2011, n° 105 ; Civ. 2^{ème}, 12 juill. 2012, n° 11-20587, inédit.

³³³⁰ Cédric BOUTY, « Chose jugée – Effets de l'autorité de la chose jugée », in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, mars 2018 (actu. mars 2021), n° 646 ; Roger PERROT, « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? », *RTD civ.*, 2006, p. 825 ; Laura WEILLER, « Renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.*, 2006, p. 2135.

³³³¹ Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7 ; *D.* 1994, 395, concl. M. JÉOL ; *Gaz. Pal.*, 1994, doct. 1241, N. BOULLEZ ; *JCP G*, 1994, II, 22309, note X. LAGARDE ; *RTD civ.* 1995, 177, J. NORMAND, *RTD Civ.* 1995, p. 367, obs. J. MESTRE ; *AJDI*, 1995, p. 45, C. GIRAUDEL. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, n° 93-16147, *Bull. civ. I*, 1995, n° 172, p. 123, *D.*, 1996, p. 121, A. BÉNABENT ; *RDSS*, 1996, p. 342, G. MÉMETEAU ; *RTD civ.*, 1996, p. 155, J. MESTRE : « la décision ordonnant la résiliation de la convention n'impliquait pas nécessairement que la cour d'appel se fût préalablement prononcée sur la question de la validité », absence d'identité de causes entre des faits correspondant à une résiliation fautive d'une convention et des faits correspondant à une convention nulle ; Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, n° 97-19674, *Bull. civ. I*, 2000, n° 11, p. 7, *D.*, 2001, p. 693, L. AYNÈS ; Civ. 1^{ère}, 18 fév. 2003, n° 99-16771, *Bull. civ. I*, 2003, n° 49, p. 38 : « les arrêts de la cour d'appel de Versailles ayant condamné [la caution] en application de son engagement de caution n'avaient pu se prononcer sur la validité de son consentement de sorte que la demande ultérieure de [la caution] en annulation de l'acte de cautionnement pour violence ne portait pas atteinte à l'autorité de chose jugée ». Il ressortait de ces derniers arrêts que le prononcé d'une résiliation d'un contrat ou l'injonction de paiement de sommes sur le fondement d'un contrat ne valaient pas décision de justice se prononçant, même implicitement, sur la validité de la convention de telle sorte que la demande formulée à l'occasion d'un nouveau procès et qualifiant les faits de contrat nul n'était pas irrecevable pour autorité de la chose jugée car la cause, les faits juridiquement qualifiés, n'était pas la même.

l'espèce, la Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel de ne pas avoir retenu la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au motif que « [la demande], *en ce qu'elle tendait à faire prononcer la nullité de la vente en se fondant exclusivement sur le défaut de prix réel et sérieux ne portait pas atteinte à l'autorité de chose jugée* ». La première demande dans le cadre du procès initial tendait également à la nullité de la vente, mais sur le fondement de la réalité et de la validité du consentement. Autrement dit, l'objet de la demande était le même, à savoir la nullité du contrat, mais les faits étaient juridiquement qualifiés différemment. Cette solution correspondait à une conception plus restrictive de la cause.

Depuis l'arrêt Césareo³³³², l'objet du litige, qui correspondrait à la finalité concrète recherchée par le demandeur, est donc devenu l'élément principal de la définition de la chose jugée, élément par lequel un plaideur pourra échapper à la fin de non-recevoir³³³³. Ainsi que le précise l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt Césareo, « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ».

En plus d'avoir été confirmée, l'obligation de concentration des moyens a ensuite été étendue au défendeur. Un arrêt de la chambre commerciale de 2007 précise en effet qu'« *il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel* »³³³⁴. Le terme « demandeur » a été remplacé par le terme « parties » élargissant l'exigence de concentration des moyens. Or l'application du principe de concentration des moyens au défendeur génère des difficultés particulières puisqu'elle engendre en réalité une exigence de concentration des demandes. En effet, si, au cours d'un premier procès, le défendeur oublie de soulever un moyen de défense sous forme de demande reconventionnelle, il ne pourra plus présenter une demande fondée sur celui-ci dans le cadre d'un second procès³³³⁵. Ainsi, la Cour

³³³² Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³³³ Civ. 2^{ème}, 12 juill. 2012, n° 11-20587, inédit : « *l'arrêt retient que l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande* ». L'emphase ne figure pas le texte original.

³³³⁴ Com., 20 fév. 2007, n° 05-18322, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 49, *JCP G*, n° 43, 2007, doct. 200, L. CADDIET ; *Procédures*, n° 6, 2007, comm. 128, R. PERROT.

³³³⁵ Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58 et Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23370, *Bull. civ. II*, 2020, p. 59, *D. actu*, 24 avril 2020, note C. BLÉRY ; *D.*, 2020, p. 2198, chron. E. DE LEIRIS ; *Gaz. Pal.*, n° 27,

de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir retenu que la caution défenderesse en première instance qui se contentait de solliciter des délais de paiement était ensuite irrecevable à agir contre la banque sur le fondement d'un manquement à ses obligations de conseil et de mise en garde³³³⁶.

En raison du principe de concentration des moyens imposé aux parties, le juge s'éloigne de la solution juridique adéquate du litige : il est en mesure d'opposer plus facilement la fin de non-recevoir³³³⁷ tirée de l'autorité de la chose jugée quand bien même le demandeur présenterait, à l'occasion d'un nouveau procès, un nouveau fondement juridique qui serait susceptible d'aboutir. L'arrêt Césareo³³³⁸ a eu pour effet de placer une tâche lourde sur les parties et leurs conseils, et de défaire le juge du fond d'un certain nombre de contraintes, notamment de la tâche de rechercher tous les possibles fondements juridiques susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties³³³⁹, ce qui conduit à l'allongement des conclusions. S'il est certain qu'une telle jurisprudence permet d'éviter les saisines répétées des juridictions, cette restriction de l'office du juge en matière procédurale est critiquable, car elle dessert excessivement le plaideur, d'autant qu'elle s'accompagne d'une lecture contestable de l'article 12 du Code de procédure civile³³⁴⁰.

779. La place du fait et du droit dans la définition du litige. Le droit français et le droit anglais imposent tous deux au juge de relever une forme d'identité de litiges à travers les notions de chose jugée et de *res judicata*. L'objectif est identique et initialement louable : il s'agit d'éviter que les justiciables demandent aux magistrats de se prononcer sur une question déjà tranchée. Or il faut remarquer que la façon d'atteindre cet objectif est assez similaire en France et en Angleterre. Quoique le droit anglais aille jusqu'à instaurer une forme de

2020, p. 21, V. EGÉA ; *LEDB*, n° 6, 2020, p. 3, M. MIGNOT ; *LEDC*, n° 4, 2015, p. 6, G. GUERLIN ; *Gaz. Pal.*, n° 12, 2020, p. 35, C. BERLAUD. Sur la concentration des demandes, v. *infra* n° 776.

³³³⁶ Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ.* II, 2021, p. 47, *D. actu.*, 22 juill. 2021, obs. N. HOFFSCHIR ; *Procédures*, n° 10, 2021, comm. 244, Y. STRICKLER ; *RD banc. et fin.*, n° 5, 2021, comm. 123, D. LEGEAIS ; *Deffrénois*, n° 47, 2021, p. 29, S. CABRILLAC ; *LEDC*, 2021, n° 8, p. 6, G. GUERLIN ; *LEDB*, 2021, n° 8, p. 5, M. MIGNOT.

³³³⁷ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 496 : « *Moyen de défense par lequel le plaideur, sans engager le débat sur le fond, soutient que son adversaire est irrecevable à agir en justice [...] Elle vise à mettre un terme définitif à l'action* ».

³³³⁸ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G*, 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³³⁹ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 591, p. 493.

³³⁴⁰ V. *infra* n°s 849s.

concentration des demandes, les deux systèmes définissent de façon large la notion de chose jugée ce qui permet d'assurer l'efficacité du mécanisme qui consiste à exiger des parties de concentrer tout le litige dans un seul procès. Il est possible de définir la chose jugée par référence aux seuls faits qui la composent, par référence aux seules qualifications et règles juridiques susceptibles de s'y appliquer, ou par référence à ces deux éléments conjoints, fait et droit. La dernière conception s'analyse en une conception restreinte de la chose jugée qui a pour conséquence de limiter les cas d'identité de litige, ce qui aurait été d'une efficacité moindre pour atteindre l'objectif recherché. La définition du litige par référence aux seuls faits correspond donc à une conception plus large adoptée par le droit français et par le droit anglais. En France, l'arrêt Césareo³³⁴¹ fait une place primordiale aux faits dans la définition de la cause, élément de définition du litige. En Angleterre, la *cause of action* qui permet de déterminer l'existence d'un *estoppel per rem judicatam* correspond aux seuls faits, indépendamment de leur qualification juridique.

780. La chose non jugée. Les notions d'objet du litige et de *cause of action*, définies par référence aux seuls faits, conditionnent les notions d'autorité de chose jugée et de *res judicata*. En outre, en France le « glissement d'une concentration des moyens vers une concentration des demandes »³³⁴² sanctionné par la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée et consacré en Angleterre par l'arrêt *Henderson* renforce l'idée d'une chose jugée largement définie³³⁴³. Que l'arrêt *Henderson* se rattache à la notion de *res judicata* ou à celle d'*abuse of process*, il impose assurément une règle particulièrement préjudiciable aux plaideurs. La conception de la chose jugée en France comme en Angleterre est si étendue qu'elle comprend en réalité ce qui n'a pas été jugé. Cela est critiquable, car le plaideur est ainsi empêché, sur le fondement d'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, de soumettre au juge une prétention qui n'a pourtant jamais été envisagée. Il ne devrait donc en principe pas être possible de parler de « chose jugée » dans un tel cas, mais plutôt de forclusion procédurale. La

³³⁴¹ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³⁴² Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *Gaz. Pal.*, n° 63, 2012, p. 20, S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*, n° 50, 2011, doct. 1397, Y.-M. SERINET ; *LEDEN*, n° 11, 2011, p. 4, N. BORGA ; *LEDC*, 2011, n° 11, p. 5, G. GUERLIN ; *RTD com.*, 2012, p. 851, A. MARTIN-SERF ; *JCP G*, n° 20-21, 2012, doct. 626, P. SIMLER ; *Procédures*, n° 1, 2012, comm. 15, B. ROLLAND ; *RD banc. fin.*, n° 1, 2012, 14, D. LEGEAS ; *JCP E*, n° 51-52, 2011, 1922, B. ROLLAND ; *JCP E*, n° 26, 2012, 1422, P. SIMLER.

³³⁴³ Serge GUINCHARD, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in *De Code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2009, pp. 379 s.

forclusion est une perte, en principe par l'expiration d'un délai, de la faculté d'accomplir une formalité en vue de faire valoir un droit³³⁴⁴. Il est possible de considérer que l'action en justice d'une partie soit forclosée en cas d'identité du litige conçue largement par référence à une cause uniquement composée des faits dépourvus de leur qualification juridique. Autrement dit, il est possible d'accepter la jurisprudence Césareo³³⁴⁵ en évinçant la question de la chose jugée du débat, car elle n'y a pas sa place. Cela doit également conduire à retenir l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de droit susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties, dans le respect du principe du contradictoire. Or cette obligation n'existe pas dans le système français ni dans le système anglais, ce qui regrettable³³⁴⁶.

781. La véritable fonction de la définition de l'objet du litige et de la cause of action.

Les décisions étudiées montrent que l'objectif de la *res judicata* en droit anglais est identique à celui du principe de l'autorité de la chose jugée en droit français. Il s'agit d'abord d'éviter aux juges d'employer du temps et de l'énergie à trancher un litige qui a déjà été tranché³³⁴⁷, mais il s'agit aussi de permettre « *la paix et de la tranquillité dans une communauté par la création de certitude dans les relations entre les hommes* ». Autrement dit, ce sont des conceptions opportunistes de l'autorité de la chose jugée et de la *res judicata* qui ont été retenues en fonction des objectifs poursuivis à savoir l'économie de moyens des tribunaux ainsi que la sécurité juridique. L'objectif de désengorgement des tribunaux influence les contours qui sont donnés à certaines notions du droit positif anglais et du droit positif français. Cela est particulièrement vrai pour l'arrêt Césareo dans la définition de l'autorité de la chose jugée, le choix semblant politique plus que juridique³³⁴⁸.

³³⁴⁴ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 351.

³³⁴⁵ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³³⁴⁶ V. *infra* n°s 861s.

³³⁴⁷ E. Hall WILLIAMS, « Res Judicata in Recent Cases », *MLR*, 1950, vol. 13, n° 3, 1950, p. 307 ; *Virgin Atlantic Airways Ltd v. Zodiac Seats UK Ltd*, *Supreme Court of the United Kingdom*, 3 juill. 2013, [2013] UKSC 46, n° 26 : il s'agit de mettre en œuvre « *la politique essentielle contre le traitement judiciaire de demandes identiques* » ; « *the core policy against the re-litigation of identical claims* ».

³³⁴⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 592, p. 494. V. *contra* : Loïc CADIEU, « Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes », *JCP G*, n° hors-série « Quatre-vingts ans de la Semaine juridique », 2007, 100011 : la solution est acceptable pour cette même raison relative à « *l'économie des procédures* ».

Le rapport de l'avocat général, dans l'affaire Césareo, soulignait qu'il existe « *des règles qui permettent d'éviter le morcellement du procès sans abandonner la conception étroite du concept de cause* »³³⁴⁹, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de la définir par seule référence aux faits. Il cite parmi ces mécanismes l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose que « *le juge tranche le litige selon les règles qui lui sont applicables* ». Or pour que cette règle lutte efficacement contre le morcellement du procès, il conviendrait d'instituer une véritable obligation du juge d'appliquer la règle juridique idoine même si les parties ne l'ont pas invoquée, dans le respect du contradictoire. Ainsi, même avec une conception large de la cause, il aurait utilement pu être reproché au juge d'avoir méconnu son office de trancher le litige en vertu des règles qui lui sont applicables dans l'hypothèse où l'une des parties n'aurait pas soulevé un fondement juridique lui permettant d'obtenir gain de cause. Le juge devrait avoir l'obligation de soulever la possibilité d'une qualification alternative. Or la Cour de cassation³³⁵⁰ retient une simple faculté offerte au juge de changer la dénomination ou le fondement juridique et d'en faire débattre contradictoirement les parties³³⁵¹. Le maintien de cette jurisprudence, associé à la probabilité élevée de voir déclarer irrecevable pour fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée la nouvelle demande fondée sur de nouveaux moyens juridiques, est très préjudiciable au justiciable³³⁵². En outre, ces éléments sont en contradiction avec ce que semble être l'office du juge, à savoir dire le droit pour résoudre un conflit. Si l'un des plaideurs souhaite faire valoir une nouvelle demande qu'il n'a pas introduite lors d'un premier procès, l'office du juge est de se prononcer sur cette demande pour épuiser toutes les potentialités du conflit. En réalité, l'idéal serait que le juge relève d'office, dès le premier procès, la règle de droit applicable. La chose serait alors véritablement, et efficacement, jugée. En droit allemand, en vertu du paragraphe 139 ZPO³³⁵³, le juge a « *l'obligation de poser les questions, de procéder aux éclaircissements nécessaires et d'attirer l'attention des parties sur les points qu'elles ont manifestement omis ou jugés à tort insignifiants, ou encore sur les moyens de droit qu'il*

³³⁴⁹ Christian CHARRUAULT, « Rapport », p. 17.

³³⁵⁰ V. pour des ex. en matière contractuelle : Civ. 3^{ème}, 3 avril 1997, n° 95-15637, *Bull. civ.* III, 1997, n° 75, p. 51, *RTD civ.*, 1998, p. 461, J. NORMAND ; Civ. 3^{ème}, 4 juin 1997, n° 95-18845, *Bull. civ.* III, 1997, n° 125, p. 84, *RDI*, 1997, p. 460, C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *RDI*, 1997, p. 589, P. MALINVAUD ; Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2005, n° 04-12824, *Bull. civ.* III, 2005, n° 118, p. 109, *JCP G*, n° 28, 2005, IV, 2612, M.-C. ROUAULT.

³³⁵¹ En réalité, il existe des infléchissements de cette position d'interprétation de l'art. 12 comme prévoyant une simple faculté, mais ces exceptions sont isolées et difficiles à justifier car elles échappent au principe posé par la Cour de cassation sans qu'il soit facile de déterminer ce qui justifie un tel infléchissement de la règle : v. *infra* n° 864 à propos d'arrêts de la Cour de cassation censurant les décisions de juges du fond se bornant à rejeter la demande fondée sur la garantie des vices cachés sans rechercher d'office l'existence d'un dol.

³³⁵² V. *infra* n° 861.

³³⁵³ *Zivilprozessordnung* qui contient les règles de droit relatives à la procédure civile, à l'image du Code de procédure civile français ou des *Civil Procedure Rules* anglaises.

envisage de relever d'office »³³⁵⁴. Le droit allemand adopte donc une conception plus large de l'office du juge qui a une maîtrise renforcée du droit pendant le procès. La faculté pour le juge français de rouvrir les débats de façon à inviter les parties à s'exprimer sur certains éléments lui permettrait d'adopter une posture similaire vis-à-vis de l'application du droit au litige. Néanmoins, cela suppose un véritable concours des parties lors de la réouverture des débats qui a déjà pour défaut de rallonger la procédure : les parties doivent alors répondre aux questions posées par le juge sans se contenter de répéter leurs précédentes conclusions. À défaut de ces diligences, la procédure de réouverture des débats ne permet pas au juge d'éclairer véritablement son raisonnement juridique par les observations des parties. Le respect du principe du contradictoire serait formellement observé, puisque les parties auront été invitées à présenter leurs remarques, mais sans que ce délai de réouverture des débats apporte beaucoup à la question du droit applicable au litige.

Dans le droit positif français, la conception large de la cause facilite considérablement la tâche du juge qui peut plus aisément constater la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, la conception large de la cause par seule référence aux éléments factuels du litige, retenue pour désengorger les tribunaux, semble difficilement soutenable eu égard à la mission du juge de trancher le litige selon les règles qui lui sont applicables. La définition des facultés offertes au juge et des obligations pesant sur lui doit s'adapter aux missions du juge et non l'inverse. Pour que le juge respecte sa mission de trancher le litige selon les règles applicables, il faut ou bien offrir la possibilité aux parties d'apporter de nouveaux fondements à l'occasion d'un second procès à propos des mêmes faits, cela étant moins judicieux sur le plan de l'économie procédurale, ou bien obliger le juge, à l'occasion de l'unique procès qui se tiendra pour trancher un litige donné, à exercer pleinement son office de juge du droit, tel qu'énoncé par l'article 12 du Code de procédure civile.

Outre la définition de l'objet du litige, les parties ont également par principe la maîtrise des faits qui constitue la matière litigieuse.

§ 2 – La maîtrise des faits par les parties

³³⁵⁴ Frédérique FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Actes du Colloque de Caen*, du 20 janv. 2012, *Procédures*, n° 3, 2012, n° 21.

782. Les faits et la preuve des faits. Il revient aux parties de présenter au juge les faits qui composent le litige qui les oppose (A) mais également d'apporter la preuve de ces faits, afin que le juge puisse se convaincre de la teneur du litige qui lui est soumis (B).

A) L'allégation de faits entre les mains des parties

783. L'importance des faits. Il est indéniable que « [le] droit applicable au litige dépend des faits du litige, et l'allégation de faits appartient aux parties, et non au juge »³³⁵⁵ en France comme en Angleterre. Pour le justiciable, le « litige » est avant tout un différend de nature factuelle, un conflit concret traduit en langage juridique, le plus souvent par un conseil³³⁵⁶, en vue d'être tranché par l'autorité judiciaire. En France, l'article 9 du Code de procédure civile prévoit que les parties ont la charge de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions. L'allégation de faits a pour effet de limiter l'office du juge en ce qu'il est cantonné dans son raisonnement aux faits dont il prend connaissance à travers les conclusions des parties. Il convient de clarifier les différents types de faits susceptibles d'être portés à la connaissance du juge.

784. Les faits allégués par les parties. En vertu de l'article 6 du Code de procédure civile, « les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder [leurs prétentions] ». Dans le cadre du procès, tous les faits n'ont pas la même valeur et la même importance. L'article 7 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose que : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». Par exemple, dans un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation³³⁵⁷, le conseil des prud'hommes, pour évaluer la somme due au salarié pour l'entretien de ses vêtements professionnels, s'était fondé sur une recherche réalisée à partir de différents sites internet et portant sur la consommation en électricité et en eau nécessaire au fonctionnement d'un lave-linge et le coût de la poudre à laver. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation de l'article 7 du Code de procédure civile,

³³⁵⁵ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 195 : « C'est une chose de dire que le juge peut, sous réserve de respecter le principe du contradictoire, soulever d'office des moyens juridiques. C'en est une autre d'affirmer que cela le rend en réalité maître du droit applicable au litige. Le droit applicable au litige dépend des faits du litige, et l'allégation de faits appartient aux parties, et non au juge ». « It is one thing to say that, subject to observance of the principle du contradictoire, the judge may take points of law of his own motion. It is another thing to say that this makes him the effective master of the law of the case. What I the law of the case depends upon what are the facts of the case and the allegation of facts belong to the parties, not the judge ».

³³⁵⁶ La représentation étant parfois obligatoire, notamment devant les cours d'appel, cf. art. 901 CPC.

³³⁵⁷ Soc. 5 déc. 2012, n° 11-21113, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 325, *Procédures*, 2013, comm. 154, obs. A. BUGADA ; *JCP S*, n° 8, 2013, 1090, L. DRAI.

reprochant au juge du fond d'avoir retenu « *des éléments qui n'étaient pas dans le débat* »³³⁵⁸. Les éléments factuels qui ne seraient pas invoqués par les parties sont donc indisponibles pour le juge³³⁵⁹. Ce dernier est limité par l'allégation de faits qui demeure entre les mains des parties et la distinction entre les faits qui « *sont dans le débat* » et les faits « *qui ne sont pas dans le débat* » revêt une importance particulière pour fixer les contours de l'office du juge en matière procédurale.

Le juge anglais ne connaît pas la notion de « *faits dans le débat* ». Il raisonne en termes de « *material facts* »³³⁶⁰ et des « *éléments servant à la preuve des faits essentiels* »³³⁶¹. Les *material facts*, également nommés « *facts in issue* » ou « *facta probanda* »³³⁶², sont « *les éléments de fait qu'une partie doit prouver en vue de gagner le procès* »³³⁶³ et qui sont fixés par la règle de droit, autrement dit par le droit substantiel. Cela ressemble fort aux faits allégués au service des prétentions des parties tels qu'ils sont désignés en France. Le plaideur doit établir l'existence d'une situation factuelle en vue d'obtenir gain de cause. Par exemple, une partie qui souhaite obtenir la révision judiciaire du contrat pour imprévision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil devra établir l'existence d'un changement de circonstances imprévisibles ainsi que l'échec des renégociations contractuelles. Ces éléments constituent des *material facts* décisifs susceptibles d'emporter la conviction du juge.

L'existence de ces faits sera établie par la communication de pièces, telles que la copie d'échanges de courriels entre les contractants. Ces pièces constituent les « *éléments servants à la preuve des faits essentiels* » également nommés « *evidentiary facts* » ou « *factum probandum* »³³⁶⁴. Il s'agit de faits concourant à la preuve de faits essentiels. Par exemple, si une partie cherche à démontrer l'échec des renégociations contractuelles, elle pourra établir l'existence de courriels adressés à son cocontractant et restés sans réponse. Le juge sera donc probablement enclin à considérer que cet élément factuel, des courriels restés sans réponse,

³³⁵⁸ V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 8 juin 2010, n° 09-10465 : la cour d'appel était saisie d'une demande en fixation de l'indemnité due aux époux propriétaires au titre d'une expropriation les concernant. Pour fixer le montant de l'indemnité, la cour s'était fondée sur ses décisions antérieures concernant des hangars plus grands, situés dans le même quartier que la propriété en l'espèce, mais en beaucoup plus mauvais état. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation de l'art. 7 du CPC dans la mesure où les juges du fond s'étaient fondés sur « *un terme de comparaison qui n'était pas dans le débat* ».

³³⁵⁹ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2021, n° 757, p. 383.

³³⁶⁰ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 195.

³³⁶¹ *Ibid.*, p. 195 : « *facts by which those facts are to be proved* ».

³³⁶² Ian H. DENNIS, *The Law of Evidence*, 5^{ème} éd., Sweet and Maxwell, 2013, n° 1-005, p. 6.

³³⁶³ *Ibid.*, n° 1-005, p. 6.

³³⁶⁴ *Ibid.*, n° 1-007, p. 8.

permet d'établir l'élément factuel essentiel, à savoir l'échec des renégociations contractuelles. Les *evidentiary facts* seront souvent à la fois des faits dont l'existence sera alléguée et prouvée par les parties au moyen d'éléments de preuve divers, mais également un moyen d'apporter la preuve du fait essentiel.

785. Les faits adventices, non invoqués au soutien d'une prétention. L'alinéa 2 de l'article 7 du Code de procédure civile autorise le juge à « *prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* ». Cette disposition augmente la marge de manœuvre du juge. Les faits qui ne sont pas spécifiquement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions sont nommés « *faits adventices* »³³⁶⁵ et sont susceptibles de fonder la décision du juge. Ils sont portés à la connaissance du juge par le biais des pièces du dossier sans que les parties en aient tiré de conséquences juridiques³³⁶⁶. La possibilité laissée au juge de se fonder sur les faits adventices lui octroie un pouvoir considérable. Le fait adventice ignoré par le juge demeure un fait hors du débat.

786. Les faits extrinsèques. En outre, il est interdit au juge de se fonder sur des faits dont il aurait connaissance, mais qui n'ont pas été mentionnés par les parties. Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 4 février 2021³³⁶⁷, cette dernière a infirmé un jugement rendu par le tribunal au motif que ce dernier s'était fondé sur des éléments extrinsèques au débat. En l'espèce, un prêteur professionnel avait assigné un emprunteur en vue d'obtenir le paiement du solde restant dû après déchéance du terme. Le juge de première instance avait estimé que la déchéance du terme n'était pas acquise au motif que la banque ne justifiait pas de l'envoi effectif d'un courrier produit aux débats et intitulé « *dernier avis avant remise au contentieux* ». La cour d'appel de Paris précisa qu'il était « *manifeste que le fait allégué - le défaut d'envoi d'une mise en demeure préalable au prononcé de la déchéance du terme - ne résultait pas en l'espèce de la teneur des pièces versées aux débats* », puisque précisément le juge relevait dans le dossier l'existence d'un document valant prononcé de la déchéance du terme et une lettre de mise en demeure antérieure enjoignant à l'emprunteur de régulariser sa situation. Le juge constatait lui-même que l'emprunteur avait été informé du

³³⁶⁵ Henri MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. 235, n° 12.

³³⁶⁶ Quentin ABEL, Valérie DARBON, *et al.*, *Procédure civile. 2020-2021*, Francis Lefebvre, coll. Memento pratique, n° 858, p. 42.

³³⁶⁷ CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 4 fév. 2021, n° 18/19440.

prononcé de la déchéance du terme du contrat. Par conséquent, l'envoi effectif d'un courrier produit en copie constituait un élément non allégué, non discuté par les parties et qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'imposait au demandeur de justifier. La cour d'appel précisa quant au fondement de sa décision : « *il s'induit donc de la combinaison des articles 6, 7 et 472 du code de procédure civile que si le juge peut tirer toutes conséquences de la teneur des pièces qui sont versées aux débats notamment quant à la preuve qui incombe au demandeur seul comparant, il ne peut mettre en œuvre de son propre chef des investigations extrinsèques pour vérifier l'authenticité ou la régularité des faits rapportés par ces pièces* ». Le juge de première instance avait donc excédé ses prérogatives en introduisant une discussion dans le débat sur la question de l'envoi du courrier.

787. Le difficile rapprochement des distinctions française et anglaise. La distinction connue du droit anglais ne serait pas si éloignée de la distinction française entre « faits dans le débat » et « faits qui ne sont pas dans le débat ». En France, la distinction repose sur la place du fait par rapport aux prétentions : un fait dans le débat intervient au soutien exprès d'une prétention, tandis qu'un fait qui n'est pas dans le débat ne vient pas expressément au soutien d'une prétention. Dans ce dernier cas, le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre. En Angleterre, la distinction repose également sur la place du fait par rapport à la prétention : le *material fact* constitue un fait essentiel à établir en vue d'obtenir gain de cause tandis que l'*evidentiary fact* constitue un fait concourant à établir un fait essentiel. Le critère de distinction semble présenter une similitude mais ces deux conceptions demeurent peu comparables.

La jurisprudence et la doctrine anglaises ne mentionnent pas de catégorie de faits qui seraient pour le juge insusceptible de fonder sa décision. En ce qui concerne les faits connus du juge anglais en matière contractuelle, il semblerait que ces faits, à l'exception de l'existence des négociations précontractuelles en matière d'interprétation de la convention³³⁶⁸, soient tout à fait susceptibles de fonder le raisonnement du juge quand bien même il en aurait connaissance par ses propres moyens c'est-à-dire par le biais de recherches qu'il aurait lui-même effectuées. La notion même de « *faits hors du débat* » est absente des études relatives à la procédure ce qui s'explique par l'attachement de la culture juridique anglaise aux faits. Le juge anglais utilise si régulièrement une technique de faisceau d'indices concordants qu'il semblerait artificiel

³³⁶⁸ V. *supra* n^{os} 377s.

d'exclure par principe certains éléments factuels. Cela rend d'ailleurs très étonnante l'exclusion de principe des négociations précontractuelles dans l'interprétation de la convention.

Néanmoins, cette différence ne fait pas obstacle à une certaine concordance entre l'office des juges français et anglais : l'article 7 du Code de procédure civile pose une interdiction de principe qui limite *a priori*³³⁶⁹ l'office du juge au droit, les parties conservant la plus grande maîtrise des faits. Cela se vérifie aussi bien en ce qui concerne le juge français que le juge anglais³³⁷⁰.

Le juge ne connaît les faits qu'à travers la preuve qui lui en est apportée. Les parties doivent donc convaincre le juge de la réalité de la situation factuelle qui constitue leur litige, et chaque partie doit convaincre le juge de la réalité des faits dont elle allègue l'existence et qui sont susceptibles de jouer en sa faveur.

B) Le rôle des parties et du juge en matière probatoire

788. L'importance de la preuve. Il est primordial pour les parties d'apporter des preuves suffisamment nombreuses et convaincantes des faits dont découlent les règles de droit applicables au litige. En France, l'article 9 du Code de procédure civile met à la charge de chacune des parties la tâche de « *prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». L'Angleterre connaît une règle similaire obligeant les parties à procéder à la procédure de *disclosure*³³⁷¹ par laquelle elles sont tenues de communiquer tous les éléments de preuve susceptibles d'établir les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions.

Le standard probatoire, nommé en anglais « *standard of proof* », n'est pas une notion qui apparaît dans le droit positif ou dans les travaux doctrinaux français mais il revêt une importance particulière. Il détermine le degré de concordance des éléments de preuve qu'il revient aux parties de présenter au juge afin de le convaincre de l'exactitude de leur version des faits. En matière civile, le juge anglais doit être convaincu « *on the balance of proof* » tandis qu'il doit être convaincu « *beyond reasonable doubt* » en matière criminelle. Ce seuil de

³³⁶⁹ Ce propos doit être nuancé dans la section qui suit car le juge dispose d'outils qui lui permettent d'ajouter des faits au débat, v. *infra* n^{os} 825s.

³³⁷⁰ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, pp. 185s ; Jacques BORÉ, « Da mihi factum, dabo tibi jus - Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G*, 2009, n^o 41 ; Hervé CROZE, « Da mihi factum jusque », *Procédures*, LexisNexis, 2006, repère 9 ; Jacques DUPICOT, « L'adage "Da mihi factum, dabo tibi jus" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 425s.

³³⁷¹ CPR 31.10 : « *Each party must make and serve on every other party, a list of documents in the relevant practice form* ».

conviction conditionne donc la tâche des parties, et en miroir l'attitude du juge confronté à des preuves insuffisantes : si le juge n'est pas convaincu par la version des faits présentée par l'une des parties, il la débouterait de sa prétention³³⁷². Il s'agit du risque de la preuve.

789. Le risque de la preuve. « [Le] problème de la charge de la preuve [...] est double [...] Il s'agit, en effet, non seulement de savoir qui doit réunir les preuves mais surtout qui perdra le procès dans le cas où la lumière ne sera pas faite »³³⁷³. L'étude des décisions de justice réalisée tout au long de ces travaux révèle qu'en France, le nombre de demandes rejetées en raison, non pas d'un raisonnement juridique erroné, mais de l'absence de preuve suffisante est assez élevé dans le contentieux contractuel³³⁷⁴. Il en ressort que les parties doivent mettre en mesure le juge de se convaincre de la situation factuelle si elles escomptent obtenir gain de cause. En dépit de tout son pouvoir d'appréciation des preuves, le juge ne peut que rejeter la demande s'il manque d'éléments pour acquérir la conviction que la version des faits d'une des parties est conforme à la réalité³³⁷⁵. La conviction du juge de la réalité des faits telle qu'avancée par le demandeur est un élément-clé de l'issue du litige car « [un] droit que l'on ne peut pas prouver est un droit inefficace »³³⁷⁶.

790. La charge de la preuve. L'identification de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle est un élément clé de la délimitation de l'office du juge. Le juge attend de la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve qu'elle lui présente les pièces permettant d'établir les faits essentiels au soutien de sa prétention ou permettant d'établir les faits susceptibles de concourir à l'établissement des faits essentiels. Il arrive cependant que le juge lui-même doive clarifier la charge de la preuve. L'octroi de la charge de la preuve peut se faire par des biais très divers en matière contractuelle. Il est possible de citer, par exemple, la

³³⁷² Étant précisé que le juge ne peut, en l'absence de preuves suffisantes, refuser de statuer sur la prétention sans commettre de déni de justice en violation de l'art. 4 du C. civil. V. par. ex. : Civ. 3^{ème}, 14 mars 2019, n° 18-12767, inédit, *Procédures*, n° 5, 2019, comm. 153, obs. Y. STRICKLER.

³³⁷³ Raymond LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, LGDJ, 1955, spéc. p. 169.

³³⁷⁴ Par ex., pour des diligences ayant donné lieu à une facturation de la part de l'avocat mais dont la preuve n'était pas apportée, v. CA Aix-en-Provence, ch. 1-11, 20 avril 2021, n° 19/16219 ; l'insuffisance de la preuve de l'inexécution imparfaite nécessaire pour l'application de l'art. 1223 nouveau du C. civil a donné lieu à de nombreux arrêts rejetant la prétention du demandeur, v. *supra* n° 749 ; la caution qui sollicite la reconnaissance de la disproportion de son engagement doit apporter la preuve de son patrimoine, de ses revenus et de ses charges et dettes afin de mettre en mesure le juge d'apprécier la disproportion sans quoi le juge devra nécessairement rejeter la demande fondée sur l'art. L. 341-4 du C. de la consommation, v. CA Nancy, 5^{ème} ch. com., 14 avril 2021, n° 18/02883 ; CA Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 14 juin 2021, n° 18/04235.

³³⁷⁵ Cependant, le juge peut ordonner des mesures d'instruction supplémentaire ce qui lui confère un rôle plus dynamique, v. *infra*.

³³⁷⁶ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 553, p. 497.

fixation par la jurisprudence d'une obligation comme obligation de moyen ou de résultat. En matière de bail, la Cour de cassation a pu considérer que l'obligation de sécurité pesant sur le bailleur est de moyens³³⁷⁷, ce qui a pour conséquence de faire peser sur le preneur la charge de montrer que son cocontractant n'a pas mis en œuvre tous les moyens possibles en vue d'honorer ses obligations contractuelles. Elle a ensuite abandonné cette solution dans les contrats spéciaux, estimant finalement que l'obligation de réparation d'un véhicule constituait une obligation de résultat, de telle sorte qu'il revient au débiteur de l'obligation de réparation de prouver la force majeure³³⁷⁸.

En Angleterre, les juges peuvent également être amenés à se prononcer sur la charge de la preuve. Par exemple, dans un arrêt rendu en 1942 par la *House of Lords*³³⁷⁹, un contrat d'affrètement d'un navire avait été conclu. Il n'avait finalement pu être exécuté en raison de l'explosion du bateau survenue avant le trajet prévu. Les affréteurs agirent contre les propriétaires du navire en vue d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'inexécution du contrat. Les propriétaires firent valoir la *frustration* du contrat en raison de l'explosion ce qui les déchargeait de toute responsabilité. Or un contractant ne peut se fonder sur la *frustration* si l'évènement qui a empêché l'exécution du contrat résulte de sa négligence³³⁸⁰ ou de son inexécution contractuelle³³⁸¹. La question était de savoir qui, de l'affréteur ou du propriétaire du navire, devait prouver la négligence du propriétaire ou l'absence de négligence. Les juges renversèrent la décision de la *Court of Appeal* et retinrent que la charge de la preuve devait peser sur les affréteurs, en raison notamment de la difficulté à apporter la preuve d'un élément négatif, en l'espèce l'absence de faute.

791. La procédure de *disclosure* et la mise en état. La production de pièces vise à établir l'existence des faits allégués. En Angleterre, la phase de mise en état était initialement

³³⁷⁷ Civ. 3^{ème}, 21 nov. 1990 n° 89-15922, *Bull. civ.* III, 1990, n° 236, p. 134, *RDI*, 1991, p. 264, G. BRIÈRE DE L'ISLE et J. DERRUPPÉ.

³³⁷⁸ Pour l'obligation de résultat du garagiste réparateur : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n° 06-18350, *Bull. civ.* I, 2008, n° 94, *LPA*, n° 126, 2008, p. 22, L. EL BADAWI ; *LEDC*, 2008, n° 1, p. 3, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 3, 2008, p. 757, S. CARVAL. Pour l'obligation de résultat du bailleur et du réparateur d'ascenseur : Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ.* III, 2009, n° 71, *D.*, 2010, p. 1168, N. DAMAS ; *D.*, 2009, p. 2573, A.-C. MONGE ; *RTD civ.*, 2009, p. 539, P. JOURDAIN ; *D.*, 2009, p. 1083, D. CHENU ; *AJDI*, 2009, p. 701, F. DE LA VAISSIÈRE ; *RDC*, n° 4, p. 1367, S. CARVAL ; *Loyers et copr.*, n° 6, 2009, comm. 139, B. VIAL-PEDROLETTI ; *Resp. civ. assur.*, n° 5, 2009, comm. 142, S. HOCQUET-BERG.

³³⁷⁹ *Joseph Constantine SS Line Ltd v. Imperial Smelting Corp Ltd*, *House of Lords*, 9 mai 1941, [1942] AC 154.

³³⁸⁰ *V. l'obiter dictum* dans l'arrêt *Taylor v. Caldwell*, *High Court of Justice (King's Bench)*, 6 mai 1863, [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309, n° 833 ; *J. Lauritzen A/S v. Wijsmuller B.V. (The super servant two)*, 12 oct. 1989, 1990 1 Lloyd's rep. 1, n° 10.

³³⁸¹ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, [1964] 2 QB 226 ; [1964] 1 All ER 161.

nommée la procédure de « *discovery* »³³⁸². Elle est aujourd'hui appelée procédure de « *disclosure and inspection of documents* » et est régie par les *Civil Procedure Rules* entrées en vigueur le 26 avril 1999. Si la procédure de *disclosure* correspond en grande partie à la phase de mise en état française, l'attitude des parties vis-à-vis des pièces qu'elles communiquent n'est pas tout à fait identique en France et en Angleterre. Les pièces correspondent aux « *documents qui permettent aux parties d'établir la preuve des faits qu'elles allèguent à l'appui de leurs prétentions* »³³⁸³ ce qui correspond à une restriction des pièces visées par rapport à la procédure initiale de *discovery*³³⁸⁴. En Angleterre, « [u]ne partie divulgue un document en déclarant que le document existe ou a existé »³³⁸⁵. Cette obligation est « *onéreuse et large* »³³⁸⁶ puisqu'elle suppose que chacune des parties identifie et divulgue l'existence, sous forme d'une liste³³⁸⁷, de tous les documents qui concernent le litige en cours, indépendamment de leur recevabilité à titre de preuve. Une telle démarche est particulièrement coûteuse pour le justiciable et fastidieuse pour l'avocat puisque cela suppose que ce dernier consacre un temps considérable à la lecture de documents variés : courriers, courriels, emplois du temps et agendas, livres de compte... Tout document susceptible de renfermer la preuve d'un élément relatif au litige devra être consulté. En outre, les parties sont tenues de divulguer tous les éléments de preuve en leur possession, qu'ils servent à établir le bien-fondé de leurs prétentions ou non, et même s'ils sont favorables aux prétentions de l'adversaire³³⁸⁸. Il s'agit de la « *standard disclosure* », c'est-à-dire de la divulgation normale de l'existence de pièces attendue de toute partie à un procès, par opposition à la « *specific disclosure* » ordonnée par le juge³³⁸⁹. Honorer cette obligation de divulgation peut s'avérer si long et si coûteux qu'il est permis, d'une part, aux parties de s'entendre pour réduire les pièces communiquées et, d'autre part, au juge de limiter les pièces

³³⁸² Régie par les *Rules of the Supreme Court*, 1883, Order 31.

³³⁸³ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 554, p. 498.

³³⁸⁴ *Rules of the Supreme Court*, 1883, Order 31, rule 12 : le texte exigeait que soient divulgués sans restriction tous types de pièces, actes et documents qu'ils soient favorables ou défavorables au plaideur se rapprochant de près ou de loin au litige.

³³⁸⁵ CPR 31.2. Cette règle est initialement issue d'une décision de justice rendue par la *Court of appeal* : *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano*, (1882) 11 Q.B.D. 55.

³³⁸⁶ Peter M. ROTH, « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *RIDC*, vol. 50, 1998, n° 3, p. 775.

³³⁸⁷ CPR 31.10 : « *Procedure for standard disclosure* ».

³³⁸⁸ CPR 31.6 : « *Standard disclosure requires a party to disclose only—*

(a) the documents on which he relies; and

(b) the documents which —

(i) adversely affect his own case;

(ii) adversely affect another party's case; or

(iii) support another party's case; and

(c) the documents which he is required to disclose by a relevant practice direction ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³³⁸⁹ V. *infra* n° 791.

communiquées³³⁹⁰. Lorsque l'existence d'une pièce est communiquée à l'une des parties, celle-ci détient un « *inspection right* » qui correspond à la possibilité pour elle de prendre connaissance du document voire de demander à l'autre partie une photocopie à ses frais³³⁹¹. Cette volonté de prendre connaissance de la pièce doit être manifestée par écrit.

En revanche, il ne pèse pas sur les parties au procès en France la même obligation de divulgation étendue des pièces. L'alinéa premier de l'article 132 du Code de procédure civile dispose que « [l]a partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance », ce qui peut conduire les parties à ne pas faire état de certaines pièces en leur possession. En outre, le second alinéa du même article ajoute que « [l]a communication des pièces doit être spontanée ». Par conséquent, les parties sont en principe libres de ne faire état que des pièces qui seront au service de leurs prétentions. Cette liberté pourrait trouver un fondement dans la règle selon laquelle la production forcée de pièces n'est pas possible en matière civile en vertu de l'adage : « *Nul n'est tenu de prouver contre lui-même* ». Cependant, le second alinéa de l'article 11 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile³³⁹², a autorisé le juge, à la requête d'une des parties, à enjoindre une partie, ou un tiers, de produire une pièce³³⁹³. Une règle identique en Angleterre autorise le juge à ordonner la divulgation de l'existence de pièces par l'une des parties³³⁹⁴ ou par les tiers³³⁹⁵. Ce processus se nomme « *specific disclosure* ». En revanche, le juge anglais peut aussi limiter la production de pièces, ce qui marque un écart certain entre l'office du juge français et l'office du juge anglais. Cela constitue une réaction à l'ancienne procédure de *discovery* qui donnait lieu à un allongement considérable de la phase de la mise en état. Il semble qu'en France, le juge n'ait pas la possibilité de se priver volontairement d'éléments de preuve. Cela dénote un certain attachement à l'idée que le juge français doit être mis en mesure de saisir les données factuelles du litige de la façon la plus complète possible, en vue d'appliquer *in fine* le raisonnement juridique le plus pertinent pour mettre un terme au conflit.

³³⁹⁰ CPR 31.5(1)(b) et (c).

³³⁹¹ CPR 31.3 et 31.15.

³³⁹² Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, *JORF* n° 0285 du 9 déc. 1975.

³³⁹³ Art. 11 du CPC : « Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

³³⁹⁴ CPR 31.12.

³³⁹⁵ CPR 31.17 : « *Orders for disclosure against a person not a party* ».

792. Le bien-fondé de la demande de production forcée. « La production forcée a pour but de demander à un tiers ou à une partie de produire une pièce dont elle n'a pas fait état et qui n'a donc pas été versée aux débats »³³⁹⁶. Elle est régie par les articles 138 et suivants du Code de procédure civile, que les pièces se trouvent dans les mains d'un tiers, ou dans les mains d'une des parties³³⁹⁷. Le second alinéa de l'article 139 dispose que « [le] juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte ». La question est de savoir comment le juge apprécie le bien-fondé de la demande de production forcée. Dans un arrêt rendu le 17 novembre 1993³³⁹⁸, la Cour de cassation a consacré le pouvoir souverain des juges du fond en la matière. Dans cette affaire, la société Chanel reprochait à l'exploitant d'un commerce de parfumerie de mettre en vente des produits de sa marque sans être bénéficiaire d'un contrat de distributeur agréé. La société avait assigné l'exploitant devant le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile³³⁹⁹ en vue de lui faire injonction de communiquer sous astreinte la facture d'achat de la totalité des produits figurant au procès-verbal de constat dressé par l'huissier de justice. Le juge des référés avait ordonné cette mesure et l'exploitant avait interjeté appel. La cour d'appel avait débouté la société de sa demande en communication de pièces, estimant qu'il « n'était pas vraisemblable que les commerçants qui procèdent entre eux à des échanges ou à des ventes en contravention aux contrats qui les lient aux propriétaires des marques de parfums, établissent des factures dont la découverte les exposerait à la perte de leur agrément et à des actions en réparation ». La société ayant formé un pourvoi en cassation, la Haute juridiction avait retenu que « [c'était] à bon droit que la cour d'appel énon[çait] qu'il n'est pas possible de condamner sous astreinte une partie ou un tiers à produire des pièces sans que leur existence soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable ». Elle avait ajouté que « [c'était] dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, motivant sa décision, [avait] retenu que la preuve de l'existence des pièces réclamées par la société n'était

³³⁹⁶ Jean-Jacques BARBIÉRI, Guillaume BAUFUMÉ, Cécile BIGUENET-MAUREL *et al.*, *Memento Procédure civile*, coll. Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2020, n° 12300, p. 214.

³³⁹⁷ Art. 142 du CPC : « Les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites, et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 138 et 139 ».

³³⁹⁸ Civ. 2^{ème}, 17 nov. 1993, n° 92-12922, *Bull. civ.* II, 1993, n° 330, p. 184. V. dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2003, n° 01-13770, *Bull. civ.* II, 2003, n° 307, p. 251 : « c'est dans l'exercice du pouvoir laissé par la loi à sa discrétion d'ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie que la cour d'appel, sans être tenue de s'expliquer sur une telle demande, a statué comme elle l'a fait ».

³³⁹⁹ Art. 145 du CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

pas vraisemblable ». La charge d'emporter la conviction du juge concernant l'existence des pièces entre les mains du tiers pèse sur le demandeur à la production forcée. Le juge peut également refuser d'accorder la production forcée de pièces fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile lorsque l'action au fond est manifestement irrecevable ou vouée à l'échec ce qui caractérise l'absence de motif légitime nécessaire pour que soit ordonnée la mesure. La Cour de cassation a plusieurs fois rappelé que le juge des référés ne statuant pas sur le fond, il n'est pas autorisé à prendre en compte le bien-fondé de l'action pour apprécier le motif légitime de la mesure sollicitée³⁴⁰⁰. Cependant, dans un arrêt de 2023³⁴⁰¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt ayant refusé une mesure d'instruction *in futurum* formée par une société s'étant portée acquéreur d'une autre société, en raison de l'absence de motif légitime. Selon les juges du fond, l'action fondée sur le dol était manifestement vouée à l'échec dans la mesure où la société demanderesse qui arguait de manœuvres dolosives visant à dissimuler le véritable chiffre d'affaires de la société acquise avait en réalité eu connaissance de toutes les données sociales, fiscales, juridiques, comptables et financières de la société acquise. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir fait peser sur la demanderesse de la mesure d'instruction *in futurum* l'obligation d'établir le bien-fondé de l'action qu'elle projetait d'intenter. La Cour de cassation conclut à l'absence de violation de l'article 145 du Code de procédure civile. Elle rejeta le pourvoi, au motif que les juges du fond avaient exercé leur pouvoir souverain d'appréciation pour juger que l'action projetée sur le fondement du dol était manifestement vouée à l'échec ce qui caractérisait une absence de motif légitime justifiant la mesure d'instruction sollicitée. Si une telle jurisprudence peut être critiquée car le juge du provisoire n'est pas le juge du fond³⁴⁰², il demeure pertinent pour garantir une bonne administration de la justice qu'une demande de production forcée de pièces ayant pour but de

³⁴⁰⁰ Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2021, n° 21-14023, *Bull. civ. II*, 2021, p. 186, *JCP G*, n° 47, 2021, act. 1223 ; *D. actu.*, 2 déc. 2021, N. HOFFSCHIR : la Cour de cassation cassa l'arrêt ayant refusé la demande portant sur la mesure d'instruction *in futurum* en raison de l'absence de motif légitime découlant du caractère peu vraisemblable d'un manquement à la responsabilité contractuelle, fondement de l'action projetée. V. aussi : Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023, n° 21-21265, *Bull. civ. II*, 2023, p. 205, *D. actu.*, 7 fév. 2023, N. HOFFSCHIR ; *D. actu.*, 26 janv. 2023, F. EXPERT ; *JCP G*, n° 7, 2023, act. 238, M. CORMIER ; *Procédures*, n° 3, 2023, comm. 66, Y. STRICKLER ; *Resp. civ. assur.*, n° 3, 2023, comm. 72, S. HOCQUET-BERG.

³⁴⁰¹ Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV.*, 2023, p. 208, *Rev. sociétés*, 2023, p. 420, J.-P. DOM ; *D. actu.*, 26 janv. 2023, F. EXPERT ; *JCP G*, n° 7, 2023, act. 238, M. CORMIER ; *JCP E*, n° 19, 2023, 1148, I. GROSSI ; *JCP E*, n° 5, 2023, act. 134.

³⁴⁰² Maxime CORMIER, « Motif légitime de la mesure d'instruction *in futurum* : la regrettable valse-hésitation quant à l'influence du bien-fondé de l'éventuelle action au fond », *JCP G*, n° 7, 2023, act. 238, note sous Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV.*, 2023, p. 208.

soutenir une action au fond qui n'a aucune chance d'aboutir puisse être écartée, à condition que cette caractéristique apparaisse avec évidence³⁴⁰³.

La consécration du pouvoir souverain des juges du fond en matière d'octroi de mesures d'instruction, et en particulier de production forcée de pièces, n'est pas anodine : le juge doit être convaincu que l'existence des pièces est plausible et a vocation à servir une action qui des chances d'aboutir, sans quoi il pourra refuser de prononcer une injonction de les produire. La Cour de cassation a pu mentionner le « *pouvoir discrétionnaire* »³⁴⁰⁴ des juges du fond dans l'appréciation du bien-fondé de la demande de production forcée de pièces, ce qui supposerait que ces derniers n'aient que très peu, voire pas, d'effort de motivation à fournir. Certains juges du fond usent ainsi de ce pouvoir discrétionnaire. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi ordonné la production forcée de bilans annuels, les comptes-rendus d'activité, les comptes de résultats et les grands livres des comptes dans le cadre d'un litige portant sur des faits de parasitisme et de contrefaçon de marque, en précisant que « [le] *juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie et n'est pas tenu de s'expliquer sur une telle demande* »³⁴⁰⁵. En réalité, il convient de retenir que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation du bien-fondé de la demande de production forcée d'une pièce ce qui nécessite qu'il motive sa décision de refus ou d'octroi de la production forcée.

Il est également possible de citer à titre d'exemple un arrêt rendu par la cour d'appel d'Orléans qui eut à se prononcer sur la responsabilité d'un bailleur dans le cadre d'un contrat de bail commercial³⁴⁰⁶. Le locataire avait notamment formé une demande reconventionnelle de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait que le développement de son activité n'avait pu pleinement se réaliser comme cela serait advenu si les locaux commerciaux de la galerie marchande dans leur quasi-intégralité avaient été loués et exploités. Il demandait au conseiller de la mise en état, sur le fondement des articles 11, 142, 138 et 139 du Code de procédure civile, d'enjoindre le bailleur, sous astreinte journalière, de communiquer aux débats dans la quinzaine de la signification de l'ordonnance sollicitée, d'une part, un état des locaux

³⁴⁰³ Le juge des référés est le juge de l'évidence, cf. Jacques NORMAND, « Les fonctions des référés » in Jacques VAN COMPERNOLLE et Giuseppe TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1999, p. 86.

³⁴⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-16278, *Bull. civ. I.*, 2008, n° 259, *RTD com.*, 2009, p. 128, F. POLLAUD-DULIAN ; *Comm. com. électr.*, n° 6, 2009, chron. 6, B. MONTELS, *Comm. com. électr.*, n° 1, 2009, comm. 2, C. CARON.

³⁴⁰⁵ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 7 sept. 2021 – n° 19/02611. V. dans le même sens mais pour rejeter la demande de production forcée de pièces : CA Montpellier, ch. com., 14 sept. 2021, n° 19/01634.

³⁴⁰⁶ CA Orléans, 22 juil. 2021, n° 20/025011

loués dans la galerie marchande pour les années 2015 à 2020, et d'autre part, un plan global de la galerie permettant de situer les locaux loués. La cour d'appel d'Orléans rejeta la demande de production forcée de pièces. Elle précisa que « *le juge ordonne la production forcée des pièces sollicitées à condition qu'elles soient utiles au succès de la prétention de la partie qui sollicite cette production* »³⁴⁰⁷. Or en l'espèce, la cour estima que les pièces demandées auraient permis d'établir la perte de caractère attractif de la galerie marchande et non la faute du bailleur ou le lien de causalité entre la faute et le préjudice, nécessaires dans le cadre d'une action en responsabilité. Par conséquent, les pièces « *n'apparaiss[aient] ainsi pas directement utiles [...] pour solutionner le litige, étant ajouté que ces pièces n'apparaissent pas être l'unique moyen permettant d'établir la désertification alléguée de la galerie* ». La cour ajouta que le locataire ayant quitté les lieux en 2017, il cherchait à obtenir réparation du préjudice subi antérieurement à cette date : en de telles circonstances, l'utilité de l'état des locaux loués pour les années 2015 à 2021 n'était pas apparente.

Dans un autre arrêt rendu par la cour d'appel d'Orléans en 2021³⁴⁰⁸, le juge des référés³⁴⁰⁹ se prononça sur la communication de pièces dans le cadre d'un contrat d'accompagnement et d'apporteur d'affaires. Le prestataire réclamait, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la production par son cocontractant de livres de compte et de dossiers de clients pour l'année 2019 en vue d'établir le montant exact des commissions qui lui étaient dues. La cour rejeta cette demande au motif que l'échange de courriels entre les parties montrait que le cocontractant « *transmettait chaque mois [au prestataire] le tableau du chiffre d'affaires du mois, et que [ce dernier] émettait ensuite sa facture d'honoraires* », ce qui montrait que le prestataire avait été en mesure pour l'année 2019 de facturer ses honoraires selon cette méthode.

³⁴⁰⁷ V. dans le même sens : CA Orléans, 4 mars 2021, n° 20/01408 : « *le juge n'ordonne la production que de documents ou de pièces autres qui peuvent éclairer le litige et sa solution* ». En l'espèce, un employeur s'étant rendu compte de la falsification de chèques par le salarié pour des sommes élevées qui aurait dû alerter le banquier, il assigna la banque sur le fondement d'une faute de sa part en vue d'obtenir réparation de son préjudice financier. L'employeur demanda la production forcée des chèques par la salariée. Si le juge reconnut que la communication des chèques permettait d'établir l'existence d'une falsification, il revenait à l'employeur « *de produire a minima des éléments pouvant commencer à établir qu'il a pu y avoir falsification et que de ce fait, la communication des chèques est indispensable* ». Le demande fût rejetée.

³⁴⁰⁸ CA Orléans, 1 juil. 2021, n° 20/020471.

³⁴⁰⁹ Com., 11 avril 1995, n° 92-20985, *Bull. civ.* IV, 1995, n° 121, p. 107, *RTD civ.*, 1996, p. 166, J. MESTRE ; *D.*, 1996, p. 573, H. MATSOPOULOU ; *RTD com.*, 1995, p. 635, M. CABRILLAC : « *il entre dans les pouvoirs du juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, d'ordonner, aux conditions prévues par ce texte, une communication de pièces, c'est sans violer les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la cour d'appel a apprécié la légitimité des motifs invoqués par l'administrateur judiciaire et le représentant des créanciers au soutien de leur demande de communication, avant tout procès, de documents internes à la banque [...]* ».

En conséquence, le prestataire ne justifiait pas d'un « *intérêt légitime* »³⁴¹⁰ à la production des pièces qui n'étaient pas « *nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ». Il ressort de ces décisions que les parties ont la tâche difficile, qu'il s'agisse de justifier de « *l'utilité de la pièce à la solution du litige* » ou encore d'un « *intérêt légitime* » à la production des pièces, de convaincre le juge qui dispose d'une marge d'appréciation considérable. Aux questions de savoir ce qui rend vraisemblable qu'une partie ou tiers détienne un élément de preuve, et ce qui rend vraisemblable que cet élément soit important pour l'issue du litige, la réponse apportée par l'étude des décisions de justice est finalement celle de l'intime conviction du juge qu'il peut dégager des faits qui lui sont présentés ce qui est difficile à systématiser.

La tâche qui incombe au juge du fond est également difficile. Il lui revient de déterminer si la pièce permettra d'établir le caractère vraisemblable des faits allégués ou si la partie cherche à pallier une carence de sa part dans l'apport d'éléments probatoires³⁴¹¹. Il doit précisément raisonner en l'absence de la preuve du fait allégué. Or la Cour de cassation a pu sanctionner le juge du fond au motif qu'en retenant « *une motivation fondée sur la seule absence de preuve de faits que la mesure d'instruction sollicitée avait précisément pour objet d'établir, sans dire en quoi la demande de la société Verizon visait à pallier une carence de sa part dans l'administration de la preuve, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » au regard des articles 143, 144 et 146 du Code de procédure civile. Autrement dit, le juge du fond ne saurait déduire de l'absence de preuve que la pièce dont la communication est demandée n'est pas de nature à permettre d'établir les faits allégués. La tâche est difficile. Il est demandé au juge un effort d'imagination pour déterminer, à partir de rien ou presque, si la pièce demandée est, par sa nature, par sa date ou par la personne qui la détient, susceptible de prouver le fait allégué.

En Angleterre, les *Civil Procedure Rules* prévoient que « *La Cour ne peut imposer une telle divulgation que lorsque (a) les pièces demandées sont susceptibles d'apporter leur soutien aux prétentions du demandeur ou d'aller à l'encontre de celles d'une partie à l'instance, et lorsque (b) la production est nécessaire à la réalisation d'un procès équitable ou pour éviter certains frais* »³⁴¹². À propos de cette disposition, les juges anglais ont apporté plusieurs

³⁴¹⁰ V. aussi pour une utilisation de cette expression : CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 7 sept. 2021, n° 20/03143.

³⁴¹¹ V. *infra* n° 841.

³⁴¹² CPR 31.17(3) : « *The court may make an order under this rule only where— (a) the documents of which disclosure is sought are likely to support the case of the applicant or adversely affect the case of one of the other*

éclaircissements. Premièrement, il a été reconnu que cette compétence judiciaire était potentiellement « *intrusive* » et que le juge devait donc s'assurer qu'elle ne soit pas utilisée de manière inopportune, même lorsque la demande ne faisait pas l'objet d'une opposition de la part de la partie adverse³⁴¹³. Dans cette logique, un arrêt rendu par la *Court of Appeal* a précisé que la présence du terme « *only* », « *ne peut [...] que* », dans l'article 31.17(3) des *Civil Procedure Rules*, faisait de la communication d'une pièce par un tiers l'exception en matière de preuve. En outre, les deux critères de soutien des prétentions et de réalisation d'un procès équitable sont cumulatifs³⁴¹⁴. Le premier critère exigeant que la pièce soit susceptible de soutenir les prétentions de la partie demanderesse à sa production ou qu'elle soit susceptible d'empêcher l'autre d'obtenir gain de cause a également fait l'objet d'une précision. La *Court of Appeal* a précisé dans un arrêt rendu le 7 août 2002 que la condition du caractère vraisemblable était satisfaite par un document qui « *est susceptible de* »³⁴¹⁵ soutenir les prétentions et non pas par un document qui « *aurait plus de chances de soutenir les prétentions que de ne pas les soutenir* »³⁴¹⁶. Le seuil serait donc relativement difficile à atteindre.

Cela dit, les juges détiennent un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de ces deux critères³⁴¹⁷. Dans une affaire, plusieurs détenus avaient agi en vue d'obtenir des dommages et intérêts contre le *Home Office*³⁴¹⁸ en réparation des agressions qu'ils auraient subies au cours de leur détention. À l'occasion de ce litige, ils demandèrent au juge d'ordonner la communication par le *Commissioner of Police* des déclarations des agents pénitentiaires sur le fondement de l'article 31.17 des *Civil Procedure Rules*. Le juge de première instance fit droit

parties to the proceedings; and (b) disclosure is necessary in order to dispose fairly of the claim or to save costs ». La règle est issue de l'arrêt *Norwich Pharmacal Co. & Others v Customs and Excise Commissioners*, *House of Lords*, 26 juin 1973, [1974] AC 133.

³⁴¹³ *Flood v. Times Newspapers Ltd & Others*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 5 mars 2009, [2009] EWHC 411 (QB), n° 2 : « *the court has a clear obligation to ensure, if necessary of its own motion, that this intrusive jurisdiction is not used inappropriately* ». V. aussi : *Re Howglen Ltd*, *Chancery Division*, 23 fév. 2000, [2001] 1 All ER 376 (Ch D), [2001] B.C.C. 245, p. 250 : « *the jurisdiction to make an order against a non-party must be exercised with some caution* » ; « *la prérogative d'ordonner à un tiers [la communication de pièces] doit être exercée avec prudence* ».

³⁴¹⁴ Lord Justice Scott BAKER in *Rowe & Others v. Fryers & Anor*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 8 mai 2003, [2003] EWCA Civ 655, n° 13 : « *The third and final stage under Rule 31.17(3) is for the court to exercise its discretion whether or not to make an order. Here, wider considerations may come into play, but the court only reaches this stage if the two conditions in (a) and (b) are met* ».

³⁴¹⁵ « *May well support the case* ».

³⁴¹⁶ « *More probable than not* » to support the case.

³⁴¹⁷ Lord Justice Scott BAKER in *Rowe & Others v. Fryers & Anor*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 8 mai 2003, [2003] EWCA Civ 655, n° 13 : « *The third and final stage under Rule 31.17(3) is for the court to exercise its discretion whether or not to make an order. Here, wider considerations may come into play, but the court only reaches this stage if the two conditions in (a) and (b) are met* ».

³⁴¹⁸ Organe de l'exécutif en charge de la sécurité, de l'immigration, exerçant des missions semblables à celles confiées au ministère de l'Intérieur en France.

à la demande de communication de pièces. L'un des agents pénitentiaires interjeta appel de cette décision, précisant que les déclarations avaient été prises au cours de l'enquête de nature pénale sur les agressions présumées des détenus par des agents et qu'elles ne pouvaient donc être divulguées dans le cadre d'un procès civil. La *Court of Appeal* confirma la décision de première instance, ordonnant la communication des entretiens. Elle retint qu'il appartient au juge de procéder à un exercice de mise en balance des intérêts concurrents dans chaque affaire. En l'espèce, l'intérêt public invoqué par les prisonniers l'emportait sur l'intérêt public de maintenir la confidentialité³⁴¹⁹. Le juge de première instance avait cependant pris soin d'imposer des conditions strictes relatives à l'étendue de la communication et à la façon dont elle devait être faite, ce qui permettait de ne porter qu'une atteinte relative à l'intérêt de la confidentialité. L'exercice auquel doit se livrer le juge anglais est d'autant plus difficile que lorsque le demandeur sollicite la communication d'un ensemble de pièces, chaque document individuellement envisagé doit satisfaire aux exigences cumulatives de soutien des prétentions et de garantie d'un procès équitable³⁴²⁰. En Angleterre, l'appréciation de la potentialité de soutien des prétentions ainsi que la mise en balance casuistique des intérêts en présence dans le but d'évaluer la garantie de justice sont fortement dépendantes de l'intime conviction du juge, de la même façon qu'en France.

793. Les limites au pouvoir souverain des juges du fond. Le pouvoir souverain des juges du fond en matière d'appréciation du bien-fondé de la demande de production forcée est cependant limité lorsque le demandeur est en droit d'obtenir la pièce dont il demande la production. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt rendu le 7 octobre 2011 à propos de documents comptables nécessaires pour établir le montant des commissions qui resteraient dues à des agents commerciaux³⁴²¹. L'arrêt fut rendu au visa des articles L. 134-4 et R. 134-3 du Code de commerce. Le second alinéa de l'article L. 134-4 dispose que « *Les*

³⁴¹⁹ Lord Justice Scott BAKER in *Rowe & Others v. Fryers & Anor*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 8 mai 2003, [2003] EWCA Civ 655, n° 13 : « *It is at this point, in my judgment, that public interest considerations fall to be taken into account and, if necessary, to be balanced. Two competing public interests have been identified in the present case, on the one hand the public interest of maintaining the confidentiality of those who make statements to the police in the course of a criminal investigation, and on the other the public interest of ensuring that as far as possible the courts try civil claims on the basis of all the relevant material and thus have the best prospect of reaching a fair and just result* ». V. aussi *ibid.*, n° 39 : « *The weight to be attached to the confidence will vary according to the particular circumstances with which the court is dealing. In the present case the countervailing public interest is one which, in my judgment, is of very great weight and one which outweighs the desirability of maintaining confidentiality* ».

³⁴²⁰ Lord Justice CHADWICK in *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No 4)*, [2002] EWCA Civ 1182 ; [2003] 1 WLR 210, n° 36.

³⁴²¹ Com. 7 oct. 2014, n° 13-22081, inédit.

rappports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information ». Concrétisant cette disposition, l'alinéa 2 de l'article R. 134-3 précise que « [l']agent commercial a le droit d'exiger de son mandant qu'il lui fournisse toutes les informations, en particulier un extrait des documents comptables nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues ». La Cour de cassation a estimé que le caractère *intuitu personae* du mandat d'agent commercial ainsi que la règle imposant la transmission des documents comptables l'agent et appartenant en principe au droit substantiel, imposaient la communication de pièces dans le cadre d'un procès. Le juge du fond ne saurait refuser la communication forcée de ces pièces sans commettre une violation des dispositions du Code de commerce relatives à l'agent commercial. Le juge du fond est donc privé de son pouvoir d'appréciation du bien-fondé de la demande en production forcée dans un tel cas.

794. Le droit à la preuve et le secret. En France, la demande de production forcée par un tiers peut se heurter au secret bancaire, au secret médical ou encore au secret des affaires ou tout autre secret professionnel constituant un « *empêchement légitime* »³⁴²² susceptible de faire échec à la demande de production forcée de pièces. Il faut d'abord que le juge soit convaincu de la nécessité de la communication des pièces demandées avant de déterminer si le secret bancaire ou médical constitue un empêchement légitime à la demande de production forcée auprès d'un tiers³⁴²³. Ensuite, il revient au juge de déterminer si le secret invoqué est suffisamment décisif pour faire échec à la demande. La cour d'appel d'Orléans a pu, à ce titre, préciser que le « *secret des affaires ne fait pas obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées*

³⁴²² Art. 11 du CPC.

³⁴²³ CA Orléans, 4 mars 2021, n° 20/014081 à propos du secret bancaire faisant éventuellement obstacle à la communication de chèques. En revanche, l'empêchement légitime ne peut faire obstacle à la production forcée par l'une des parties : « *L'article 142 ne renvoie pas à l'article 141 qui évoque l'hypothèse d'un empêchement légitime et aucun motif légitime ne peut être invoqué quand une partie détient la pièce dont la production est demandée ; ainsi, une banque ne peut invoquer l'art. 57 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relatif au secret professionnel pour échapper aux dispositions légales relatives à la production des pièces détenues par une partie* », TGI La Roche-sur-Yon, 13 déc. 1995 : JurisData n° 1995-053207 ; D., 1996, somm. 350, obs. P. JULIEN ; Com., 19 juin 1990, n° 88-19618, Bull. civ. IV, n° 179, p. 123, D., 1992, p. 32, M. VASSEUR : « *la cour d'appel ayant retenu que la demande de communication était dirigée contre la banque non pas en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué, a par ce seul motif, légalement justifié sa décision* ». V. dans le même sens : Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, Bull. civ. IV, 2017, n° 155, p. 208, D., 2019, p. 157, J.-D. BRETZNER ; D., 2018, p. 1934, L. D'AVOUT ; D., 2018, p. 966, S. CLAVEL ; D., 2018, p. 603, C. KLEINER ; Gaz. Pal., 2018, n° 05, p. 49, L. MAYER ; JCP E, n° 4, 2018, 1038, J. LASSERE CAPDEVILLE ; Act. proc. coll., n° 2, 2018, alerte 32, V. LEGRAND ; JCP G, n° 3, 2018, act. 54, T. BONNEAU.

»³⁴²⁴. En l'espèce, le juge des référés estima que la société défenderesse à la production forcée ne justifiait pas que la communication des livres de compte et de dossiers de clients pour l'année 2020 constituerait une violation disproportionnée du secret des affaires.

Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 juin 1990³⁴²⁵, les juges se prononcèrent sur un arrêt ayant autorisé la communication de diverses pièces détenues par une banque dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre elle. La banque avait formé un pourvoi en cassation sur le fondement de la violation des dispositions relatives à l'obligation de secret professionnel incombant aux établissements bancaires et reprochant au juge une modification de l'objet du litige sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile. La Haute juridiction rejeta le pourvoi, au motif qu'« *après avoir énoncé que la banque motivait essentiellement sa résistance à la fois par le respect dû au secret professionnel auquel elle était tenue et par le manque d'intérêt des documents demandés et qui ne seraient qu'à usage interne et retenu le caractère contradictoire de ces allégations, la cour d'appel n'a pas modifié l'objet du litige en considérant que la banque ne prétendait pas sérieusement que la communication des renseignements sollicités constituerait une divulgation de secrets à elle confiés* ». Il appartient donc au juge du fond français de mettre en balance les intérêts en présence afin de déterminer lequel doit prévaloir³⁴²⁶, de façon très similaire à la méthode du juge anglais.

La Cour de cassation ne contrôle pas le résultat de cet exercice de mise en balance, mais elle contrôle en revanche que le juge du fond se livre bien à cette appréciation. Elle a ainsi pu casser un arrêt pour défaut de base légale au regard des articles 143, 144 et 146 du Code de procédure civile car la cour d'appel s'était contentée de retenir que « *l'expertise demandée porterait atteinte au secret des affaires et mettrait inmanquablement la société [demanderesse] en possession de données de la société [défenderesse] relevant d'un tel secret* »³⁴²⁷. La cour

³⁴²⁴ CA Orléans, 1^{er} juill. 2021, n° 20/020471.

³⁴²⁵ Com., 19 juin 1990, n° 88-19618, *Bull. civ.* IV, n° 179, p. 123, *D.*, 1992, p. 32, M. VASSEUR.

³⁴²⁶ V. cependant pour un principe clairement posé : Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n° 12-21244, *Bull. civ.* I, 2014, 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* ». V. dans le même sens : Com., 6 déc. 2016, n° 15-14554, *Bull. civ.* IV, 2016, n° 153, p. 191 : les factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance de ce dernier sont couvertes par le secret professionnel sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, sur le fondement de l'art. 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* n° 0003 du 5 janv. 1972. Cet art. définit les éléments couverts par le secret professionnel de l'avocat.

³⁴²⁷ Com., 5 juin 2019, n° 17-22192, *Bull. civ.* IV, 2019, p. 213, *Gaz. Pal.*, n° 38, 2019, p. 55, N. HOFFSCHIR. V. également pour une cassation pour défaut de base légale : Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ.* IV, 2019, p.

avait pris soin de préciser que le secret des affaires n'est pas absolu, conformément à une jurisprudence constante³⁴²⁸, mais la décision qui consiste à retenir que l'expertise porterait forcément atteinte au secret des affaires s'apparente à une absence de mise en balance des intérêts en présence. La Haute juridiction a ainsi décidé « [qu'en] *se déterminant ainsi, sans rechercher, de façon concrète, si les mesures d'instruction demandées ne permettraient pas de concilier le droit à la preuve [de la société demanderesse] et le droit au secret des affaires [de la société défenderesse], la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

De façon similaire, dans un arrêt rendu le 7 décembre 2004³⁴²⁹, la Cour de cassation eut à se prononcer sur un arrêt avant-dire droit rendu par la cour d'appel de Paris en matière de secret médical. Dans cette affaire, le titulaire d'un contrat d'assurance était décédé et l'assureur avait obtenu du conseiller chargé de la mise en état la communication du dossier médical du défunt à laquelle s'opposaient ses ayants-droits. La cour d'appel confirma l'ordonnance après avoir procédé à une mise en balance des intérêts en présence, à savoir l'intérêt qu'avait l'assureur à la « *révélation de l'état de santé de l'assuré* » dont dépend l'issue du litige et l'intérêt qu'avait l'assuré de se prévaloir du secret médical. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation des articles 11 et 138 à 141 du Code de procédure civile. Elle précise que « *si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droits, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer ; qu'il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord*

56, *Gaz. Pal.*, n° 36, 2019, p. 52, C. HOUIN-BRESSAND ; *LEDC*, n° 8, 2019, p. 5, S. PELLET ; *Gaz. Pal.*, n° 27, 2019, p. 50, L. MAYER ; *LEDB*, n° 7, 2019, p. 1, N. MATHEY ; *Gaz. Pal.*, n° 23, 2019, p. 32, C. BERLAUD ; *D.*, 2019, p. 1595, H. MICHELIN-BRACHET ; *D.*, 2019, p. 2009, D. R. MARTIN ; *D.*, 2020, p. 170, J.-D. BRETZNER.

³⁴²⁸ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 15, 31 janv. 2018, n° 17/22364 : « *le droit à la protection du secret des affaires n'est pas absolu. En effet, il est constant que ce droit doit s'apprécier par rapport à celui relatif à l'exercice des droits de la défense [...]* » ; CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 25 oct. 2016, n° 15/07836 : « *Le premier juge a à juste titre rappelé que le secret des affaires ne constitue pas un obstacle absolu à la recevabilité d'une procédure fondée sur les dispositions de l'article 145 du code de procédure civile* ». V. pour des décisions de la Cour de cassation approuvant le juge du fond d'avoir procédé à la mise en balance du secret des affaires et du droit de la preuve : *Civ. 2^{ème}*, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *JCP G*, n° 26, 2021, act. 708, X. VUITTON ; *Gaz. Pal.*, n° 27, 2021, p. 54 C. BLÉRY ; *Gaz. Pal.*, n° 15, 2021, p. 37, C. BERLAUD ; *D.*, 2021, p. 1795, G. GUÉHO ; *D.*, 2022, p. 431, D. BRETZNER ; *D.*, 2022, p. 625, N. FRICERO.

³⁴²⁹ *Civ. 1^{ère}*, 7 déc. 2004, n° 02-12539, *Bull. civ. I*, 2004, n° 306, p. 256, *RGDA*, 2005, p. 105, note J. KULLMANN ; *Resp. civ. assur.*, 2005, 75, note H. GROUDEL ; *D.*, 2005, p. 1317, H. GROUDEL ; *D.*, 2005, p. 403, J. PENNEAU ; *D.*, 2005, p. 332, P. JULIEN ; *Procédures*, n° 2, 2005, comm. 30, R. PERROT. V. dans le même sens : *Civ. 1^{ère}*, 15 juin 2004, n° 01-02338, *Bull. civ. I*, 2004, n° 171, p. 142 ; *D.* 2004, p. 2682, D. DUVAL-ARNOULD ; *D.* 2005, p. 1317, H. GROUDEL. V. aussi Maxime CAUCHY et Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances », *D.*, 2005, p. 1313.

de la personne concernée ou de ses ayants droit, si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance ». La Haute juridiction demande ainsi au juge du fond de déterminer si l'invocation du secret médical procède d'un intérêt légitime ou d'une volonté frauduleuse de faire écarter un moyen de preuve qui aurait pu établir la nullité du contrat d'assurance³⁴³⁰. Le risque pèse alors sur l'assuré de voir le juge déduire de l'invocation du secret médical la volonté frauduleuse. L'appréciation finale s'avère difficile et repose dans les mains du juge. En Angleterre, le caractère absolu du secret professionnel a le mérite d'éviter aux juges la tâche difficile de mettre en balance des intérêts contraires.

En Angleterre, les *Civil Procedure Rules* offrent à la partie sollicitée de produire une pièce trois motifs visant à mettre en échec la demande. Dans un premier temps, la partie peut invoquer le fait que la pièce ne se trouve plus sous son contrôle³⁴³¹. Ensuite, une partie peut refuser que l'autre partie prenne connaissance d'un document dont elle a divulgué l'existence lorsqu'il « *serait disproportionné par rapport aux questions en jeu dans l'affaire d'autoriser l'inspection de documents appartenant à une catégorie ou à une classe de documents divulgués* »³⁴³². Enfin, il est possible de « *refuser de produire un document lorsque cela risquerait de porter atteinte à l'intérêt public* »³⁴³³. Ce dernier argument, lorsqu'il est soulevé, fait particulièrement appel à l'appréciation du juge. Onze décisions significatives ont pu être trouvées en la matière. Elles ne portent pas sur le droit des contrats mais montrent que le juge anglais contrôle le caractère disproportionné de la consultation du document par rapport à l'intérêt public. La question se serait seulement présentée en matière de droits fondamentaux³⁴³⁴ ; il y a fort à parier qu'en matière contractuelle, le caractère disproportionné

³⁴³⁰ Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 02-12539, *Bull. civ.* I, 2004, n° 306, p. 256 ; *RGDA*, 2005, p. 105, note J. KULLMANN ; *Resp. civ. assur.*, 2005, 75, note H. GROUDEL ; *D.*, 2005, p. 1317, H. GROUDEL ; *D.*, 2005, p. 403, J. PENNEAU ; *D.*, 2005, p. 332, P. JULIEN ; *Procédures*, n° 2, 2005, comm. 30, R. PERROT.

³⁴³¹ *CPR* 31.3(1).

³⁴³² *CPR* 31.3(2).

³⁴³³ *CPR* 31.19(1).

³⁴³⁴ En matière de droits fondamentaux, le juge anglais doit mettre en balance la prise de connaissance de la pièce qui procède du droit à un procès équitable avec d'autres intérêts tels que notamment le droit à la vie privée : v. *Phones 4U Ltd (In Administration) v. EE Ltd, High Court of Justice (Chancery Division)*, 17 juill. 2020, [2020] EWHC 1921 (Ch), ou la nécessité de la confidentialité de certains documents dans le cadre d'une demande d'asile : *H (A Child) (Disclosure of Asylum Documents)*, Re, *England and Wales Court of Appeal*, 29 juill. 2020, [2020] EWCA Civ 1001. Il en va de même en France : v. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ.* I, 2012, n° 85, *D.*, 2013, p. 457, E. DREYER ; *D.*, 2012, p. 2826, P. DELEBECQUE ; *D.*, 2012, p. 1596, G. LARDEUX ; *RTD civ.*, 2012, p. 506, J. HAUSER ; *D.*, 2013, p. 269, N. FRICERO ; *Flash Defrénois*, n° 16, 2012 ; *Dr. famille*, n° 10, 2012, comm. 159, M. NICOLETTI ; *Comm. com. électr.*, n° 7 – 8, 2012, comm. 83, A. LEPAGE : prive sa décision de base légale au regard de l'art. 9 du C. civil et des art. 6 et 8 de la ConvEDH, la juridiction qui écarte des débats une lettre missive au motif que la production de celle-ci violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des

de la consultation ou l'atteinte à l'intérêt public serait rarement reconnue, de telle sorte que peu d'éléments peuvent faire obstacle à la communication des pièces.

La marge de manœuvre laissée aux parties en matière de communication des pièces est différente en France et en Angleterre. En Angleterre, les parties et le juge ont connaissance de l'existence de la pièce par le biais de la divulgation de son existence, mais la production et la communication peuvent être refusées par la partie qui détient la pièce³⁴³⁵. En France, l'existence du document entre les mains de l'adversaire est supposée et le juge lui ordonne, sur demande de l'autre partie, de verser la pièce aux débats. En Angleterre, la divulgation de l'existence d'une pièce entre les mains d'une partie n'emporte ni sa production ni sa communication, tandis qu'en France, faire état de l'existence d'une pièce emporte nécessairement sa production et sa communication puisque l'article 132 du Code de procédure civile dispose : « *La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance* ». L'absence de distinction entre, d'une part, la divulgation de l'existence d'une pièce et, d'autre part, sa production et sa communication aboutit à une absence de demi-mesure en France en matière de communication des pièces. Cette absence de demi-mesure reflète l'attachement du droit français de la preuve à la précision des données factuelles du litige communiquées au juge.

795. Le devoir des parties d'apporter leur concours à la justice. L'attachement du droit français à la connaissance par le juge des éléments factuels du litige transparait également dans le devoir pesant sur les parties de contribuer à l'effort de la justice. L'article 11 du Code de procédure civile dispose dans son premier alinéa que « *[l]es parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* », et l'article 10 du Code civil³⁴³⁶ dispose encore plus largement que « *[c]hacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». En Angleterre, les *Civil Procedure Rules* énoncent à l'alinéa premier de leur article premier un « *objectif prioritaire* »³⁴³⁷ ainsi formulé : « *Le présent règlement constitue un nouveau code de procédure dont l'objectif prioritaire est de permettre à la Cour de traiter les affaires de manière juste* »³⁴³⁸. Il est également imposé au juge anglais de « *chercher à donner*

correspondances sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

³⁴³⁵ V. *supra* n° 794.

³⁴³⁶ Dans sa rédaction issue de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994, *JORF* n° 175 du 30 juill. 1994.

³⁴³⁷ *CPR* 1.1(1) « *The overriding objective* » ainsi défini : « *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly* ».

³⁴³⁸ *CPR* 1.1 (2). Le second alinéa définit le traitement équitable comme « *compre[n] dans la mesure du possible, les points suivants : (a) s'assurer que les parties sont sur un pied d'égalité ;*

effet à l'objectif primordial lorsqu'il... (a) exerce tout pouvoir qui lui est conféré par les Règles ; ou (b) interprète toute règle »³⁴³⁹ figurant dans les *Civil Procedure Rules*. Le rôle des parties quant à la poursuite de cet objectif est fixé à l'article 1.3. La disposition est intitulée : « devoir des parties » et précise que « *Les parties sont tenues d'aider le tribunal à atteindre l'objectif prioritaire* »³⁴⁴⁰. Bien que les règles relatives à la divulgation des pièces par les parties soient loin d'être identiques, il se dégagerait en France comme en Angleterre un objectif d'approcher au plus près la vérité des faits³⁴⁴¹.

La volonté de s'approcher aux plus près de la réalité du conflit qui oppose les parties semble être une préoccupation centrale du procès civil en France, alors qu'elle ne serait qu'un objectif parmi d'autres en Angleterre. La rédaction de l'*overriding principle* énoncé à l'article premier des *Civil Procedure Rules* le montre : le « *juste traitement des affaires* » qui se présente au juge doit se faire notamment en préservant également les objectifs de célérité de la justice et de coût raisonnable du procès qui, loin d'avoir une valeur moindre, sont placés au même rang d'importance. Cependant, le constat doit être nuancé en France. Le droit français a élaboré une hiérarchisation des modes de preuve complexe qui n'a pas d'équivalent en Angleterre. Or cette hiérarchisation est contraire au mouvement qui consiste à permettre au juge de saisir les données

(b)économiser des frais ;

(c)traiter l'affaire de manière proportionnée.

(i)à la somme d'argent en jeu ;

(ii)à l'importance de l'affaire ;

(iii)à la complexité des questions en jeu ; et

(iv)à la situation financière de chaque partie ;

(d)en veillant à ce qu'elle soit traitée avec célérité et équité ; et

(e)lui allouer une part appropriée des ressources du tribunal, tout en tenant compte de la nécessité d'allouer des ressources à d'autres affaires » ; « *Dealing with a case justly includes, so far as is practicable—*

(a)ensuring that the parties are on an equal footing;

(b)saving expense;

(c)dealing with the case in ways which are proportionate—

(i)to the amount of money involved;

(ii)to the importance of the case;

(iii)to the complexity of the issues; and

(iv)to the financial position of each party;

(d)ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and

(e)allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases ».

³⁴³⁹ CPR 1.2 « Application by the court of the overriding objective » :

« The court must seek to give effect to the overriding objective when it—

(a)exercises any power given to it by the Rules; or

(b)interprets any rule ».

³⁴⁴⁰ CPR 1.3 : « The parties are required to help the court to further the overriding objective ».

³⁴⁴¹ Stéphanie GRAYOT-DIRX et Sylvie DELACOURT, « Le rôle du juge en matière de preuve », *Gaz. Pal.*, n° 363, 2015, pp. 3s : « le procès civil, même si cela est parfois contesté, est ordonné autour d'une certaine recherche de la vérité » ; Valérie LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *D.* 2010, p. 907 : « La vérité est omniprésente dans le procès ».

factuelles du litige au plus proche de la réalité puisqu'elle limite artificiellement les preuves recevables dans certains cas.

796. La hiérarchisation des modes de preuve. En France, les faits sont susceptibles d'être prouvés par plusieurs moyens : les pièces, les mesures d'instruction et le serment décisoire³⁴⁴². Le droit français de la preuve a hiérarchisé les modes de preuves et marque une préférence certaine pour l'écrit, notamment en matière contractuelle³⁴⁴³. L'attitude du juge face aux éléments de preuve qui lui sont soumis dépend de l'objet de la preuve³⁴⁴⁴ auquel le droit français attache un mode de preuve spécifique. Ainsi, lorsqu'il s'agit de retenir l'existence et l'étendue d'une obligation contractuelle au-delà d'un certain montant en matière civile³⁴⁴⁵, les parties ne pourront convaincre le juge qu'à la condition de présenter un écrit ; le juge est privé de tout pouvoir d'appréciation de la preuve relative à l'existence et au contenu du contrat³⁴⁴⁶. Par exemple, la Cour de cassation a censuré de nombreux arrêts rendus par des cours d'appel qui déduisaient l'existence d'un prêt de la seule remise des fonds³⁴⁴⁷. La cassation est fondée sur l'ancien article 1341 du Code civil, devenu l'article 1359, qui exige un écrit pour les contrats excédant une somme fixée par décret³⁴⁴⁸. Dans le cas de l'acte juridique, l'objet de la preuve est en réalité la volonté contractuelle des parties³⁴⁴⁹ que le droit français s'attache à déterminer au plus proche possible de sa réalité. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'un fait juridique³⁴⁵⁰, la preuve est nécessairement libre³⁴⁵¹ ce qui signifie qu'aucune contrainte

³⁴⁴² Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 553, p. 497.

³⁴⁴³ Art. 1359 du C. civil.

³⁴⁴⁴ « La notion d'objet de la preuve s'entend d'une proposition factuelle (ou phénoménale) qui doit correspondre, selon les indications du processus d'interprétation-qualification, à l'antécédent abstrait de la règle de droit », cf. Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, n° 55, p. 121. Autrement dit, il s'agit pour la partie de convaincre le juge de la survenance passée d'un événement factuel susceptible de revêtir la qualification juridique permettant l'application de la règle de droit.

³⁴⁴⁵ La preuve étant libre en matière commerciale, cf. art. 1358 du C. civil.

³⁴⁴⁶ Sauf si l'écrit est irrégulier, auquel cas il permet de prouver l'existence de l'obligation mais non son montant. L'écrit irrégulier est alors susceptible de constituer un commencement de preuve par écrit qui, corroboré par d'autres éléments, pourra emporter la conviction du juge. Ce dernier retrouve néanmoins un pouvoir souverain dans l'appréciation des critères du commencement de preuve par écrit fixés à l'art. 1362 du C. civil, notam. le point de savoir si l'écrit irrégulier rend vraisemblable le fait allégué.

³⁴⁴⁷ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 23 janv. 1996, n° 94-11815, *Bull. civ. I*, 1996, n° 40 ; Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n° 07-13912, *Bull. civ. I*, 2008, n° 176, *JCP E*, n° 30, 2008, 1966 ; *JCP G*, n° 30, 2008, 2318 ; Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89, *D.*, 2010, p. 2092, N. AUROY ; *D.*, 2011, p. 1643, D. R. MARTIN ; *D.*, 2010, p. 2671, P. DELEBECQUE ; *LEDC*, n° 6, 2010, p. 5, A.-C. MULLER ; *CCC*, n° 7, 2010, 175, L. LEVENEUR.

³⁴⁴⁸ Décret n° 80-533 du 15 juill. 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil, *JORF* n° 0164 du 16 juill. 1980, modifié par le décret n° 2016-1278 du 29 sept. 2016 portant coordination des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0228 du 30 sept. 2016.

³⁴⁴⁹ Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, n° 16, p. 60.

³⁴⁵⁰ Art. 1100-2 du C. civil : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit ».

³⁴⁵¹ Art. 1358 du C. civil.

probatoire ne pèse sur les parties. En miroir, en matière de faits juridiques, le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui sont soumis.

En outre, le droit français manifeste une grande méfiance pour la preuve testimoniale parce qu'elle est acquise après la naissance du litige ; le juge est ainsi amené à se fonder de préférence sur des éléments de preuves préconstituées³⁴⁵², quoique l'attitude des parties ultérieure à la conclusion du contrat joue un rôle non négligeable en matière d'interprétation de l'*instrumentum*³⁴⁵³. Au contraire, en Angleterre, si les juges montrent en pratique une préférence pour le témoignage³⁴⁵⁴, les modes de preuve ne sont pas hiérarchisés. Alors qu'en France, la recherche de la vérité se fait en fonction de l'objet de la preuve qui conditionne le mode de preuve parfois imposé aux parties, le droit anglais pose un principe d'admissibilité de tous les modes de preuve avec de rares exceptions³⁴⁵⁵. Ces exceptions prennent la forme de règles d'exclusion radicales qui ne trouvent pas d'équivalent en France³⁴⁵⁶ telles que l'exclusion du témoignage pour attester du contenu d'un document³⁴⁵⁷. Les exclusions sont fondées sur le caractère jugé peu fiable de certains modes de preuve, lequel entrave l'une des missions du juge : garantir la célérité de la justice. L'ajout aux débats d'un élément dont la fiabilité n'est pas évidente complique la tâche du juge car il risque d'obscurcir la teneur du litige qui oppose les parties plutôt que de l'éclairer.

797. L'appréciation souveraine des éléments de preuve par le juge. Le concours des parties est indispensable et exigé par les règles de procédure civile en France comme en Angleterre. Il est cependant contrebalancé, en France par la hiérarchisation des modes de preuve, et en Angleterre par le souci d'autres objectifs de célérité et de contrôle du coût des procès. Néanmoins, la volonté de donner au juge les moyens de saisir les données factuelles du litige s'exprime dans le droit de la preuve à travers les nombreuses prérogatives accordées au juge. Outre le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction dès qu'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour statuer³⁴⁵⁸, le juge du fond contrôle la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis. L'appréciation des éléments de preuve en matière de faits et

³⁴⁵² John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 215.

³⁴⁵³ V. *supra* n^{os} 395s.

³⁴⁵⁴ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 214.

³⁴⁵⁵ Adam KEANE, *The Modern Law of Evidence*, 9^{ème} éd., OUP, 2012, p. 2 : « [...] *the broad governing principle of the English law of evidence can be stated in no more than nine words: all relevant evidence is admissible subject to the exceptions* ».

³⁴⁵⁶ Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, p. 58, n^{bp} 258.

³⁴⁵⁷ MacDonnell v. Evans, *Court of Common Pleas*, 23 janv. 1852, (1852) 11 CB 930.

³⁴⁵⁸ Art. 144 du CPC.

d'actes juridiques en présence d'un écrit irrégulier est soumise à l'appréciation souveraine des juges, ce qui leur confère nécessairement un pouvoir considérable, si bien que chacune des parties doit s'efforcer de convaincre les juges de l'exactitude de sa version des faits. Le juge acquiert alors un « *office de véridiction* » : en plus de sa mission de dire le droit, il doit également fixer la vérité factuelle du litige³⁴⁵⁹ qui constitue donc une vérité relative, une vérité judiciaire.

En matière contractuelle, la question de l'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges revêt une importance particulière en ce qui concerne la naissance et l'étendue de l'obligation. Le juge est privé de tout pouvoir d'appréciation lorsqu'un écrit régulier en la forme lui est soumis car il doit conclure, non seulement à l'existence de l'acte juridique et de l'obligation qui en découle, mais aussi à son existence à hauteur du montant qui est démontré. En revanche, il dispose d'une marge de manœuvre considérable lorsque les éléments de preuve visent à établir l'existence d'un fait. Or les objets de preuve de nature factuelle sont tout aussi importants en matière contractuelle que dans d'autres domaines. Que le litige naisse d'un contrat, autrement dit d'un acte juridique, n'empêche pas que l'application des règles de droit substantielles en matière contractuelle nécessitent la preuve de faits : l'échec des renégociations qui doit être établie en matière d'imprévision³⁴⁶⁰ ou encore la mauvaise exécution des obligations en vue d'obtenir réparation constituent des objets de preuve de nature factuelle dont l'établissement par les parties déterminera l'issue du litige en matière contractuelle.

Le principe traditionnel de maîtrise du litige par les parties trouve encore, en France comme en Angleterre, une expression à travers la procédure civile qui laisse entre les mains des justiciables la détermination de l'objet du litige et des faits qui le compose. La maîtrise du litige par les parties s'exprime également d'une façon plus moderne aujourd'hui à travers la contractualisation du procès.

Section 2 – Un phénomène moderne : la contractualisation du procès et du litige

798. Le procès, objet du contrat. Si le contrat peut être l'objet du procès, le procès peut devenir l'objet du contrat. Certaines conventions permettent aux parties de trancher leur litige hors d'un procès devant les juridictions étatiques, donc sans faire appel au juge. Les justiciables

³⁴⁵⁹ Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, n° 15, p. 56.

³⁴⁶⁰ Art. 1195 du C. civil.

ont ainsi deux possibilités : soit ils choisissent de régler seuls leur litige³⁴⁶¹, soit ils choisissent de faire appel à un tiers pour régler le litige³⁴⁶². Ces conventions écartent entièrement le juge et la justice étatique de la résolution du litige, restreignant indéniablement l'étendue de l'office du juge. Cependant, elles sortent du champ de cette étude. La question est de voir comment et dans quelle mesure les parties, même en choisissant de faire appel au juge pour trancher le litige, peuvent limiter son office procédural.

Par la conclusion de conventions dont la force obligatoire est reconnue, les parties peuvent « *adapter la solution judiciaire* [à leurs] *besoins* »³⁴⁶³ et réduire la marge de manœuvre du juge en matière procédurale. Ce libéralisme procédural affecte l'office du juge³⁴⁶⁴ et se manifeste à travers la force obligatoire octroyée aux conventions relatives à l'exercice de l'action en justice (§ 1). En outre, le juge, qui n'est en principe pas tenu par les qualifications proposées par les parties, peut se voir interdire de relever d'office des qualifications et fondements juridiques en ce qui concerne les droits dont les parties ont la libre disposition. Les parties ont donc la possibilité de conclure des conventions portant sur le droit applicable au litige (§ 2).

§ 1 – La contractualisation du procès, les conventions relatives à l'exercice de l'action en justice

799. L'exercice dans le temps et dans l'espace de l'action en justice. En ce qui concerne l'exercice de l'action en justice, le libéralisme procédural est susceptible d'affecter le temps dans lequel s'exerce l'action en justice (**A**) ainsi que l'espace dans lequel s'exerce l'action en justice (**B**).

A) L'exercice dans le temps de l'action en justice

800. Les clauses relatives à la prescription. Les délais pour agir en matière contractuelle en France sont particulièrement nombreux et variés. Il existe une pluralité de délais qui varient en fonction de nombreux facteurs tels que la nature du contrat ou encore l'objet de la demande, car « [la] *prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit*

³⁴⁶¹ À travers la négociation ou la transaction.

³⁴⁶² Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges offre aux parties un choix étendu d'alternatives à la justice étatique telles que la médiation, la conciliation et l'arbitrage, alternatives qui sont envisagées par le CPC lui-même, dans un souci de promouvoir les MARL en vue de désengorger les tribunaux.

³⁴⁶³ Loïc CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *LPA*, 2000, n° 90, p. 30, n° 1.

³⁴⁶⁴ Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, n° 164, p. 306.

qu'elle affecte »³⁴⁶⁵. Ces délais sont donc prévus par des dispositions législatives variées mais il est permis aux parties contractantes de s'entendre sur une réduction ou un allongement du délai de prescription légalement prévu. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 réformant le droit de la prescription³⁴⁶⁶ a consacré dans le Code civil une nouvelle section intitulée « *De l'aménagement conventionnel de la prescription* »³⁴⁶⁷ ce qui montre la possibilité pour les parties d'influencer le délai dans lequel peut et doit être exercée l'action en justice. L'article 2219 du Code civil définit la prescription extinctive comme « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». Plus précisément, « *le délai de prescription désigne une période tout au long de laquelle, en raison d'un comportement continu consistant à s'abstenir d'agir en justice, se constitue un fait extinctif du droit d'action* »³⁴⁶⁸. L'absence d'un tel fait constitue une condition de l'exercice de l'action en justice³⁴⁶⁹. Or il n'est pas anodin de constater que, si les clauses de renonciation au droit de prescrire sont nulles³⁴⁷⁰, les clauses qui allongent ou raccourcissent le délai de prescription sont licites. Les justiciables peuvent donc influencer le délai dans lequel doit s'exercer l'action en justice. L'alinéa premier de l'article 2254 du Code civil dispose : « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* ». Le régime adopté par la loi du 17 juin 2008 consacre ainsi une plus grande liberté des parties³⁴⁷¹ que celui retenu sous l'empire du droit antérieur³⁴⁷². Néanmoins, cette liberté n'est pas absolue puisque l'aménagement conventionnel du délai de prescription est exclu pour certains d'objets d'actions³⁴⁷³, pour certaines durées³⁴⁷⁴ et dépend de la nature du délai. En effet, si le délai de prescription peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel, il n'en va pas de même pour le délai de forclusion. Cela supposerait d'établir une distinction claire entre les deux.

³⁴⁶⁵ Art. 2221 du C. civil.

³⁴⁶⁶ *JORF* n° 0141 du 18 juin 2008, texte n° 1.

³⁴⁶⁷ Section composée du seul art. 2254 du C. civil.

³⁴⁶⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 231, p. 208.

³⁴⁶⁹ L'art. 122 du CPC énumère les cas de fin de non-recevoir parmi lesquels la prescription.

³⁴⁷⁰ Art. 2220 du C. civil.

³⁴⁷¹ Loïc CADIET, « Fasc. 500-95. Les clauses relatives aux litiges », in *Juriscl. Proc. civ.*, 12 sept. 2016, (actu. 14 avril 2022), n° 42.

³⁴⁷² La jurisprudence avait notamment interdit l'allongement conventionnel du délai de prescription sur le fondement de l'art. 2220 du C. civil.

³⁴⁷³ Art. 2254, al. 3 du C. civil. Sont ainsi exclues : les « *actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* ».

³⁴⁷⁴ Il ne peut être inférieur à un an ou supérieur à dix ans, cf. art. 2254 du C. civil.

801. La distinction entre la prescription et la forclusion. Le délai de prescription ne se distingue pas facilement du délai de forclusion³⁴⁷⁵. En théorie, la forclusion est une perte, par l'expiration d'un délai, de la faculté de faire valoir un droit. Selon l'article 2220 du Code civil, « [les] délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre », à savoir le Titre XX du Livre III du Code civil intitulé « *De la prescription extinctive* ». La forclusion est une sanction civile pour défaut d'accomplissement dans un délai déterminé d'une formalité : le titulaire du droit qui est forclos ne peut alors plus accomplir cette formalité. La forclusion sanctionne un comportement peu diligent, un comportement tardif. Alors que l'absence d'écoulement du délai de prescription constitue une condition de l'exercice de l'action en justice³⁴⁷⁶, l'écoulement du délai de forclusion est plus grave : il correspond à une déchéance, à une perte du droit d'exercer une action en justice.

Le processus de l'identification d'un délai comme un délai de forclusion ou de prescription revient *in fine* au juge³⁴⁷⁷. La qualification pose toutefois beaucoup de difficulté, ainsi que ce fut le cas concernant l'action résultant des vices cachés prévue à l'article 1648 du Code civil. La Cour a parfois qualifié ce délai de délai de forclusion³⁴⁷⁸, et parfois de délai de prescription³⁴⁷⁹. Dans un arrêt de 2023³⁴⁸⁰, la chambre mixte de la Cour de cassation mit un point final à l'hésitation, en évoquant la nécessité de garantir la sécurité juridique. Elle précisa

³⁴⁷⁵ V. en faveur de la confusion entre les deux notions : Nicolas BALAT, « Forclusion et prescription », *RTD civ.*, 2016, p. 751. V. en faveur de la distinction : Frédéric ROUVIÈRE, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.*, 2017, p. 529 ; Xavier LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.*, 2018, p. 469.

³⁴⁷⁶ V. *supra* n° 800.

³⁴⁷⁷ Hormis pour les délais dont la nature a été précisée par le législateur, par ex. le délai en matière de crédit à la consommation, cf. R. 312-35 du C. conso.

³⁴⁷⁸ Com., 30 mars 2016, n° 14-24874, inédit : une clause instaure un délai contractuel de forclusion de trois mois pour agir en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Le juge du fond avait retenu que la clause était opposable au client. Ce dernier forma un pourvoi en cassation sur le fondement de la nullité de cette clause par application de l'art. 2254 du C. civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, approuvant la cour d'appel d'avoir retenu la qualification juridique de délai de forclusion, auquel l'art. 2254 n'est pas applicable. V. dans le même sens : Com., 10 fév. 2015, n° 13-26232, inédit : la clause conventionnelle de prescription figurant au contrat de prêt selon laquelle la caution était déliée de toute obligation de paiement au-delà d'un délai de 6 mois courant à compter de l'acte de cautionnement ne fixe pas un délai de prescription soumis aux dispositions de l'art. 2254 du C. civil. V. aussi : Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2016, n° 15-24289, inédit ; Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ.* III, 2022, p. 444, *RDI*, 2022, p. 115, C. CHARBONNEAU ; *D.*, 2022, p. 548, M. MILLE DELATTRE ; *AJDI*, 2022, p. 471, F. COHET ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 55, L. THIBIERGE ; *Gaz. Pal.*, n° 7, 2022, p. 23, G. LEROY ; *Gaz. Pal.*, n° 3, 2022, p. 68, M. PARMENTIER ; *LEDIU*, n° 2, 2022, p. 1, B. DERRAR ; *LPA*, n° 4, 2022, p. 64, S. BARRY ; *JCP E*, n° 48, 2022, chron. 1392, P. CASSON ; *JCP E*, n° 4, 2022, act. 208, S. MAZEAUD-LEVENEUR ; *JCP E*, n° 12, 2022, chron. 1123, S. PIÉDELIÈVRE ; *CCC*, n° 3, 2022, comm. 42, L. LEVENEUR ; *Constr. – Urb.*, n° 2, 2022, comm. 20, C. SIZAIRE ; *JCP G*, n° 3, 2022, act. 89, S. MAZEAUD-LEVENEUR ; Ch. mixte, 21 juill. 2023, n° 17-17789, *Bull. civ. mixte*, 2023, p. 195 ; Ch. mixte, 21 juill. 2023, n° 20-10763, *Bull. civ. mixte*, 2023, p. 190 ; Ch. mixte, 21 juill. 2023, n° 21-19936, *Bull. civ. mixte*, 2023, p. 186.

³⁴⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 5 fév. 2020, n° 18-24365, inédit ; Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-10824, inédit ; Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2021, n° 20-15070, inédit.

³⁴⁸⁰ Ch. mixte, 21 juill. 2023, n° 21-15809, *Bull. civ. mixte*, 2023, p. 198.

que la volonté du législateur avait été de « *de permettre à tout acheteur, consommateur ou non, de bénéficier d'une réparation en nature, d'une diminution du prix ou de sa restitution lorsque la chose est affectée d'un vice caché* », ce qui nécessitait que l'acheteur soit « *en mesure d'agir contre le vendeur dans un délai susceptible d'interruption et de suspension* ». Le délai pour agir en matière de vices cachés est donc un délai de prescription, qui commence à courir à partir de la découverte du vice³⁴⁸¹.

802. Des interdictions strictes de modification conventionnelle. Le droit français interdit parfois purement et simplement la modification conventionnelle des délais de prescription dans le but de protéger une partie considérée comme faible³⁴⁸². L'article L. 114-3³⁴⁸³ du Code des assurances interdit toute modification conventionnelle des délais légaux de prescription qui sont donc d'ordre public³⁴⁸⁴. En matière de contrat de travail, le délai de l'action en réparation d'une discrimination ne peut pas non plus être modifié par convention³⁴⁸⁵. Il en va de même en ce qui concerne les opérations individuelles ou collectives proposées par les mutuelles³⁴⁸⁶. De la même façon, l'article L. 218-1 du Code de la consommation³⁴⁸⁷ interdit

³⁴⁸¹ Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047, *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *D.*, 2022, p. 585, avis P. BRUN ; *D.*, 2022, p. 590, note J.-S. BORGHETTI ; *Gaz. Pal.*, n° 17, 2022, p. 60, N. BOULLEZ ; *Gaz. Pal.*, n° 8, 2022, p. 33, C. BERLAUD ; *LEDC*, n° 4, 2022, p., M. LATINA ; *LEDIU*, n° 4, 2022, p. 5, B. DERRAR ; *RDC*, n° 2, 2022, p. 55, L. THIBIERGE ; *Defrénois*, n° 29-33, 2022, p. 25, H. LÉCUYER ; *JCP E*, n° 21, 2022, 1168, M. MEKKI ; *Constr. – Urb.*, n° 5, 2022, comm. 54, M.-L. PAGÈS-DE-VARENNE ; *RFP*, n° 4, 2022, 78 ; *Resp. civ. et assur.*, n° 4, 2022, comm. 105, E. MENARD ; *JCP E*, n° 12, 2022, 1132 ; *JCP E*, n° 8 – 9, 2022, act. 196 : pour les ventes conclues avant la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, le constructeur dont la responsabilité est retenue à l'égard du maître de l'ouvrage en raison des vices affectant les matériaux doit pouvoir exercer une action récursoire contre son vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés sans voir son action enfermée dans le délai de prescription de l'art. L. 110-4 C. commerce courant à compter de la vente initiale. L'entrepreneur ne pouvant pas agir tant qu'il n'a pas été assigné par le maître de l'ouvrage, le point de départ du délai de l'art. 1648 du C. civil est constitué par la date de sa propre assignation, et le délai de l'art. L. 110-4 du C. commerce est suspendu jusqu'à ce que la responsabilité de l'entrepreneur ait été recherchée par le maître de l'ouvrage. V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ.* III, 2022, p. 63, *RTD com.*, 2022, p. 637, B. BOULOC ; *RDC*, n° 3, 2022, p. 40, L. THIBIERGE ; *LEDC*, n° 7, 2022, p. 1, L. MOLINA ; *Defrénois*, n° 26, 2022, p. 5 ; *JCP E*, n° 48, 2022, 1392, P. CASSON ; *CCC*, n° 7, 2022, 113, L. LEVENEUR ; *Ch. mixte*, 21 juill. 2023, n° 21-17789, *Bull. civ. mixte*, 2023, p. 195.

³⁴⁸² Jean-Jacques TAISNE, « Art. 2247 à 2254 - Fasc. unique : Prescription. – Conditions : Invocation, renonciation, aménagement conventionnel », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 1^{er} déc. 2021, n° 19.

³⁴⁸³ Art. L. 114-3 C. assur. : « *Par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat d'assurance ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci* ».

³⁴⁸⁴ Par ex. lorsque l'assureur met à disposition de l'assuré un espace personnel sécurisé sur internet, l'art. 111-11 impose un délai d'au moins deux mois pour informer l'assuré de la disparition éventuelle de cet accès. V. également le délai impératif de faculté de rétractation de l'art. L. 112-2-1 en matière de fourniture à distance d'opérations d'assurance à un consommateur.

³⁴⁸⁵ Art. L. 1134-5, al. 2 du C. trav.

³⁴⁸⁶ Art. L. 221-12-1 du C. mut.

³⁴⁸⁷ Cet art. est issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 et correspond à l'ancien art. 137-1 du C. conso.

aux parties au contrat entre un professionnel et un consommateur de modifier la durée de la prescription ou d'ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci.

803. *Time-bar clauses.* S'il existe un *Prescription Act* édicté en 1832 au Royaume-Uni³⁴⁸⁸, ce dernier ne concerne en réalité que des actions très anciennes relatives à ce qui ressemble fortement aux servitudes telles qu'elles sont connues du droit français³⁴⁸⁹. Pour désigner l'écoulement d'un délai empêchant le justiciable d'agir en justice, le droit anglais utilise l'expression imagée de *time-barring*, littéralement « la barrière du temps ». Les différents délais pour agir en justice sont tous regroupés de façon très claire dans le *Limitation Act 1980*³⁴⁹⁰. En matière contractuelle³⁴⁹¹, ce texte prévoit un délai de six ans pour agir à compter de la date à laquelle la cause de l'action a pris naissance³⁴⁹². De façon similaire au droit français, le droit anglais autorise les *time-bar clauses* qui prévoient, pour exercer l'action en justice, des délais différents des délais posés par la loi. En revanche, le droit anglais ne semble pas poser d'interdiction de principe des clauses de prescription dans certaines conventions, ce qui démontre un souci moindre de protection de la partie faible qui n'est guère étonnant³⁴⁹³.

804. L'articulation avec le droit de la consommation. Lorsqu'elles ont pour effet de raccourcir le délai de prescription et qu'elles sont insérées dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou que l'une des parties ne fait qu'acquiescer aux *standard terms* de l'autre, les *time-bar clauses* sont par principe licites mais elles doivent répondre au test de *reasonableness* prévu par l'*Unfair Contract Terms Act 1977*³⁴⁹⁴. Cette exigence vient du droit de l'Union et plus précisément de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs³⁴⁹⁵. Dans un arrêt rendu par la *High Court of Justice*³⁴⁹⁶, une clause insérée dans un contrat de construction prévoyait que le point de départ du délai d'un an pour agir en réparation était déclenché par l'apparition du

³⁴⁸⁸ *Prescription Act 1832*, 1832 c. 71.

³⁴⁸⁹ *Easements*.

³⁴⁹⁰ *Limitation Act 1980*, 1980 c. 58.

³⁴⁹¹ Un délai spécifique de douze ans est prévu pour les *deeds* également nommés *specialties* qui correspondent à des contrats notariés, cf. *Limitation Act 1980*, 1980 c. 58, s.6.

³⁴⁹² *Limitation Act 1980*, 1980 c. 58, s.5 : « *An action founded on simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued* ».

³⁴⁹³ V. *supra* n° 630 sur la réticence du juge anglais à protéger le consommateur et le refus de protéger le professionnel contre les clauses abusives.

³⁴⁹⁴ V. *supra* n° 329.

³⁴⁹⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil de l'Union Européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avril 1993, L95/29.

³⁴⁹⁶ *Commercial Management (Investments) Ltd v. Mitchell Design & Construct Ltd*, *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Technology & Construction Court)*, 20 janv. 2016, [2016] EWHC 76 (TCC).

défaut allégué. Or les juges retinrent que les défauts d'un travail de compactage du sol ne sont jamais visibles en eux-mêmes mais se manifestent par une forme de détresse de la structure du bâtiment, par le biais notamment de fissures. Dans un raisonnement très pragmatique, les juges précisèrent que c'est souvent à l'issue d'une longue période que de telles fissures apparaissent et que leur cause peut être établie. Il est donc rare que ce type de défauts se manifeste en l'espace de quelques mois. En réalité, les parties n'auraient pas pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit possible pour l'entrepreneur de respecter le délai de prescription d'un an³⁴⁹⁷. Par conséquent, en l'espèce, la clause de prescription ne satisfaisait pas le critère du raisonnable.

La volonté contractuelle des parties peut influencer non seulement l'exercice dans le temps de l'action en justice mais également son exercice dans l'espace.

B) L'exercice dans l'espace de l'action en justice

805. Une place inégale accordée à la volonté contractuelle. L'exercice de l'action en justice suppose de saisir une juridiction en vue de trancher le litige. La compétence d'une juridiction se définit matériellement et territorialement. Les parties contractantes seraient donc susceptibles d'agir sur chacun de ces éléments par le biais de la clause attributive de compétence matérielle et de la clause attributive de compétence territoriale. Néanmoins, la modification conventionnelle par anticipation, c'est-à-dire avant la naissance du litige, de la compétence matérielle³⁴⁹⁸ est interdite en France sur le fondement de l'article 6 du Code civil³⁴⁹⁹. La compétence d'attribution légalement définie revêt un caractère d'ordre public en raison de l'objectif sous-jacent de bonne administration de la justice³⁵⁰⁰. En Angleterre, la matière contractuelle relève de la compétence de la *Chancery Division of the High Court of Justice* s'il s'agit d'un contrat entre commerçants ou de la *Civil Division of the High Court of Justice* dans les autres cas. En revanche, la liberté contractuelle trouve une plus grande place en ce qui concerne la compétence territoriale.

806. La nullité de principe de la clause attributive de compétence territoriale. Si le droit français pose un principe de nullité de la clause attributive de compétence territoriale, il prévoit néanmoins une exception en matière commerciale. Selon l'article 48 du Code de procédure civile : « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de*

³⁴⁹⁷ *Ibid.*, n^{os} 74 à 81.

³⁴⁹⁸ V. art. 41 du CPC applicable au litige né.

³⁴⁹⁹ Cass. ch. req., 4 nov. 1885, S. 1888, 1, p. 459.

³⁵⁰⁰ Thomas PIAZZON, « Article 6 du Code civil », LexisNexis, 21 janv. 2021, n^o 7.

compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». L'existence d'une exception peut s'expliquer par le moindre enjeu de bonne administration de la justice en ce qui concerne la compétence territoriale : si les parties, pour des raisons pratiques, préfèrent choisir une juridiction matériellement compétente dans un autre lieu que celui désigné par les règles légales de compétence territoriale³⁵⁰¹, le législateur n'a pas de raison de s'y opposer³⁵⁰². Néanmoins, il faut noter que l'exception est limitée aux accords entre commerçants, excluant ainsi les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, dans un souci constant de protéger la partie faible au contrat³⁵⁰³.

807. La vérification des critères de l'exception. Il revient au juge de contrôler le respect des critères de l'exception posée par l'article 48 du Code de procédure civile. Si la jurisprudence ne laisse pas paraître de difficulté quant à la détermination de la qualité de commerçant clairement définie par le Code de commerce³⁵⁰⁴, la détermination de ce qui constitue une clause d'attribution ayant fait l'objet d'un accord entre les parties est sujette à une plus grande controverse. Le caractère « *très apparent* » de la clause est apprécié strictement et souverainement³⁵⁰⁵ par les juges du fond. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation³⁵⁰⁶ retient que les juges du fond ont pu valablement retenir que la clause ne remplissait pas les conditions de l'article 48 du Code de procédure civile et devait donc être réputée non-écrite dans la mesure où elle figurait au verso des bons de commande échangés entre les parties et était « *rédigée en caractères grisâtres et peu lisibles* ». Il en fut de même pour une clause imprimée verticalement sur le bord gauche du bon de commande et en petits caractères³⁵⁰⁷. De la même façon, une clause figurant à la fin d'un paragraphe de quinze lignes intitulé « *attestation de mandat* » ne saurait satisfaire à l'exigence d'apparence³⁵⁰⁸.

En outre, il arrive fréquemment que la clause d'attribution de compétence figure dans un premier contrat, puis qu'une partie à ce contrat conclue une convention avec un tiers pour

³⁵⁰¹ Art. 42 du CPC.

³⁵⁰² Loïc CADIET, « Fasc. 500-95 - Les clauses relatives aux litiges », *JurisCl. Proc. civ.*, LexisNexis, 12 sept. 2016 (actu. 14 avril 2022), n° 51.

³⁵⁰³ V. *supra* n° 802.

³⁵⁰⁴ Art. L. 121-1 du C. commerce et art. L. 110-1 pour la définition des actes de commerce.

³⁵⁰⁵ Civ. 2^{ème}, 20 fév. 1980, n° 78-14437, *Bull. civ. II*, 1980, n° 37.

³⁵⁰⁶ Com., 30 nov. 1981, n° 80-12353, *Bull. civ. IV*, 1981, n° 145, *D.*, 1982, p. 156, note P. JULIEN.

³⁵⁰⁷ Com., 16 nov. 1983, n° 79-17031, *Bull. civ. IV*, 1983, n° 313.

³⁵⁰⁸ Com., 8 mars 2017, n° 15-20457, inédit.

effectuer une partie de la prestation qui lui revenait initialement. Par exemple, un arrêt de la cour d'appel de Paris³⁵⁰⁹ retint que la clause figurant dans le contrat de sous-traitance de prestation de services non signé par le demandeur ne lui était pas opposable. Le défendeur faisait valoir l'acceptation de la clause par le demandeur par le biais de l'exécution des prestations du contrat de sous-traitance. Les juges du fond retinrent que « *la clause était autonome par rapport au contenu des prestations réalisées par [le demandeur], de sorte que la réalisation de ces dernières ne saurait en soi démontrer son acceptation tacite par celle-ci* ». Le juge du fond doit veiller à justifier sa décision par rapport à l'article 48 du Code de procédure civile. Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation³⁵¹⁰, les juges du fond avaient relevé que la clause attributive de compétence figurait sur les quatre factures établies au nom de la société défenderesse ainsi que sur les bons de livraison correspondants revêtus du nom du gérant de celle-ci. Ils en déduisirent que le tribunal désigné par la clause était compétent pour connaître du litige opposant l'acquéreur et le vendeur. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour défaut de base légale au visa de l'article 48 du Code de procédure civile. En effet, la société défenderesse contestait la validité de ces documents en soutenant n'avoir jamais conclu de contrat. Constater l'existence d'un courant d'affaires d'ores et déjà établi à la date des commandes prétendument impayées aurait permis à la cour d'appel de retenir que la société acheteuse connaissait la clause litigieuse et l'avait acceptée. N'ayant pas caractérisé cet élément, elle a privé sa décision de base légale³⁵¹¹.

808. La validité des *jurisdiction clauses*. En droit anglais, la juridiction compétente est en principe définie par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*³⁵¹² par référence au domicile du défendeur. Ainsi, une personne domiciliée dans une « région » du Royaume-Uni devra être assignée en justice devant les juridictions de cette même région. La définition britannique de la *ratione loci* réside avant tout dans une stricte séparation entre un procès intenté en Angleterre et au Pays de Galles et un procès intenté en Ecosse ou en Irlande du Nord puisque ces deux régions disposent d'un système judiciaire distinct du système commun à l'Angleterre

³⁵⁰⁹ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 24 nov. 2016, n° 16/1045.

³⁵¹⁰ Com., 23 janv. 2019, n° 17-21283, inédit.

³⁵¹¹ V. dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 18 nov. 1992, n° 90-15914, *Bull. civ.* II, 1992, n° 264, p. 131 qui casse, pour défaut de base légale au regard de l'art. 48 CPC, l'arrêt de la cour d'appel rejetant l'exception d'incompétence territoriale fondée sur cette clause. Il revenait à la cour d'indiquer en quoi cette clause ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 48 CPC eu égard aux conditions matérielles de sa présentation et préciser les circonstances d'où il résultait que l'une des parties n'avait pas consenti à cette stipulation alors qu'elle avait signé le bon de commande.

³⁵¹² *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, 1982 c. 27, *Schedule 4*.

et au Pays de Galles³⁵¹³. En matière contractuelle, il est possible de déroger à la règle de principe et d'assigner le défendeur devant le tribunal du lieu où l'obligation litigieuse doit être exécutée³⁵¹⁴.

Le droit anglais autorise les parties à déterminer la juridiction territorialement compétente par des stipulations nommées *jurisdiction clauses* selon un processus nommé *Prorogation of competence*³⁵¹⁵. Le juge saisi en application d'une telle clause peut être sollicité par le demandeur pour prononcer une *anti-suit injunction*, littéralement une injonction anti-procès, qui interdit au défendeur de saisir une autre juridiction pour le même litige. En vertu du *Senior Courts Act* de 1981, le juge anglais a le pouvoir d'accorder cette injonction « *s'il lui apparaît qu'il est juste et opportun de le faire* »³⁵¹⁶ ce qui revient, en matière de clause attributive de compétence, à déterminer la validité d'une telle clause. Ces clauses sont particulièrement fréquentes dans les contrats internationaux³⁵¹⁷ et la jurisprudence anglaise en la matière assez abondante. L'office du juge consiste principalement à mettre en balance les divers intérêts en présence.

809. Des dispositions européennes favorables aux clauses attributives de juridiction. Le Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁵¹⁸ consacre la validité des conventions attributive de juridiction³⁵¹⁹. L'objectif de ces dispositions est de favoriser les clauses attributives de juridiction et l'expression de la volonté des parties. La jurisprudence rendue par la CJUE en la

³⁵¹³ V. *supra* n° 15.

³⁵¹⁴ *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, 1982 c. 27, *Schedule 4, para. 3(a)*.

³⁵¹⁵ *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, 1982 c. 27, *Schedule 4, para. 12(1)*. Il est par ex. possible d'attirer en justice un défendeur résidant en Angleterre devant les juridictions écossaises, à condition que la clause d'attribution soit également valide en vertu du droit écossais.

³⁵¹⁶ *Senior Courts Act 1981*, 1981 c. 54, s.37(1).

³⁵¹⁷ L'art. 23, point 1, issu de la section 7 du règlement (CE) « Bruxelles I », n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 16 janv. 2001, L012, valide les clauses de prorogations de compétence convenues entre les parties dont au moins une est domiciliée sur le territoire d'un État-membre. En outre, en matière contractuelle, l'art. 5 du même règlement offre au demandeur l'option d'attirer son cocontractant devant « *le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* », par dérogation au principe fixé à l'art. 2 selon lequel le défendeur doit être attiré devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié.

³⁵¹⁸ Règlement (UE) « Bruxelles I bis », n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* du 20 déc. 2012, L351, p. 1.

³⁵¹⁹ *Ibid.* art 25.

matière confirme cette lecture puisque la Cour a notamment précisé, dans un arrêt de 1992³⁵²⁰, que bien que l'article 25 du Règlement « Bruxelles I bis » ne fasse référence qu'aux « *différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé* », la clause attributive de compétence figurant dans les statuts d'une société et applicable à tout litige susceptible de naître entre les associés et la société avait un objet suffisamment déterminé au sens de l'article 17 de la Convention³⁵²¹. En outre, la CJUE a également clarifié l'articulation entre le droit européen de la concurrence et le principe de validité des clauses attributives de juridictions conclues entre les contractants. Dans un arrêt de 2017³⁵²², la première chambre civile de la Cour de cassation formula plusieurs questions préjudicielles relatives à l'article 23 du règlement Bruxelles I. Il s'agissait de savoir si cet article permettait au juge national saisi d'une action en dommages et intérêts formée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 TFUE, qui sanctionne l'abus de position dominante, de faire application d'une clause attributive de juridiction stipulée au contrat liant les parties. Si tel était le cas, il convenait de déterminer si le juge national pouvait faire application de cette clause même si elle ne visait pas les différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence. Enfin, la Cour devait également déterminer si la clause attributive de juridiction pouvait être écartée dans le cas où aucune infraction au droit de la concurrence n'avait été constatée par une autorité nationale ou européenne. La Cour de justice répondit, dans un arrêt de 2018³⁵²³, que l'application, à l'égard d'une action en dommages et intérêts intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 TFUE, d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat liant les parties « *n'[était] pas exclue au seul motif que cette clause ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la*

³⁵²⁰ CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc, aff. C-214/89, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 528, H. GAUDEMET-TALLON ; *RTD civ.*, 1992, p. 755, J. MESTRE ; *BJS*, 1992, n° 7-8, p. 767, J.-B. BLAISE ; *JDI*, 1993, p. 474, obs. J.-M. BISCHOFF.

³⁵²¹ L'art. 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 31 déc. 1972, L299, p. 32 dispose : « *Si, par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit, les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents* ». L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³⁵²² Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285 ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.*, 2018, p. 338 A. JEAUNEAU ; *D.*, 2018, p. 1934, L. d'AVOUT ; *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 126, D. BUREAU ; *LEDICO*, n° 5, 2019, p. 6, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI ; *Gaz. Pal.*, n° 8, 2019, p. 42, C. BERLAUD ; *Resp. civ. et assur.*, n° 2, 2018, comm. 38, N. CIRON ; *CCC*, n° 12, 2017, comm. 247, N. MATHEY ; *JCP G*, n° 49, 2017, 1279, act. L. IDOT.

³⁵²³ CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *D.*, 2018, p. 2338, H. GAUDEMET-TALLON ; *RJ com.*, 2019, p. 49, note G. DECOCQ ; *RTD eur.*, 2019, p. 907, L. IDOT ; *RTD civ.*, 2019, p. 289, L. USUNIER ; *D.*, 2019, p. 1956, L. d'AVOUT ; *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 786, L. IDOT ; *AJ contrat*, 2019, p. 31, G. PARLEANI ; *CCC*, n° 1, 2019, comm. 11, D. BOSCO ; *Procédures*, n° 12, 2018, 369, comm. C. NOURISSAT ; *Europe*, n° 12, 2018, comm. 496, L. IDOT.

responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence ». Elle ajouta que l'application de la clause « *ne dépend pas du constat préalable d'une infraction au droit de la concurrence par une autorité nationale ou européenne* ». Le droit de l'Union Européenne et la jurisprudence de la Cour de Justice se montrent particulièrement favorables aux clauses attributives de juridiction contenues dans les contrats. Néanmoins, le droit national peut parfois amoindrir leur efficacité.

810. La bonne administration de la justice. En dépit des dispositions et de ces arrêts de la CJUE favorables aux clauses attributives de juridictions, divers éléments sont susceptibles de faire échec à leur efficacité en droit interne. C'est le cas de la bonne administration de la justice. Par exemple, si le droit français autorise les commerçants à choisir la juridiction territorialement compétente pour leur litige car l'enjeu de respect de l'ordre public est moins présent qu'en matière de compétence matérielle, les juges sont également susceptibles d'écarter le jeu de la clause d'attribution de compétence territoriale pour des raisons de bonne administration de la justice. Dans un arrêt rendu en 2018, la chambre commerciale de la Cour de cassation³⁵²⁴ estime que la cour d'appel a pu valablement retenir la non-application de la clause d'attribution de compétence. En l'espèce, une société française avait acheté une grue puis chargé une société française de s'occuper de la transporter. Cette dernière société avait conclu un contrat de transport avec une société norvégienne qui effectua le déplacement de la grue. Le contrat de transport contenait une clause d'attribution de compétence au profit d'une juridiction norvégienne. Constatant un défaut de la grue, l'acquéreur avait agi contre le vendeur et le transporteur devant le tribunal de commerce de Fort-de-France. La cour d'appel de Fort-de-France³⁵²⁵ avait retenu que « *l'opération de transport a concerné une marchandise et des entreprises françaises. Il n'est certainement pas d'une bonne administration de la justice de disjoindre la procédure opposant les deux sociétés. Il est important de considérer l'opération de transport dans sa globalité* ». Par conséquent, l'application de la clause attributive de compétence s'était heurtée à un principe supérieur de bonne administration de la justice.

Un constat similaire peut être fait en Angleterre. Dans un arrêt rendu par la *House of Lords* en 2001³⁵²⁶, cette dernière se prononça sur la façon dont le juge devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par le *Senior Courts Act* de 1981 à la lumière du droit

³⁵²⁴ Com., 7 fév. 2018, n° 16-18140, inédit.

³⁵²⁵ CA Fort-de-France, ch. civ., 22 mars 2016, n° 12/00502.

³⁵²⁶ *Donohue v. Armco Inc*, *House of Lords*, 13 déc. 2001, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749.

communautaire alors applicable³⁵²⁷. Les *Lords* précisèrent que le juge devait par principe donner effet à une clause de compétence exclusive, sauf s'il existait de très bonnes raisons de refuser l'efficacité de la clause. L'appréciation de ces raisons doit se faire selon une logique casuistique, en fonction des circonstances de chaque cas individuel, les facteurs à prendre en considération incluant notamment les intérêts des tiers à la convention attributive de juridiction et la probabilité de procédures engagées parallèlement dans le même litige. En l'espèce, la *House of Lords* estima que la *Court of Appeal* aurait dû refuser d'accorder l'*anti-suit injunction* aux motifs que les intérêts de la justice seraient mieux servis par la tenue d'un procès unique à New York dans la mesure où le défendeur au procès en Angleterre, de nationalité américaine, avait déjà agi contre une pluralité de défendeurs devant les juridictions new-yorkaises et que certaines des parties et des demandes dans les procédures américaines n'étaient pas couvertes par la clause de compétence exclusive.

Néanmoins, la bonne administration de la justice peut également pencher en faveur de l'efficacité de la clause attributive de juridiction³⁵²⁸. Dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal*³⁵²⁹, une banque était domiciliée et exerçait son activité à Monaco. Le contrat avec la clientèle contenait une clause selon laquelle tout litige serait soumis à la compétence exclusive des tribunaux monégasques. Deux autres sociétés appartenant au même groupe bancaire étaient domiciliées en Angleterre et au Pays de Galles. Une cliente de la banque avait agi contre ces dernières sociétés pour *negligence* résidant dans la non prise en compte de ses réclamations à l'encontre de la banque monégasque. La cliente, estimant que cette dernière avait effectué des transactions non autorisées sur son compte, souhaitait poursuivre la banque monégasque dans le cadre de l'action anglaise afin d'éviter le risque de jugements contradictoires. La *High Court of Justice* avait retenu l'efficacité de la clause attributive de compétence ce qu'approuva la *Court of Appeal*, retenant que le juge était en droit d'accorder plus d'importance à la clause de compétence exclusive en faveur de Monaco et au fait que l'exécution des obligations contractuelles de la banque envers le demandeur avait eu lieu à Monaco. La détermination du lieu d'exécution des obligations revêt, en matière contractuelle, une importance toute

³⁵²⁷ Règlement (CE) « Bruxelles I », n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 16 janv. 2001, L012.

³⁵²⁸ Attirer l'adversaire devant une juridiction en méconnaissance de la clause attributive de juridiction peut alors donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts : *Union Discount Co Ltd v. Zoller, Court of Appeal (Civil Division)*, 21 nov. 2001, [2001] EWCA Civ 1755, [2002] 1 W.L.R. 1517.

³⁵²⁹ *Jong v. HSBC Private Bank (Monaco) SA*, 22 oct. 2015, [2015] EWCA Civ 1057; [2015] 2 C.L.C. 607.

particulière en Angleterre en ce qu'elle est susceptible de faire échec à la clause attributive de compétence ou au contraire d'appuyer son efficacité aux yeux du juge.

811. La définition du lieu de l'exécution du contrat. Dans un arrêt rendu en 2019³⁵³⁰, la *High Court of Justice* clarifia la façon dont le juge devait déterminer le lieu d'exécution du contrat. En l'espèce, un cabinet d'avocats écossais, défendeur, avait demandé aux tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles de se déclarer incompétents pour connaître des demandes formées par le demandeur pour manquement à une obligation de conseil et négligence, en vertu de la règle de principe d'attribution de compétence territoriale en fonction du domicile du défendeur prévue par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act* de 1982. Les juges précisèrent que pour déterminer le lieu de l'exécution de l'obligation, il convenait de se référer d'abord au contrat susceptible de préciser le lieu d'exécution. En l'absence d'une telle précision, il devenait nécessaire d'identifier le créancier des obligations litigieuses afin de déterminer leur lieu d'exécution³⁵³¹. Les juges retinrent que, si les personnes physiques que le défendeur avait conseillées se trouvaient principalement en Écosse, elles n'étaient que les représentants de la société créancière de l'obligation de conseil dont le siège social se trouvait en Angleterre. L'obligation avait donc été exécutée en Angleterre de telle sorte que la société créancière et demanderesse pouvait attirer son cocontractant devant les juridictions anglaises par application de la règle dérogatoire en matière contractuelle.

La volonté contractuelle peut non seulement intervenir pour définir les conditions de l'exercice de l'action en justice, mais elle peut également, de façon plus surprenante, avoir pour objet le droit applicable au litige.

§ 2 – La contractualisation du litige, les conventions relatives au droit

812. Les dénominations et fondements juridiques fixés par les parties. L'article 12 du Code de procédure civile figure dans le chapitre premier du Livre premier intitulé « *Les principes directeurs du procès* » et il appartient à la section V intitulée « *Le droit* ». Si le droit est en principe le domaine du juge, l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile interdit au juge de « *changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les* »

³⁵³⁰ *Holgate v. Addleshaw Goddard (Scotland) LLP, High Court of Justice (Chancery Division)*, 16 juill. 2019, [2019] EWHC 1793 (Ch), [2020] 1 All E.R. (Comm) 447.

³⁵³¹ *Ibid.* n^{os} 137 et 138.

qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». La disposition peut surprendre : les parties sollicitent le juge en limitant sciemment son office procédural, comme si elles ne souhaitent pas forcément obtenir le jugement le plus pertinent pour trancher le litige. Le troisième alinéa est en contradiction avec le second alinéa, ou tout du moins il constitue une dérogation au second alinéa qui impose au juge de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». La règle est originale et il ne semble pas exister d'équivalent en Angleterre. Il convient d'examiner le fondement de cette possible limitation contractuelle de l'office du juge puis d'envisager ses critères de mise en œuvre.

813. Fondement. L'actuel troisième alinéa était initialement le quatrième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile et il doit se comprendre par référence à l'ancien troisième alinéa, qui fut finalement annulé par le Conseil d'État³⁵³² et disposait : « [Le juge] *peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* »³⁵³³. La faculté octroyée aux parties de limiter le juge à certains points de droit et qualifications s'expliquait mieux dans un contexte où le juge s'était vu reconnaître le pouvoir de relever d'office un moyen de pur droit³⁵³⁴, à savoir un « *moyen qui ne se fonde que sur des faits litigieux* »³⁵³⁵. Cette disposition traduisait l'obligation pesant sur le juge de trancher le litige selon les règles qui lui sont applicables et posée par le premier alinéa du même article³⁵³⁶. En effet, pour accomplir cette tâche, le juge devrait pouvoir relever, sans que les parties l'aient invoqué, un moyen de droit applicable au litige. Il semble que l'annulation de cet alinéa soit surtout fondée sur sa combinaison avec l'article 16 initial que le Conseil d'État a également annulé et qui ne soumettait pas le relevé d'office d'un moyen de pur droit à l'obligation pour le juge d'inviter les parties à débattre contradictoirement du moyen ainsi relevé³⁵³⁷. L'actuel troisième alinéa subsiste donc, permettant aux parties d'entraver le pouvoir de requalification

³⁵³² CE, 12 oct. 1979, *D.* 1979, p. 606, note A. BÉNABENT ; *JCP* 1980, II, 19288, concl. FRANC, note BORÉ ; *Gaz. Pal.*, 1980, 1, p. 6, note P. JULIEN.

³⁵³³ Décret n° 75-1123 du 5 déc. 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, *JORF* n° 0285 du 9 déc. 1975, n° complémentaire.

³⁵³⁴ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, coll. BDP, 1996, n° 104, p. 66.

³⁵³⁵ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. *Hypercours*, 7^{ème} éd., 2021, n° 784, p. 389.

³⁵³⁶ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. *Hypercours*, 7^{ème} éd., 2021, n° 781, p. 388.

³⁵³⁷ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Lucie MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, coll. *Hypercours*, 7^{ème} éd., 2021, n° 782, p. 388.

du juge. En vertu de ce mécanisme, « [l]’immuabilité du litige s’étend alors au droit »³⁵³⁸ de façon contraire à l’office traditionnel des parties et du juge³⁵³⁹, car l’existence d’un tel accord empêche le juge de requalifier ou de relever d’office des moyens de droit.

814. L’accord des parties. Il revient au juge de déterminer si la condition d’un accord exprès entre les parties sur les points de droit et qualifications est remplie. La Cour de cassation a précisé que la simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l’accord exprès visé à l’alinéa 3 de l’article 12 du Code de procédure civile³⁵⁴⁰. Le critère est néanmoins assoupli dans un litige présentant un élément d’extranéité puisque la Cour de cassation a retenu que l’accord pouvait résulter « *des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat* »³⁵⁴¹. Les juges du fond ne manquent pas de rappeler cette plus grande souplesse en matière internationale. À titre d’exemple, un arrêt récent de la cour d’appel de Douai précise que « *l’accord procédural s’entend plus souplesment dans le domaine international* »³⁵⁴².

Dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2005³⁵⁴³, les juges examinèrent un pourvoi qui reprochait à la cour d’appel d’avoir retenu l’application du droit français s’agissant de ventes internationales plutôt que d’avoir appliqué d’office les articles 35 à 40 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que l’article 6 de la Convention de Vienne permet aux parties d’en exclure l’application, même tacitement selon la Cour. Cette dernière retient qu’en l’espèce, les parties ayant invoqué et discuté sans aucune réserve au cours de la procédure la garantie de la chose vendue définie par les articles 1641 et suivants du Code civil, il en résultait que les parties avaient, « *en connaissance du caractère international des ventes qu’elles avaient conclues,*

³⁵³⁸ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 535, p. 477.

³⁵³⁹ V. *supra* n° 759.

³⁵⁴⁰ Civ. 3^{ème}, 10 oct. 1979, *Bull. civ.* III, 1979, n° 175 ; Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1992, n° 91-10054, *Bull. civ.* I, 1992, n° 261 ; Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n° 05-10086, *Bull. civ.* II, 2006, n° 217 ; *Procédures* 2006, n° 229, obs. R. PERROT ; *JCP G*, n° 14, 2007, 139, T. CLAY ; *D.*, 2007, pan. 1382, obs. P. JULIEN ; *Gaz. Pal.*, n° 78, 2008, p. 22.

³⁵⁴¹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, n° 95-15557, inédit, *Rev. crit. DIP* 1998, 60, note P. MAYER ; Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 96-21333, inédit, *Gaz. Pal.*, 2000, 39, note J.-P. NIBOYET.

³⁵⁴² CA Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 24 juin 2021, n° 19/01444.

³⁵⁴³ Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ.* I, 2005, n° 381, p. 317, *RTD civ.*, 2006, p. 268, P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2007, p. 530, C. WITZ ; *Rev. crit.*, *DIP*, 2006, p. 373, D. BUREAU ; *RTD com.*, 2006, p. 468, B. BOULOC ; *RTD com.*, 2006, p. 249, P. DELEBECQUE ; *JCP G*, n° 21 – 22, 2006, II, 10086, J.-G. MAHINGA ; *JCP E*, n° 48, 2005, 1741 ; *JCP G*, n° 47, 2005, IV, 3523, M.-C. ROUAUT ; *RDC*, n° 2, 2006, p. 515, P. DEUMIER. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ.* I, 2001, n° 189, p. 120, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 93, H. MUIR WATT ; *RTD com.*, 2001, p. 1052, J.-M. JACQUET ; *D.*, 2001, p. 3607, C. WITZ ; *RTD com.*, 2002, p. 147, B. BOULOC ; *Procédures*, n° 11, 2001, comm. 212, H. CROZÉ ; *CCC*, n° 11, 2001, comm. 157, L. LEVENEUR ; *LPA*, n° 29, 2002, p. 17, A. MALAN ; *LPA*, n° 108, 2002, p. 11, P. COURBE, C. BRIERE, F. JAULT, C. LEGROS, H. CHANTELOUP.

volontairement placé la solution de leurs différends sous le régime du droit interne français de la vente ». La cour d'appel était donc tenue de retenir l'application du droit français pour trancher le litige.

815. L'appréciation de l'existence d'un accord par le juge. En revanche, il est indéniable que le juge du fond conserve une marge de manœuvre importante dans l'appréciation de l'existence de l'accord, y compris en matière internationale. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai³⁵⁴⁴, les juges durent trancher la question de l'existence d'un accord procédural qui retiendrait l'application de la loi allemande au litige. Selon l'une des parties, cet accord résulterait des écritures échangées par les parties lors d'une procédure de référé. Or, selon les juges, il était déterminant que l'éventuelle application de la loi allemande ne soit mentionnée dans les écritures de l'une des parties qu'à titre subsidiaire, les arguments principaux se référant au Code de procédure civile français. L'existence d'un accord tacite telle que nécessaire pour l'application de l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile en matière internationale fut donc rejetée.

Le juge conserve donc sa marge de manœuvre dans la mesure où il lui revient d'apprécier les faits, et de déterminer si les faits lui permettent de discerner l'existence d'un accord. Il lui est ainsi possible de conforter sa lecture des écritures des parties par l'attitude de ces dernières. Par exemple, l'existence d'un accord tacite fut retenue entre des parties dont les écritures se contentent de mentionner un tel accord et qui, à la suite de la réouverture du débat par le juge sur un point précis, ne forment aucune observations³⁵⁴⁵. En revanche, l'absence de discussion dans les écritures d'une partie du fondement juridique invoqué par l'adversaire ne suffit pas à constituer un accord exprès tel que visé par l'article 12 du Code de procédure civile³⁵⁴⁶. Lorsque l'accord entre les parties fait défaut, le juge retrouve son pouvoir de requalification des éléments litigieux posé par l'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile³⁵⁴⁷.

816. Les droits faisant l'objet d'une libre disposition. Les droits dont les parties ont la libre disposition ne sont pas clairement définis par la loi française. Il y est fait référence à l'article 2059 du Code civil qui autorise la convention d'arbitrage relativement à tous les droits dont les justiciables ont la libre disposition. L'article 2260 prévoit des domaines qui sont exclus

³⁵⁴⁴ CA Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 24 juin 2021, n° 19/01444.

³⁵⁴⁵ CA Bastia, ch. civ., 1^{ère} section, 30 juin 2021, n° 19/00703.

³⁵⁴⁶ CA Rennes, 4^{ème} ch., 15 oct. 2020, n° 18/02841.

³⁵⁴⁷ Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1979, n° 77-15737, *Bull. civ.* III, 1979, n° 175 ; *JCP G*, IV, 1979, p. 370.

de ce champ ce qui laisse supposer l'existence de droits dont le justiciable n'a pas la libre disposition, plus précisément « *les questions d'état et de capacité des personnes, [...] celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou [...] les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement [...] toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». La matière contractuelle n'est pas explicitement mentionnée. Cela laisse entendre que les actions en justice qui naîtraient d'un contrat sont des droits dont les parties contractantes ont la libre disposition. L'accord procédural semble le plus souvent utilisé pour définir la loi applicable à un point du litige³⁵⁴⁸, exclure une règle de conflit en matière internationale³⁵⁴⁹, ainsi que pour définir les éléments de preuve³⁵⁵⁰.

817. L'illustration des conventions sur la preuve. Depuis la réforme du droit des contrats et de la preuve des obligations de 2016³⁵⁵¹, l'article 1356 du Code civil consacre la validité des conventions sur la preuve retenue très tôt par la jurisprudence³⁵⁵². Cette disposition fixe la validité de principe de ces conventions, qui ne peuvent cependant « *contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment [ou encore] établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ». Cela permet aux parties de renverser la charge de la preuve³⁵⁵³ en principe établie par l'article 1353 du Code civil³⁵⁵⁴. En outre, l'article 1356 du Code civil permet également aux parties d'agir sur

³⁵⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *RTD civ.*, 2006, p. 268, P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2007, p. 530, C. WITZ ; *Rev. crit., DIP*, 2006, p. 373, D. BUREAU ; *RTD com.*, 2006, p. 468, B. BOULOC ; *RTD com.*, 2006, p. 249, P. DELEBECQUE ; *JCP G*, n° 21 – 22, 2006, II, 10086, J.-G. MAHINGA ; *JCP E*, n° 48, 2005, 1741 ; *JCP G*, n° 47, 2005, IV, 3523, M.-C. ROUAUT ; *RDC*, n° 2, 2006, p. 515, P. DEUMIE. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 93, H. MUIR WATT ; *RTD com.*, 2001, p. 1052, J.-M. JACQUET ; *D.*, 2001, p. 3607, C. WITZ ; *RTD com.*, 2002, p. 147, B. BOULOC ; *Procédures*, n° 11, 2001, comm. 212, H. CROZÉ ; *CCC*, n° 11, 2001, comm. 157, L. LEVENEUR ; *LPA*, n° 29, 2002, p. 17, A. MALAN ; *LPA*, n° 108, 2002, p. 11, P. COURBE, C. BRIERE, F. JAULT, C. LEGROS, H. CHANTELOUP. V. *supra* n° 814.

³⁵⁴⁹ CA Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 24 juin 2021, n° 19/01444.

³⁵⁵⁰ V. l'arrêt de principe : Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, « Crédicas », n° 86-16197, *Bull. civ. I*, 1989, n° 342, p. 230.

³⁵⁵¹ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1.

³⁵⁵² Req., 27 fév. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, p. 822 ; Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, n°s 86-16196 et 86-16197, *Bull. civ. I*, n°s 340 et 342, p. 230 ; *D.*, 1990, p. 369, note C. GAVALDA ; *D.*, 1990, somm. p. 327, obs. J. HUET ; *JCP G*, 1990, II, 21576, note G. VIRASSAMY

³⁵⁵³ Civ. 1^{ère}, 24 fév. 2004, n° 02-14005, *Bull. civ. I*, 2004, n° 58, comm. 45, *Resp. civ. et assur.*, n° 5, 2004, p. 153, H. GROUDEL ; *LPA*, 2007, n° 107, p. 8, P. CASSON : la clause de valeur agréée, stipulée dans la police d'assurance emportait inversion de la charge de la preuve quant à la valeur de la chose assurée au moment du sinistre de telle sorte qu'il revenait à l'assureur de prouver que la valeur avait diminué au moment diminué ; Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *RDC*, 2008, p. 252, obs. Y.-M. LAITHIER ; *D.*, 2008, p. 2820, P. DELEBECQUE ; *JCP G*, n° 48, 2007, 3160, M.-C. ROUAULT ; *LPA*, 2008, n° 110, p. 12, G. PIGNARRE, H. CLARET, V. FORRAY, S. PIMONT, L. GAUDIN : une convention imposait au déposant d'un cheval la preuve du manquement du dépositaire à ses obligations contractuelles.

³⁵⁵⁴ « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

l'admissibilité de certains modes de preuve. Par exemple, dans un arrêt de 2021³⁵⁵⁵, la cour d'appel de Paris eut à connaître d'un contrat de licence, d'assistance, de maintenance et de prestation de services conclu entre deux sociétés commerciales qui stipulait : « *le contrat ne peut être modifié que par voie d'avenant signé des deux parties* ». La cour en déduisit que les parties avaient ainsi réalisé, outre l'adoption d'un formalisme contraignant pour la modification de leurs relations que le principe de liberté contractuelle rendait possible, une véritable convention portant sur les moyens de preuve. Un tel accord permet aux parties d'éviter des discussions sur la valeur contractuelle et probatoire d'écrits ou autres documents. Les juges mentionnèrent la licéité de cette convention « *dès lors qu'elle porte sur les droits dont les parties ont libre disposition, ce qui [était] le cas en l'occurrence* » et en conclurent que les parties avaient « *ainsi valablement pu restreindre la règle de la liberté et de la souplesse probatoires en matière commerciale* ». La cour conclut explicitement au caractère non contractuel de l'échange de mails litigieux pour défaut du respect du formalisme imposé par le contrat sans mentionner la conséquence en matière probatoire, mais il semble que par effet de la convention portant sur les moyens de preuve, l'échange de mails soit en réalité irrecevable.

La convention portant sur la preuve est d'autant plus intéressante pour le justiciable que l'article 1368 du Code civil confère au juge, en son absence, un pouvoir étendu de « *détermin[er] par tout moyen le titre le plus vraisemblable* » en cas de conflit de preuve par écrit. La convention permet donc de limiter le pouvoir judiciaire d'appréciation des éléments de preuve. Cependant, cette limitation est loin d'être absolue. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 décembre 2017³⁵⁵⁶, eut à connaître d'une convention de preuve tacite contenue dans un contrat portant sur la création et la fourniture d'un logiciel. La clause précisait que tout dysfonctionnement du logiciel devait être signalé par le client en remplissant une fiche individuelle d'identification écrite et qu'à défaut de réserves respectant ce formalisme, le produit devait être considéré comme « *tacitement recetté* »³⁵⁵⁷. En l'espèce, le client n'avait pas respecté le formalisme prévu pour manifester son mécontentement et ne pouvait donc verser aux débats la fiche visée par la convention probatoire. Les juges du fond

³⁵⁵⁵ CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 1 oct. 2021, n° 19/04207.

³⁵⁵⁶ Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ.* IV, n° 159, p. 214, *CCC*, n° 3, 2018, comm. 40, L. LEVENEUR ; *D.*, 2019, p. 157, J.-D. BRETZNER ; *D.*, 2018, p. 371, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2018, p. 123, H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 327, G. LARDEUX ; *LEDC*, n° 1, 2018, p. 1, M. LATINA ; *RDC*, n° 2, 2018, p. 215, J. KLEIN.

³⁵⁵⁷ La recette informatique correspond à une phase de tests visant à vérifier la conformité du produit aux exigences du client. Elle est en principe formelle, c'est-à-dire constitués par des actes positifs, à savoir la réalisation de tests. Elle est tacite lorsque le logiciel est considéré comme accepté par le client en ce que celui-ci n'a pas fait état de dysfonctionnements. [En ligne] <https://perso.liris.cnrs.fr/amelie.cordier/teaching/recettes/> (consulté le 15/06/2022)

avaient néanmoins retenu que le client avait, sous d'autres formes, formulé des observations relatives aux dysfonctionnements rencontrés dont l'existence était ainsi établie. L'entrepreneur forma un pourvoi en cassation fondé sur la violation de la force obligatoire de la convention portant sur la preuve, la seule façon de prouver les dysfonctionnements résidant selon lui dans la fiche décrite par la convention. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, précisant que « *si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ». Autrement dit, la convention sur la preuve ne saurait empêcher l'une des parties d'apporter une preuve contraire³⁵⁵⁸. La liberté contractuelle en matière de convention portant sur la preuve est donc limitée par l'office du juge qui retrouve un pouvoir d'appréciation des éléments de preuve.

818. La qualification conventionnelle erronée de la libre disposition. La question se pose de savoir ce qu'il advient de l'accord si les parties considèrent, à tort, que celui-ci porte sur un droit dont elles ont la libre disposition. La réponse se trouve vraisemblablement dans l'annexe 2 de l'article 12 du Code de procédure civile qui oblige le juge à « *restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Le juge doit donc vérifier que l'accord porte sur un droit dont les parties ont la libre disposition. Si ce n'est pas le cas, l'accord est illicite. Il serait autrement trop facile pour les justiciables de qualifier de librement disponible n'importe quel droit de façon à pouvoir lier le juge.

819. Portée de la restriction de l'office procédural du juge. L'étude de la jurisprudence révèle que les critères qui permettent aux parties de lier le juge par certains points de droit et qualifications sont assez strictement définis en matière interne. Le mécanisme est régulièrement utilisé par les justiciables mais son champ d'application reste assez limité³⁵⁵⁹. L'atteinte à l'office du juge est donc moindre en pratique. En outre, le juge intervient encore dans la mesure où il doit vérifier les critères de validité de l'accord entre les parties. Ensuite, s'il existe effectivement un accord, il lui revient de vérifier que les conditions d'application des règles invoquées par les parties sont bien réunies. L'expression de volonté contractuelle en matière procédurale se confronte forcément au pouvoir judiciaire d'interprétation et

³⁵⁵⁸ V. par ex. : Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ.*, IV, 2017, n° 159, p. 214, *CCC*, n° 3, 2018, comm. 40, L. LEVENEUR ; *D.*, 2019, p. 157, J.-D. BRETZNER ; *D.*, 2018, p. 371, M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2018, p. 123, H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 327, G. LARDEUX ; *LEDC*, n° 1, 2018, p. 1, M. LATINA ; *RDC*, n° 2, 2018, p. 215, J. KLEIN.

³⁵⁵⁹ V. Georges BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, n° 30, 1993, doct. 3693, n° 7.

d'appréciation de la validité des conventions relatives à l'exercice de l'action et des conventions relatives au droit. Il est donc impossible de priver le juge de son office en ce qui concerne le droit. Cela est plutôt heureux car la mission du juge demeure de dire le droit.

Conclusion du Chapitre 1

820. L'objet du litige entre les mains des parties. Les parties fixent l'objet du litige. L'arrêt Césareo, en retenant une conception purement factuelle de la cause, a fait de l'objet du litige l'élément principal de définition de la chose jugée, susceptible de donner lieu à une fin de non-recevoir. En imposant au demandeur et au défendeur de concentrer les moyens avancés au service de leurs prétentions, cette jurisprudence s'éloigne de la véritable définition de la chose jugée qui devient la « *chose non jugée* »³⁵⁶⁰. Elle a également pour conséquence d'éloigner le juge de la solution juridique adéquate du litige car ce dernier peut plus facilement relever la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée alors que le plaideur présente un nouveau fondement juridique susceptible de constituer le droit applicable au litige. Le juge du fond se voit retirer la tâche de rechercher tous les possibles fondements juridiques susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties³⁵⁶¹. En ce sens, le procès est donc véritablement entre les mains des parties dont les conseils rédigent des conclusions plus longues en vue de formuler le plus de demandes subsidiaires possibles.

821. Une vérité judiciaire. En vertu du principe dispositif et parce que les parties ont la maîtrise des faits soumis, de la preuve de ces faits et de l'objet du litige, le juge a connaissance du litige à travers les éléments qui sont mis à sa disposition par les parties. Il peut effectivement ordonner des mesures d'instruction³⁵⁶² mais celles-ci présentent l'inconvénient d'allonger le délai du procès dans des juridictions déjà surchargées³⁵⁶³. Par conséquent, la vérité factuelle retenue dans le procès civil est une vérité judiciaire. Elle correspond à ce qui est le plus probable au regard des éléments, notamment de preuve, soumis au juge. Il faut alors retenir que lorsque le juge tranche un litige, il statue en l'état de sa saisine conformément aux éléments dont il dispose.

822. Un mouvement tempéré de contractualisation du procès et du litige. Il est indéniable qu'un phénomène de « *contractualisation du procès* »³⁵⁶⁴ se fait jour en procédure civile française. La validité des conventions relatives au délai pour agir ou à la juridiction

³⁵⁶⁰ Serge GUINCHARD, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in *De Code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2009, pp. 379 s.

³⁵⁶¹ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 591, p. 493.

³⁵⁶² V. *supra* n°s 838s.

³⁵⁶³ V. *supra* n° 921.

³⁵⁶⁴ Laura WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, coll. IDA, 2004.

territorialement compétente permet une expression de la liberté contractuelle. En outre, il est également possible pour les parties de restreindre le pouvoir du juge en ce qui concerne le droit en fixant certains points et qualifications d'un commun accord. Néanmoins, il faut noter que le contrat portant sur le procès et le contrat portant sur le litige doivent obéir aux conditions de validité du contrat contrôlées par le juge. Il existe donc un contrôle judiciaire qui est le contrôle dont font l'objet tous les contrats. En outre, la possibilité de restreindre l'office du juge en droit est très encadrée, ce qui est heureux. Le droit est le domaine privilégié du juge qui, contrairement aux parties et à leurs conseils, recherchent le droit applicable indépendamment de tout intérêt personnel. Il est donc souhaitable qu'il conserve une grande marge de manœuvre dans ce domaine afin d'apporter la solution idoine au litige.

Chapitre 2 – La maîtrise renforcée du procès contractuel par le juge : un juge acteur

823. Un juge acteur du procès civil. Si le procès est traditionnellement défini comme la chose des parties, le juge peut être, à certains égards, particulièrement actif dans le procès civil. Ce rôle plus dynamique est parfois seulement proposé au juge qui dispose alors d'une simple faculté d'intervention accrue (**Section 1**). Un rôle plus dynamique est parfois imposé au juge ; ce dernier n'a alors pas d'autre choix que d'intervenir de façon plus marquée dans le litige (**Section 2**).

Section 1 - Un rôle dynamique proposé au juge

824. Un rôle dynamique proposé au juge sur le fait et sur le droit. Le rôle dynamique proposé au juge se manifeste dans les deux domaines clés du dénouement du litige, à savoir la recherche de l'établissement des faits par le biais de la détermination des mesures d'instruction (§ 1) et la recherche du raisonnement juridique le plus pertinent applicable au litige par le biais de la faculté de relever d'office des moyens de droit (§ 2).

§ 1 - Un rôle dynamique sur la preuve du fait : la détermination des mesures d'instruction

825. Une marge de manœuvre judiciaire. Les articles 6 et 9 du Code de procédure civile prévoient que la charge de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions incombe aux parties. Néanmoins, le juge français n'est pas dépourvu de prérogatives en ce qui concerne les faits puisqu'il peut, d'une part se fonder sur des faits dans le débat « *que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* »³⁵⁶⁵, et d'autre part, « *inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige* »³⁵⁶⁶. En outre, « *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* » en vertu de l'article 143 du Code de procédure civile. Lorsque le recours à la mesure d'instruction est obligatoire, le juge ne peut que l'ordonner³⁵⁶⁷. En revanche, hors de ces hypothèses, le juge dispose d'une marge

³⁵⁶⁵ Art. 7 CPC.

³⁵⁶⁶ Art. 8 CPC.

³⁵⁶⁷ Par ex., en droit de la conso., le juge national a l'obligation d'examiner d'office si les stipulations convenues entre les parties présentent un caractère abusif, et à cette fin, de prendre les mesures d'instruction nécessaires, même en l'absence de comparution du consommateur à l'audience, cf. CJUE, Kancelaria Medius SA c. RN, 4 juin 2020, aff. C-495/19 ; *Europe*, n° 8-9, 2020, 273, D. SIMON ; *CCC*, n° 7, 2020, 116, S. BERNHEIM-DESVAUX. En l'espèce, le juge pouvait, et devait ainsi qu'il l'a fait, ordonner la production du contrat sur lequel se fondait le

de manœuvre importante pour ordonner ou refuser d'ordonner la mesure sollicitée (A) voire pour imposer d'office une mesure d'instruction (B).

A) La décision portant sur la mesure d'instruction sollicitée par le justiciable

826. Une marge de manœuvre limitée. En France, le juge est en principe libre de choisir d'octroyer ou non la mesure d'instruction sollicitée tandis que le juge anglais dispose de prérogatives bien plus limitées (1). Néanmoins, la marge de manœuvre du juge français en matière de mesures d'instruction est considérablement limitée par des considérations pratiques (2).

1) Un office du juge français étendu en matière de mesures d'instruction

827. L'appréciation souveraine des juges du fond. En France, la Cour de cassation a depuis longtemps reconnu que « *la faculté de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner une mesure d'instruction demandée par une partie est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond* »³⁵⁶⁸. Par exemple, le juge du fond n'est pas tenu d'ordonner une expertise comptable demandée par le salarié en vue de déterminer les montants restants dus au titre de congés payés lorsqu'il estime que « *compte tenu des éléments de la cause, la mesure sollicitée n'était pas pertinente, et qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la mesure d'instruction* »³⁵⁶⁹. L'utilité de la mesure d'instruction en vue d'établir des éléments factuels relève donc du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

828. Un pouvoir discrétionnaire. Certains arrêts rendus par la Cour de cassation laissent penser que, plus qu'une appréciation souveraine, les juges du fond seraient pourvus d'un pouvoir discrétionnaire qui les dispenserait donc de motiver leur refus d'ordonner la mesure. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en février 2009³⁵⁷⁰, la Haute juridiction eut à connaître d'un pourvoi qui reprochait au juge du fond d'avoir refusé une nouvelle expertise sollicitée par des époux ayant agi contre le syndicat des copropriétaires en exécution

professionnel. CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13 ; CCC, 2014, comm. 202, obs. G. RAYMOND ; *RTD eur.*, 2014, p. 715, C. AUBERT DE VINCELLES ; *Europe*, n° 6, 2014, 274, M. MEISTER ; *JCP E*, n° 39, 2014, 148 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *JCP G*, n° 19, 2014, 564, D. BERLIN.

³⁵⁶⁸ Soc., 18 déc. 1978, n° 77-40657, *Bull. civ. V*, 1978, n° 876.

³⁵⁶⁹ Soc., 31 janv. 1979, n° 77-40984, *Bull. civ. V*, 1979, n° 93, p. 66.

³⁵⁷⁰ Civ. 3^{ème}, 10 fév. 2009, n° 07-21134, inédit, *Procédures*, n° 4, 2009, comm. 105, obs. R. PERROT.

des travaux destinés à mettre fin aux désordres rencontrés dans leur appartement. Un jugement de première instance avait été rendu, dont les époux avaient fait appel. Ils sollicitèrent de la cour d'appel une nouvelle expertise qui fut accordée. La difficulté résidait dans le comportement des époux qui mirent systématiquement en doute, par l'envoi de courriers, l'impartialité des trois experts successivement désignés puis qui s'opposèrent à la présence de la présidente du conseil syndical pour la constatation des désordres subis dans l'appartement. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait donc retenu qu'au vu de ces éléments, « *par leur comportement suspicieux systématique, les époux [faisaient] obstruction au déroulement de la mesure d'expertise* » ce qui devait la conduire à considérer que toute mesure d'instruction était donc « *vouée à l'échec* » et à débouter les époux de leur demande d'expertise. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable. Selon l'argument avancé, les époux n'avaient fait qu'être vigilants quant « *au respect des règles destinées à assurer le caractère équitable de la procédure d'expertise* », notamment en cherchant à s'assurer de l'impartialité de l'expert désigné, une telle vigilance ne pouvant caractériser un véritable abus résidant dans « *l'intention de nuire, la mauvaise foi ou même la légèreté blâmable* ». La Cour de cassation rejeta entièrement ce raisonnement et approuva la cour d'appel d'avoir « *caractérisé le comportement abusif des époux* » et usé de son « *pouvoir discrétionnaire de refuser l'expertise sollicitée* », sans constater aucune violation des garanties du procès équitable³⁵⁷¹.

L'expression de pouvoir discrétionnaire interroge. Elle désigne en principe une prérogative exercée sans justification à fournir, et plus précisément dans le cas du juge, sans motivation. Or en l'espèce, la décision du juge du fond est abondamment motivée par la caractérisation du comportement abusif des époux ayant sollicité la mesure d'expertise et dans l'établissement d'une entrave à l'instruction. L'existence d'un véritable pouvoir discrétionnaire du juge du fond semble donc discutable. Il s'agirait en réalité d'une appréciation souveraine qui se doit néanmoins d'être motivée, ainsi que c'est le cas plus généralement en matière de

³⁵⁷¹ V. aussi : Civ. 3^{ème}, 6 mai 2009, n° 08-13867, *Bull. civ.* III, 2009, n° 101, *JCP G*, n° 23, 2009, IV, 1953 : la Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir retenu que « *le visa d'un texte de procédure inapproprié n'invalide pas la demande [d'expertise] qui était justifiée pour la solution du litige* », et précisa que c'est « *dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire* » que les juges du fond avaient ordonné la mesure ; Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ.* IV, 2018, n° 83, *D.*, 2019, p. 2009, D. R. MARTIN ; *AJDI*, 2019, p. 219, J. MOREAU ; *JCP E*, n° 8, 2019, 1093, M. CORREIA et J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP E*, n° 42, 2018, 1537, P. MÉTAIS et É. VALETTE ; *JCP G*, n° 39, 2018, act. 985, J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP E*, n° 29, 2018, 586 ; *JCP E*, n° 30, 2018, 1424 ; *Gaz. Pal.*, n° 36, 2018, p. 68, S. MOREIL ; *LEDC*, n° 9, 2018, p. 5, N. LEBLOND ; *LEDB*, n° 9, 2018, p. 4, N. MATHEY ; *Flash Defrénois*, n° 29, p. 5 ; *Defrénois*, n° 28, 2018, p. 7.

faits³⁵⁷². Ce raisonnement est conforté par l'existence de plusieurs décisions de la Cour de cassation imposant aux juges du fond de motiver leur refus d'ordonner une expertise complémentaire. Par exemple, dans un arrêt rendu le 29 juin 2008³⁵⁷³, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejeta le pourvoi dirigé contre un arrêt d'une cour d'appel refusant d'ordonner un complément d'expertise au motif que la décision fut prise « *dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et par un arrêt motivé* »³⁵⁷⁴. Cependant, les décisions de la Haute juridiction semblent contradictoires, révélant une divergence de jurisprudence entre les chambres. Un arrêt de la première chambre civile rendu en 1985³⁵⁷⁵ précisait que « *les mesures d'instruction sont facultatives pour le juge et que celui-ci n'était pas tenu de motiver spécialement son refus d'ordonner l'expertise sollicitée* ». Un arrêt récent rendu le 14 avril 2022 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation³⁵⁷⁶ reprend la même solution. Le pourvoi, fondé sur les articles 143 et 256 du Code de procédure civile, était dirigé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état ayant dit n'y avoir lieu d'ordonner de mesure d'instruction complémentaire. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que « *la cour d'appel [n'avait] fait qu'user du pouvoir discrétionnaire d'apprécier l'utilité de la mesure d'instruction ou de consultation qui peut être ordonnée en application des articles 143, 144 et 256 du Code de procédure civile* ». Dans cet arrêt, la mention explicite du pouvoir discrétionnaire suggère qu'outre un pouvoir souverain d'appréciation de la nécessité de la mesure d'instruction, les juges du fond n'auraient pas à motiver spécialement leur refus de l'ordonner. Les juges semblent donc disposer, si ce n'est d'un pouvoir discrétionnaire dont l'existence est parfois encore incertaine, d'une grande autonomie en la matière.

829. L'irrecevabilité du recours immédiat dirigé contre la mesure d'instruction.

L'article 150 du Code de procédure civile organise les recours possibles contre les décisions relatives aux mesures d'instruction. Il dispose que « *[la] décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ; elle ne peut être frappée d'appel ou*

³⁵⁷² La Cour de cassation casse pour défaut de base légale les décisions dans lesquelles le juge n'a pas suffisamment motivé son appréciation des faits du litige, cf. Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995, n° 93-19449, *Bull. civ. I*, 1995, n° 320, p. 223.

³⁵⁷³ Civ. 2^{ème}, 26 juin 2008, n° 07-13875, *Bull. civ. II*, 2008, n° 156, *JCP G* n° 28-29, 2008, act. 487, obs. O. SALATI.

³⁵⁷⁴ V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 24 mai 1965, n° 63-10203, *Bull. civ. I*, 1965, n° 331 : « *la cour d'appel, dont la décision est motivée [...] n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation* » pour refuser l'expertise sollicitée.

³⁵⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1985, n° 84-11357, *Bull. civ. I*, 1985, n° 153, p. 139.

³⁵⁷⁶ Civ. 2^{ème}, 14 avril 2022, n° 20-22578, *Bull. civ. II*, 2022, p. 165, *Gaz. Pal.*, n° 34, 2022, p. 46, M. KEBIR ; *JCP E*, n° 17 – 18, 2022, act. 402 ; *JCP G*, n° 16, 2022, act. 509 ; *Procédures*, n° 6, 2022, 143, comm. Y. STRICKLER.

de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ». Le recours immédiat dirigé contre ce seul dispositif de décision est donc irrecevable³⁵⁷⁷. Or la Cour de cassation a pu préciser que le juge du fond devait relever d'office le caractère irrecevable d'un tel recours³⁵⁷⁸. Cette obligation renforce considérablement le contrôle exercé par les juges du fond en matière de mesures d'instruction. La qualification de pouvoir discrétionnaire semble d'autant plus appropriée que la Cour de cassation est allée jusqu'à retenir que la circonstance selon laquelle le refus d'ordonner la mesure d'instruction serait fondé sur des motifs erronés ne constitue pas un excès de pouvoir rendant, par exception à l'application combinée des articles 606 et 608 du Code de procédure civile³⁵⁷⁹, le recours recevable³⁵⁸⁰.

830. Une appréciation souveraine partiellement partagée. Le juge anglais a le pouvoir de solliciter le concours d'un *assessor*, ou d'un *adviser* en ce qui concerne la *Supreme Court*³⁵⁸¹, en vue de l'aider à clarifier certains points du litige³⁵⁸². Les dispositions légales en la matière laissent toute liberté au juge pour déterminer la nécessité de recourir à cette assistance.

³⁵⁷⁷ Par exception, l'art. 272 du CPC permet aux parties de saisir le premier président de la cour d'appel en vue d'obtenir l'autorisation de faire appel de la décision ordonnant une expertise pour un « motif grave et légitime ».

³⁵⁷⁸ Civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, n° 78-10989, *Bull. civ.* II, 1979, n° 182, p. 127, *D.* 1980, inf. rap. 49, obs. P. JULIEN ; *RTD civ.* 1980, 167, obs. R. PERROT : la cour d'appel qui constate la nature avant-dire droit d'un jugement et relève l'irrecevabilité du recours dirigé contre lui fait une juste application de l'art. 150 du CPC ; Civ. 2^{ème}, 7 oct. 1981, n° 80-12240, *Gaz. Pal.* 1982, 112, note VIATTE ; *RTD civ.*, 1982, p. 472, R. PERROT : l'arrêt est fondé sur l'art. 125 du CPC relatif aux fins de non-recevoir d'ordre public ; Com., 2 oct. 1984, n° 82-15844, *Gaz. Pal.* 1985, pan. 18, obs. S. GUINCHARD : casse l'arrêt de la cour d'appel qui énonce que « le dispositif du jugement déféré ne tranchait aucune partie du principal mais qu'elle ne relevait pas d'office cette irrecevabilité qui n'était pas d'ordre public et a admis la recevabilité des appels » ; Civ. 2^{ème}, 11 oct. 1984, n° 82-10911, *Bull. civ.* II, 1984, n° 150, p. 105 ; Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1985, n° 83-16164, *Bull. civ.* III, 1985, n° 10, p. 7 : « le juge doit relever d'office les fins de non-recevoir lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment si elles résultent de l'absence d'ouverture d'une voie de recours » ; Civ. 2^{ème}, 15 nov. 1995, n° 93-21721, inédit. V. cependant *contra* deux arrêts anciens : Civ. 2^{ème}, 11 fév. 1976, n° 74-14886, *Bull. civ.* II, 1976, n° 45, p. 35, *RTD civ.* 1976, 631, obs. R. PERROT : l'irrecevabilité de l'appel ne serait pas d'ordre public de telle sorte que le juge ne pouvait la relever d'office ; Soc., 26 oct. 1978, n° 77-12832, *Bull. civ.* V, 1978, n° 714, p. 535, *RTD civ.* 1980, 167, obs. R. PERROT.

³⁵⁷⁹ L'irrecevabilité du pourvoi en cassation contre la décision statuant uniquement sur une mesure d'instruction découle de ces deux art. qui disposent respectivement : « Les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements qui tranchent en dernier ressort tout le principal » et « Les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ».

³⁵⁸⁰ Com., 3 avr. 2007, n° 06-12762, *Bull. civ.* IV, 2007, n° 104, *Droit des sociétés*, n° 8-9, 2007, comm. 162, obs. T. BONNEAU ; *Procédures*, n° 6, 2007, 134, R. PERROT ; *JCP G*, n° 19, 2007, 1959, M.-C. ROUAULT. La notion d'excès de pouvoir est en réalité conçue de façon très restrictive par assimilation à la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs : Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 98-21041, *Bull. civ.* I, 2001, n° 37. Cela réduit considérablement les chances d'aboutir d'un pourvoi dirigé contre une décision tranchant seulement la question d'une mesure d'instruction et augmente donc l'autonomie des juges du fond en la matière. Des exceptions à l'absence de recours existent toutefois, notamment en matière d'expertise, cf. art. 272 du CPC.

³⁵⁸¹ *Constitutional Reform Act 2005*, 2005 c.4, s. 44.

³⁵⁸² *Senior Courts Act 1981*, 1981 c.54, s.54(8) pour la *Court of Appeal* et s.70 pour la *High Court of Justice*.

La distinction entre les acteurs susceptibles d'apporter leur aide au juge n'est pas très claire. Les *assessors* ou *advisers* assistent à l'audience et conseillent le juge sur des questions techniques³⁵⁸³. L'*assessor* et l'*adviser* s'assimilent aux techniciens connus du droit français dans la mesure où ils apportent leur concours au juge dans la détermination de certains éléments de fait. L'article 232 du Code de procédure civile prévoit en effet que « [le] juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ».

Néanmoins, l'approche anglaise diffère de l'approche française en ce qu'en droit anglais, la maîtrise de la preuve du fait demeure très largement entre les mains des parties. En effet, le juge anglais dispose de prérogatives assez restreintes en matière de mesures d'instruction. Le recours à l'expertise permet d'illustrer tout particulièrement cette divergence.

831. Des prérogatives judiciaires limitées en matière d'expertise. En Angleterre, le juge n'ordonne jamais d'office le concours d'un expert³⁵⁸⁴. Ce sont systématiquement les parties qui sollicitent l'expertise, étant précisé qu'elles sont tenues de demander à la juridiction l'autorisation de présenter des éléments obtenus par le biais d'un expert. L'expertise doit donc toujours être autorisée par le juge³⁵⁸⁵ mais elle ne peut être ordonnée d'office par lui. Les pouvoirs du juge anglais en matière d'expertise sont restreints à deux égards. Premièrement, ce sont les parties qui sollicitent le recours à l'expertise. Le juge anglais peut seulement exiger qu'un expert unique, nommé « *single joint expert* »³⁵⁸⁶, soit sollicité par les deux parties³⁵⁸⁷ en vue de limiter le coût et la durée de la procédure dans le respect de l'*overriding principle*³⁵⁸⁸. Il est intéressant de constater que la doctrine considère cette prérogative judiciaire comme une « *rupture radicale avec la tradition selon laquelle les parties avaient l'entier contrôle du*

³⁵⁸³ Robert TURNER, « Dimensions of Evidence in European Civil Procedure », Civil Justice and Criminal Justice Programme of the European Union, n° 22, p. 24.

³⁵⁸⁴ Il existe d'anciennes décisions dans lesquelles un juge a pu avoir recours à un expert non sollicité par les parties en arguant de son impossibilité à trancher le litige en l'état des éléments apportés par les parties, *cf.*, Kennard v. Ashman, (1894) 10 T.L.R. 213, mais cette prérogative, déjà initialement rarement usitée, ne l'est plus du tout aujourd'hui : v. John BASTEN, « The Court Expert in Civil Trials: A Comparative Appraisal », *MLR*, vol. 40, n° 2, 1977, p. 176.

³⁵⁸⁵ Dans le cas où une partie fait appel à un expert avant l'assignation proprement dite puis fait ensuite appel à un autre expert que celui initialement annoncé, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire en vertu de CPR 35.4 pour imposer la *disclosure* à l'autre partie, v. *supra* n° 791, du rapport d'expert initial afin de décourager l'*expert shopping*, c'est-à-dire le choix calculé d'un expert allant dans le sens des prétentions de la partie, *cf.* Edwards-Tubb v. JD Wetherspoon Plc, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* 25 fév. 2011, [2011] EWCA Civ 136, [2011] 1 W.L.R. 1373.

³⁵⁸⁶ *Civil Practice Direction 35 – Experts and Assessors*, s7.

³⁵⁸⁷ CPR 35.7(1). L'expert sera alors rémunéré conjointement par les deux parties, *cf.* CPR 35.8(5).

³⁵⁸⁸ V. *supra* n° 795.

procès »³⁵⁸⁹ alors que, du point de vue du juriste français, les pouvoirs du juge anglais demeurent extrêmement limités. En effet, les parties ont toujours l'initiative de l'expertise, et ce sont également elles qui doivent choisir l'expert. Ce n'est que subsidiairement, si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le choix de l'expert, que le juge devra le désigner³⁵⁹⁰ tandis qu'en France le juge désigne toujours l'expert dans la décision qui ordonne l'expertise³⁵⁹¹ quoique les parties puissent formuler des suggestions voire proposer conjointement le nom d'un expert.

Deuxièmement, en Angleterre, lorsqu'un expert est ainsi désigné, en principe par les parties et exceptionnellement par le juge, il revient à chacune des parties de lui communiquer le contenu de sa mission³⁵⁹². Le juge ne peut communiquer aux parties et à l'expert que des informations relatives à la rémunération de l'expertise³⁵⁹³. En cas de difficulté quant à sa mission, il revient à l'expert de solliciter le juge par écrit en vue d'obtenir des éclaircissements³⁵⁹⁴. Le juge se tient donc par principe très éloigné de la procédure d'expertise principalement conduite par les parties. Le juge n'intervient que très rarement, dans l'hypothèse où les parties ne s'entendent pas sur la désignation de l'expert ou lorsque ce dernier rencontre des difficultés particulières.

832. L'expert-witness. En pratique, le plus souvent, les experts sont des *instructed experts* choisis par les parties, encore nommés « *party appointed experts* »³⁵⁹⁵. Le juge anglais doit estimer que l'intervention de l'expert est « *raisonnablement nécessaire pour résoudre le litige* »³⁵⁹⁶, de la même façon que le juge français ne peut ordonner l'expertise que dans « *le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à [l']éclairer* »³⁵⁹⁷.

³⁵⁸⁹ Robert TURNER, « Dimensions of Evidence in European Civil Procedure », Civil Justice and Criminal Justice Programme of the European Union, n° 21, p. 24.

[En ligne] https://www.pf.um.si/site/assets/files/3223/evidence_in_civil_law_-_united_kingdom.pdf (consulté le 18/07/2022)

³⁵⁹⁰ CPR 35.7(3).

³⁵⁹¹ Art. 265 CPC. Il existe une liste nationale et une liste par cour d'appel des noms des experts judiciaires que le juge peut désigner pour l'éclairer, cf. loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, *JORF* du 30 juin 1971 et décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, *JORF* n° 303 du 30 déc. 2004, texte n° 63.

³⁵⁹² CPR 35.8(1) et (2).

³⁵⁹³ CPR 35.8(3).

³⁵⁹⁴ CPR 35.14.

³⁵⁹⁵ [En ligne] <https://academyofexperts.org/users-of-experts/party-appointed-expert/> (consulté le 18/07/2022) L'*Academy of Experts* est l'organisme professionnel qui regroupe les experts judiciaires au Royaume-Uni.

³⁵⁹⁶ CPR 35.1 : « *Expert evidence shall be restricted to that which is reasonably required to resolve the proceedings* ».

³⁵⁹⁷ Art. 263 CPC.

En droit anglais, l'expert, qu'il soit un *party appointed expert* ou un *single joint expert*, est considéré comme un témoin c'est-à-dire que son témoignage est sollicité par la partie qu'il représente, à l'inverse de la logique française où l'expert prête serment et jure d'apporter son « *concours à la Justice* »³⁵⁹⁸. En Angleterre, l'idée que l'*instructed expert* représente la partie est renforcée par le fait que la partie assure seule la rémunération de l'expert dont elle soumet le rapport au juge. Le processus de l'expertise se déroule sous le mode de l'*examination* et de la *cross-examination* applicable à la preuve par témoins en droit anglais³⁵⁹⁹. En Angleterre, l'expert est également connu sous l'appellation d' « *expert-witness* » auquel la partie qui a sollicité son intervention pose une série de questions destinées à établir la crédibilité de l'expert et ses compétences puis l'existence de certains faits, tels que, par exemple, une défectuosité dans le fonctionnement d'une machine. Ce processus correspond à l'*examination*. La partie adverse procédera ensuite à la *cross-examination* en posant à son tour une série de questions. Cette particularité s'explique par le caractère essentiellement oral de la procédure anglaise. Les experts sont donc entendus par le juge au cours de l'audience à travers le jeu de l'*examination* et de la *cross-examination*³⁶⁰⁰. Après avoir été interrogé comme témoin, l'expert doit également rédiger un rapport qu'il communique au juge³⁶⁰¹. En France, l'article 282 du Code de procédure civile dispose que l'expert expose son avis oralement si l'avis n'exige pas de développements écrits, et qu'à défaut, il doit déposer un rapport près le greffe de la juridiction concernée. L'expert expose donc, que ce soit oralement ou par écrit, son avis de façon entièrement indépendante des parties. En revanche, en Angleterre, le processus d'*examination* et *cross-examination* laisse une place prépondérante aux parties dans l'expertise qui n'est pas traitée comme un mode de preuve autonome. Pour cette raison, il faut retenir que la procédure d'expertise telle qu'elle est connue des droits continentaux n'a pas d'équivalent en droit anglais³⁶⁰².

833. La partialité de l'*expert-witness*. Il ressort de ces éléments que, alors que l'expert en France est une « *extension du tribunal* »³⁶⁰³, l'expert en Angleterre est « *assimilé aux*

³⁵⁹⁸ CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE, « Les règles de déontologie de l'expert de Justice », 2012. [En ligne] <https://cejoa-caparis.org/deontologie/> (consulté le 18/07/2022)

³⁵⁹⁹ V. *supra* n° 796 sur la préférence du droit anglais pour ce mode de preuve.

³⁶⁰⁰ JACOB et WHEATCROFT, in Henri MOTULSKY et François TERRÉ (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, vol. XXXII, Paris : Éditions de l'Épargne, coll. Travaux et Recherches de l'Institut De Droit Comparé de Paris, 1969, p. 243.

³⁶⁰¹ CPR 35.5(1) : « *Expert evidence is to be given in a written report unless the court directs otherwise* ».

³⁶⁰² JACOB et WHEATCROFT, in Henri MOTULSKY et François TERRÉ (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, vol. XXXII, Paris : Éditions de l'Épargne, coll. Travaux et Recherches de l'Institut De Droit Comparé de Paris, 1969, p. 233.

³⁶⁰³ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 234.

parties »³⁶⁰⁴. La conséquence principale d'un tel procédé réside dans la question de l'intégrité de l'*expert-witness*. Si ce dernier est rémunéré par les parties et n'agit pas comme un auxiliaire de justice, il est possible de s'interroger sur l'indépendance dont il fait preuve dans la rédaction du rapport soumis au juge³⁶⁰⁵. Pour contrebalancer cette difficulté, les *Civil Procedure Rules* prévoient que les experts ont une *overriding duty* envers la cour ainsi énoncée : « *Il est du devoir de l'expert d'aider le tribunal sur les questions relevant de sa compétence. Ce devoir l'emporte sur toute obligation envers la personne de qui il a reçu des instructions ou par qui il est rémunéré* »³⁶⁰⁶. Néanmoins, il demeure une incompatibilité entre d'une part, la façon dont sont désignés les experts et la façon dont ils soumettent leur rapport et, d'autre part, le rôle d'un auxiliaire de justice³⁶⁰⁷ dans la mesure où les parties, et *a fortiori* dans le cas d'un *party appointed expert*, sont omniprésentes dans le processus.

834. Un office plus étendu du juge français. L'étude de l'expertise révèle une grande divergence entre le droit français et le droit anglais en ce qui concerne l'office du juge en matière d'instruction. Alors que le droit français octroie des prérogatives importantes au juge en vue d'acquérir, si nécessaire, des éléments supplémentaires de preuve des faits pour trancher le litige, le droit anglais prévoit que le juge doit rester en retrait des mesures d'instruction. L'office du juge français en matière d'établissement des faits est donc plus étendu que celui du juge anglais. Le droit positif révèle donc une conception distincte de l'office du juge en France et en Angleterre : alors que le juge français se voit octroyer un rôle plus actif en matière de preuve des faits, le juge anglais est tenu de rester en retrait des questions factuelles auxquelles les parties doivent apporter des réponses. L'Angleterre fait donc une application stricte de l'adage traditionnel : « *Da mihi factum, tibi dabo jus* ».

En dépit d'éléments démontrant l'existence d'un office étendu des juges français et, à défaut d'un pouvoir discrétionnaire sans équivoque, d'une grande autonomie dans l'octroi ou le refus des mesures d'instruction, certains facteurs réduisent considérablement la liberté du juge français en la matière.

³⁶⁰⁴ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 234.

³⁶⁰⁵ Lord WOOLF, « Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Lord Chancellors Dept, 1995, pp. 181 et 182.

³⁶⁰⁶ CPR 35.3(1) et (2) : « (1) *It is the duty of an expert to help the court on the matters within his expertise. (2) This duty overrides any obligation to the person from whom he has received instructions or by whom he is paid* ».

³⁶⁰⁷ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 241.

2) Une liberté limitée dans l'octroi de la mesure d'instruction

835. Une liberté théorique. La liberté de principe accordée aux juges français dans l'octroi de la mesure d'instruction « *peut parfois apparaître aux magistrats comme purement théorique. La technicité de certains contentieux impose quasiment au juge de recourir aux lumières d'un technicien* »³⁶⁰⁸. En pratique, les juges ne sont pas réellement libres de recourir ou pas à la mesure d'instruction. Cela est particulièrement vrai dans certains contentieux où s'impose le recours à l'expertise. Ainsi que le note M. Bertrand LOUVEL, « *la quête de la vérité a imposé de plus en plus fortement les compétences et le savoir spécialisés du technicien dans la compréhension des situations litigieuses par le juge* »³⁶⁰⁹. Cela est particulièrement vrai en matière de construction, de responsabilité médicale... En outre, si le juge n'est en principe pas tenu par le rapport de l'expert³⁶¹⁰, force est de constater que le rapport de l'expert constitue souvent un éclairage indispensable au juge pour saisir les données du litige dans les domaines techniques³⁶¹¹ car il ne peut être demandé au juge d'être omniscient³⁶¹². Cela a favorisé en France le développement d'une forme de droit à l'expertise.

836. Un droit à l'expertise. Si le juge du fond n'est pas tenu d'ordonner une mesure d'instruction qu'il n'estime pas utile à la résolution du litige³⁶¹³, il ne peut cependant refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des moyens de preuve qui lui sont fournis par les parties. La Cour de cassation a ainsi pu censurer les juges du fond qui avaient rejeté la demande d'une partie au motif que les éléments produits ne permettaient pas d'évaluer le préjudice dont les juges reconnaissaient l'existence. Par exemple, dans le cas d'une demande en garantie formulée par un assureur à l'encontre du mandataire, les juges du fond avaient retenu l'existence d'une faute du mandataire ayant causé un préjudice à l'assureur mais ils avaient débouté l'assureur en l'absence de production des éléments chiffrés permettant de calculer le préjudice reconnu. La

³⁶⁰⁸ Stéphanie GRAYOT-DIRX et Sylvie DELACOURT, « Le rôle du juge en matière de preuve », *Gaz. Pal.*, n° 363, 2015, p. 5.

³⁶⁰⁹ Bertrand LOUVEL, « La vérité ... sans doute. Vérité scientifique, vérité judiciaire », Discours prononcé le vendredi 2 octobre 2015 lors du colloque commémorant le trentenaire de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation [En ligne] https://www.experts-cnes.fr/wordpress/wp-content/uploads/metis_06.pdf (page consultée le 27/06/2021)

³⁶¹⁰ Art. 246 CPC : « *Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien* ».

³⁶¹¹ Stéphanie GRAYOT-DIRX et Sylvie DELACOURT, « Le rôle du juge en matière de preuve », *Gaz. Pal.*, n° 363, 2015, p. 4 : « [...] *les répercussions de la science et de la technique se traduisent parfois par une quasi-impossibilité pour les parties et le juge d'appréhender par eux-mêmes tous les éléments d'un litige. D'où l'intervention d'un tiers technicien, afin qu'il donne un avis grâce à ses connaissances spéciales [...]* ».

³⁶¹² Ernest GLASSON et Albert TISSIER, « Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile », 3^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1925-1936, n° 706.

³⁶¹³ Soc., 31 janv. 1979, n° 77-40984, *Bull. civ.* V, 1979, n° 93, p. 66. V. *supra* n° 827.

Cour de cassation cassa l'arrêt en ce qu'il avait débouté l'assureur de sa demande de réparation du préjudice car « *en refusant ainsi d'évaluer le montant d'un dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe, la cour d'appel [avait] violé [l'article 1147 du Code civil]* »³⁶¹⁴. Certaines décisions de la Cour de cassation allant dans le même sens sont fondées sur l'article 4 du Code civil³⁶¹⁵. Le rejet d'une demande d'un plaideur sur le fondement d'une absence de preuves suffisantes s'apparente donc à un déni de justice. Dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile en 2006³⁶¹⁶, la Cour de cassation rappela qu'il « *appartenait [à la cour d'appel] d'ordonner toute mesure d'instruction nécessaire pour [...] déterminer le montant* » des intérêts affectant une créance alimentaire au motif que, sur le fondement de l'article 4 du Code civil, « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* »³⁶¹⁷. La question se pose de savoir si rejeter une demande pour absence de preuve constitue de la part du juge un véritable refus de statuer. L'assimilation n'est pas possible, sous l'empire des rôles traditionnellement dévolus au juge et au partie en matière de faits. En effet, la position traditionnelle du juge est de rester en retrait, et le rôle traditionnellement octroyé aux parties est de donner au juge les faits³⁶¹⁸, en vertu de l'article 9 du Code de procédure civile qui dispose : « [il] *incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Ces arrêts ont remis en question cette répartition des tâches puisqu'ils imposent au juge de rechercher activement les faits en ordonnant une mesure d'instruction que les parties n'ont pas sollicitée. Cela s'apparente à la consécration d'une forme de « *droit à l'expertise* » dont seraient titulaires les justiciables³⁶¹⁹, ou à tout le moins d'un droit à la mesure d'instruction. La faculté octroyée au

³⁶¹⁴ Civ. 2^{ème}, 4 janv. 2006, n° 04-15280, *Bull. civ.* II, 2006, n° 2, p. 1 ; *JCP G*, n° 4, 2006, p. 1174, M.-C. ROUAULT
³⁶¹⁵ V. par ex. : Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2002, n° 00-10543, *Bull. civ.* II, 2002, n° 34, p. 28, *Procédures*, n° 3, 2003, comm. 59, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2003, II, 10014, note J.-M. MOULIN ; *RDI*, 2002, p. 152, P. MALINVAUD ; *RDI*, 2002, p. 151, P. MALINVAUD ; Civ. 3^{ème}, 8 déc. 2009, n° 08-11911, inédit, *Procédures* 2010, n° 30, obs. R. PERROT : la Cour précisa qu'« *en refusant ainsi d'évaluer le montant d'un dommage dont elle constatait l'existence en son principe, le tribunal a violé [l'art. 4 du Code civil]* ». Elle rappela dans le visa que « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* ». V. plus récemment dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 30 sept. 2021, n°s 19-23740 et 19-24931 inédit ; Civ. 3^{ème}, 8 avril 2021, n° 19-24874, inédit, *Gaz. Pal.*, n° 8, 2021, p. 33, C. BERLAUD ; Civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 20-21296, inédit.

³⁶¹⁶ Civ. 2^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-17224, *Bull. civ.* II, 2006, n° 174. p. 166, *JCP G*, ° 30, 2006, 2622, M.-C. ROUAULT ; *RTD civ.*, 2006, 821, R. PERROT.

³⁶¹⁷ La Cour de cassation a également rappelé que l'art. 245 al. 1^{er} du CPC permet au juge d' « *inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions* », de telle sorte que si le juge ne s'estime pas suffisamment informé par l'expertise, il doit interroger l'expert ou ordonner une nouvelle expertise, cf. Civ. 3^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-13646, *Bull. civ.* III, 2023, p. 116.

³⁶¹⁸ V. *supra* n°s 783s.

³⁶¹⁹ Corinne BLÉRY et Lois RASCHEL, « Droit à l'expertise : reconnaissance inavouée d'un nouvel accroc à la répartition des rôles du juge et des parties », *Procédures* n° 4, 2011, alerte 17, n° 3.

juge d'ordonner une mesure d'instruction³⁶²⁰ peut donc devenir une obligation³⁶²¹. Cela laisse au juge français une moindre marge de manœuvre en matière d'instruction tout en élargissant le cadre de ses missions puisqu'il doit alors participer activement à la recherche des faits. En outre, cela renforce l'éloignement du droit français de l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* ».

Le juge français dispose de la prérogative d'ordonner les mesures d'instruction lorsque les éléments apportés par les parties ne lui permettent pas de statuer. Il se voit conférer un rôle actif en matière de recherche de la preuve des faits nécessaires à la solution du litige.

B) La faculté d'ordonner d'office des mesures d'instruction

837. Une faculté inégale. Le droit français octroie au juge français la faculté de recourir d'office à des mesures d'instruction (1), tandis que le juge anglais se voit par principe refuser une telle prérogative (2).

1) Une faculté en principe octroyée au juge français

838. Une faculté de principe. En vertu de l'article 10 du Code de procédure civile, « [le] juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Cette disposition est complétée par l'article 144 du même Code qui dispose : « *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* »³⁶²². Le juge français peut donc, hors de toute demande par l'une des parties, ordonner une mesure d'instruction. Le fondement d'un tel mécanisme réside dans la mission du juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables³⁶²³. L'office qui incombe au juge explique également le pouvoir qui lui est octroyé d'enjoindre les parties de produire tous documents qu'il juge nécessaire à la vérification d'écriture³⁶²⁴ ainsi que la production de l'original d'un écrit qui lui a été communiqué par voie

³⁶²⁰ Art. 10 du CPC.

³⁶²¹ Corinne BLÉRY et Loïs RASCHEL, « Droit à l'expertise : reconnaissance inavouée d'un nouvel accroc à la répartition des rôles du juge et des parties », *Procédures* n° 4, 2011, alerte 17, n° 4. Le juge conserve néanmoins son pouvoir d'appréciation souverain en matière de mesures d'instruction *in futurum* fondées sur l'art. 145 du CPC, v. *supra* n° 792.

³⁶²² Les art. 789, 5° et 907 du CPC autorisent respectivement le juge de la mise en état et le conseiller de la mise en état à ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction. Il convient donc de préciser que la prérogative est en principe partagée entre le juge statuant au fond et le juge de la mise en état. Ce dernier est seul compétent pour ordonner des mesures d'instruction au jour de sa désignation et jusqu'à son dessaisissement.

³⁶²³ Art. 12 CPC.

³⁶²⁴ Art. 288 CPC.

électronique³⁶²⁵. En effet, le juge doit, pour remplir son office, avoir suffisamment d'éléments factuels à sa disposition afin de statuer sur les prétentions qui lui sont soumises.

839. Une appréciation souveraine de l'insuffisance des éléments présentés. La jurisprudence des cours d'appel révèle que les juges du fond apprécient souverainement le caractère insuffisant des éléments qui lui sont présentés pour statuer. Le pouvoir souverain des juges du fond fut reconnu explicitement par la Cour de cassation³⁶²⁶. Les décisions des juges du fond sont parfois motivées³⁶²⁷, mais leur lecture laisse transparaître la grande marge de manœuvre dont dispose le juge. Par exemple, dans un arrêt de 2022, la cour d'appel de Metz³⁶²⁸ se contenta de préciser que « *si l'existence de désordres affectant le logement est avérée, leur origine et leur imputabilité n'est pas établie. Eu égard à la spécificité des questions techniques posées, il convient d'ordonner avant dire droit une mesure d'expertise, aux frais avancés par M. [U] qui sollicite cette mesure d'instruction* ». À l'inverse, dans un arrêt de 2022, la cour d'appel d'Agen rappela le contenu des articles 143 et 144 du Code de procédure civile et précisa que l'expertise judiciaire contradictoire sur laquelle s'était fondé le juge de première instance avait permis d'établir l'absence de malfaçons et de défauts de conformité aux règles de l'art. La cour ajouta que « *[l']appelant ne verse aucun document attestant d'infiltrations ou de désordres, le document invoqué pour attester l'existence d'infiltrations nécessitant une intervention urgente étant un devis de travaux qui ne contient aucune constatation ou description d'un tel désordre, qui ne résulte d'aucune pièce telle un procès-verbal de constat, des photographies ou attestations. Par ailleurs, l'appelant n'indique pas dans quelles conditions la réalisation du chantier s'est interrompue et il ne ressort pas des pièces produites de surévaluation des prestations convenues* ». La cour conclut alors : « *les conclusions de l'expertise judiciaire n'apparaissant pas remises en question et ne justifiant pas la réalisation d'une contre-expertise, et aucun élément nouveau ne justifiant la réalisation d'une nouvelle investigation, le jugement sera confirmé* ». Il ressort de ces éléments que le juge n'ordonnera d'office une mesure d'instruction supplémentaire que s'il n'a pas suffisamment d'éléments pour

³⁶²⁵ Art. 748-4 CPC.

³⁶²⁶ Com., 3 avr. 2007, n° 06-12762, *Bull. civ.* IV, 2007, n° 104, *Droit des sociétés*, n° 8-9, 2007, comm. 162, obs. T. BONNEAU ; *Procédures*, n° 6, 2007, 134, R. PERROT ; *JCP G*, n° 19, 2007, p. 1959, M.-C. ROUAULT.

³⁶²⁷ N'apparaît parfois aucune motivation : CA Paris, Pôle 4, ch. 6, 19 mai 2022, n° 20/02854 ; CA Paris, 19 mai 2022, n° 20/028547, v. *supra* n° 828 et *infra* n° 840. V. aussi : CA Pau, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 16 mai 2022, n° 18/03665.

³⁶²⁸ CA Metz, 3^{ème} ch., 7 juin 2022, n° 21/00924.

statuer, cette insuffisance pouvant par exemple être caractérisée par l'existence de pièces contradictoires.

840. Une certaine absence de motivation. Le juge apprécie s'il a suffisamment d'éléments pour statuer ce qui justifie une certaine absence de motivation lorsque la décision est fondée sur l'article 144 du Code de procédure civile. À titre d'exemple, dans un arrêt de 2022³⁶²⁹, la cour d'appel de Pau se contente de préciser qu'« *il appartenait aux intimés de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de leurs prétentions, et les pièces produites permettent à la cour de statuer, de sorte que la mesure d'expertise sollicitée par les intimés ne paraît pas nécessaire, ni même utile, à la solution du litige. Il s'évince de ce qui précède que, pour ces motifs, c'est à juste titre que le tribunal a débouté les intimés tant de leur demande d'expertise que de leur demande concernant ces prétendus détournements ou libéralités* ». L'absence de motivation suggère un pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner des mesures d'instruction, ce qu'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation laisse supposer³⁶³⁰. En réalité, l'absence de motivation qui révèle un pouvoir discrétionnaire du juge du fond n'est possible que lorsque ce dernier ordonne la mesure d'instruction. Il serait en revanche tenu de motiver un refus quoique la tendance de la jurisprudence ne soit pas si claire³⁶³¹. Cela se comprend dans la mesure où, lorsque le juge fait droit à la demande de mesure d'instruction, cela signifie implicitement qu'il s'estime insuffisamment informé³⁶³² et met en œuvre ses prérogatives afin d'obtenir des éléments de preuve supplémentaires. En revanche, lorsqu'il rejette la demande, il doit expliquer en quoi il s'estime suffisamment informé pour statuer sur les prétentions des parties.

841. L'absence de suppléance à la carence des parties. L'arrêt de la cour d'appel de Pau permet également d'envisager la règle figurant au second alinéa de l'article 146 du Code de procédure civile selon laquelle : « *En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être*

³⁶²⁹ CA Pau, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 16 mai 2022, n° 18/03665

³⁶³⁰ Civ. 3^{ème}, 10 fév. 2009, n° 07-21134, inédit, *Procédures*, n° 4, 2009, comm. 105, obs. R. PERROT. V. *supra* n° 828. V. aussi : Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ.* IV, 2018, n° 83, *D.*, 2019, p. 2009, D.R. MARTIN ; *AJDI*, 2019, p. 219, J. MOREAU ; *JCP E*, n° 8, 2019, 1093, M. CORREIA et J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP E*, n° 42, 2018, 1537, P. MÉTAIS et É. VALETTE ; *JCP G*, n° 39, 2018, act. 985, J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP E*, n° 29, 2018, 586 ; *JCP E*, n° 30, 2018, 1424 ; *Gaz. Pal.*, n° 36, 2018, p. 68, S. MOREIL ; *LEDC*, n° 9, 2018, p. 5, N. LEBLOND ; *LEDB*, n° 9, 2018, p. 4, N. MATHEY ; *Flash Deffrénois*, n° 29, p. 5 ; *Deffrénois*, n° 28, 2018, p. 7 : « *la cour d'appel [...] n'a fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire en refusant de prescrire l'expertise demandée* ». Civ. 2^{ème}, 14 avril 2022, n° 20-22578, *Bull. civ.* II, 2022, p. 165, *Gaz. Pal.*, n° 34, 2022, p. 46, M. KEBIR ; *JCP E*, n° 17 – 18, 2022, act. 402 ; *JCP G*, n° 16, 2022, act. 509 ; *Procédures*, n° 6, 2022, 143, comm. Y. STRICKLER.

³⁶³¹ V. *supra* n° 828.

³⁶³² V. sur ce point *infra* n° 843.

ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Cette disposition doit être rapprochée de l'alinéa premier de l'article 11 du Code de procédure civile qui dispose : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ». Ces articles établissent le caractère subsidiaire de la mesure d'instruction qui « *ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas des pièces suffisantes pour le prouver* »³⁶³³, à défaut de quoi le juge n'aura d'autre choix que de refuser la mesure car celle-ci ne présente pas un caractère utile³⁶³⁴. Il a pu être observé que la Cour de cassation n'exige pas des juges du fond une motivation très poussée lorsqu'ils refusent d'ordonner la mesure d'instruction³⁶³⁵. Elle censure cependant les décisions qui refusent la mesure d'instruction lorsque les preuves nécessaires au plaideur sont en possession d'un tiers ou de la partie adverse car il ne peut alors être reproché à la partie qui sollicite la mesure d'instruction une carence dans l'administration de la preuve³⁶³⁶.

842. La potentialité d'un éclairage utile. Le juge n'ordonne la mesure d'instruction que s'il existe une possibilité tangible qu'elle permette l'établissement de faits utiles. Dans un arrêt rendu en 2022³⁶³⁷, la cour d'appel de Saint-Denis eut à connaître d'une demande de « *désignation d'un expert aux fins de décrire les désordres, malfaçons, non-façons et non conformité contractuels affectant la réalisation d'un hangar* » sans que la demanderesse ne sollicite de dommages et intérêts destinés à réparer l'inexécution contractuelle alléguée. La cour rejeta la demande au visa de l'article 144 du Code de procédure civile et précisa : « *Il convient de rappeler que conformément aux dispositions de l'article 144 du code de procédure civile, des mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisant pour statuer et ce, sous réserve que la preuve susceptible d'être ainsi obtenue est légalement admissible et que l'offre de preuve est pertinente* ». Cette dernière phrase mérite une analyse particulière : elle sous-entend que le juge évalue la probabilité pour

³⁶³³ Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n° 572, p. 510.

³⁶³⁴ En revanche, la mesure d'instruction *in futurum*, sollicitée par le plaideur sur le fondement de l'art. 145 du CPC ne peut être refusée sur le fondement de l'art. 146 qui ne trouve alors pas à s'appliquer : Civ. 2^{ème}, 26 oct. 1994, n° 93-10709, *Bull. civ. II*, 1994, n° 206, p. 118 ; Civ. 2^{ème}, 8 mars 2006, n° 05-15039, *Bull. civ. II*, 2006, n° 70, p. 69, *D. actu.*, 5 avr. 2006, P. GUIOMARD ; *Procédures*, n° 5, 2006, comm. 97, R. PERROT.

³⁶³⁵ Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen 2021/2022*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021, n° 452-22, p. 1469.

³⁶³⁶ Com., 5 juin 2019, n° 17-22192, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 213, *Gaz. Pal.*, n° 38, 2019, p. 55, N. HOFFSCHIR.

³⁶³⁷ CA Saint-Denis, ch. com., 9 mars 2022, n° 20/01323.

la mesure d’instruction de mettre à jour des éléments susceptibles de lui apporter un éclairage utile sur l’affaire.

Un autre arrêt rendu en 2022 par la cour d’appel de Lyon³⁶³⁸ confirme ce point. Un salarié sollicitait une mesure d’expertise destinée à calculer le montant des commissions lui revenant. Or un jugement avant-dire-droit du conseil de prud’hommes de Lyon avait débouté le salarié de sa demande d’expertise sans que la déclaration d’appel formulée par lui ne critique ce chef de jugement. L’effet dévolutif ne s’appliquait donc pas à l’égard des dispositions de ce jugement avant-dire-droit. Cependant, la cour rappela sa prérogative découlant de l’article 144 du Code de procédure civile d’ordonner d’office l’expertise et entreprit d’exposer son raisonnement sur ce point. Elle refusa d’ordonner une telle mesure au motif que le salarié « qui [faisait] valoir dans [ses] écritures [que] “les modalités de calcul et de versement de ladite rémunération sont (...) particulièrement complexes et dépendent, en tout état de cause, d’éléments comptables, commerciaux et financiers qui ne sont pas en possession [du salarié] et qui ne lui permettent dès lors pas (et pas davantage à la juridiction), de s’assurer du respect, par [l’employeur] des dispositions contractuelles” ne fonde ses allégations sur aucun moyen de fait précis. Il apparaît dès lors, en l’état des prétentions et moyens dont les parties saisissent la cour et des pièces déjà versées aux débats, que les circonstances de l’espèce ne rendent ni nécessaire ni opportune l’organisation de la mesure d’expertise sollicitée à titre principal, qui n’apparaît pas de nature à éclairer utilement la juridiction ».

843. L’obligation d’ordonner une mesure complémentaire. En dépit d’un pouvoir souverain d’appréciation de la nécessité de la mesure, qu’elle fasse l’objet d’une demande d’une des parties ou qu’elle soit ordonnée d’office par le juge, le juge qui s’estime insuffisamment informé est tenu d’utiliser les prérogatives qui lui sont octroyées par le Code de procédure civile en matière d’instruction afin d’obtenir des preuves supplémentaires. En 2007³⁶³⁹, la première chambre civile de la Cour de cassation eut à connaître du pourvoi dirigé contre un arrêt ayant débouté l’acquéreur de sa demande de résolution de la vente d’un véhicule automobile et de dommages et intérêts sur le fondement de la garantie des vices cachés. Le juge du fond avait ordonné une expertise et, dans son rapport, l’expert avait constaté que le véhicule présentait des « désordres » non apparents sans apporter plus de précisions. Le juge du fond avait donc rejeté la demande en précisant que « le rapport de l’expert judiciaire, désigné [...] était

³⁶³⁸ CA Lyon, ch. soc., 6 avril 2022, n° 19/00365.

³⁶³⁹ Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2007, n° 06-11028, inédit, *Procédures* n° 4, 2007, comm. 79, obs. R. PERROT.

insuffisamment précis pour établir la réalité des vices invoqués et leur nature ». La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa des articles 1641 du Code civil, relatif à la garantie des vices cachés, et 245 du Code de procédure civile qui dispose « *Le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions* ». Elle reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir interrogé l'expert ou d'avoir ordonné un complément d'expertise ainsi qu'il lui incombait. Par conséquent, la faculté prévue par l'article 245, et plus généralement le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier la nécessité de la mesure, se transforment en obligation lorsque le magistrat admet lui-même ne pas être suffisamment informé de la teneur de l'affaire pour pouvoir statuer.

L'obligation pesant sur le juge du fond est de large portée, puisqu'elle s'applique également, outre les cas d'incomplétude ou d'imprécision d'un rapport d'expertise, lorsque le demandeur fait preuve d'une carence dans la preuve. Dans un arrêt rendu en 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation censura l'arrêt d'une cour d'appel qui avait débouté l'assureur d'une demande de réparation du préjudice car « *en refusant ainsi d'évaluer le montant d'un dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe, la cour d'appel [avait] violé [l'article 1147 du Code civil]* »³⁶⁴⁰.

Il se déduit ainsi d'un chef de jugement faisant droit à une demande subsidiaire d'expertise que les demandes formulées à titre principal ne peuvent être rejetées. En effet, si le juge fait droit à la demande d'expertise, cela suggère qu'il l'estime nécessaire en vue de l'éclairer quant à la teneur du litige. Il ne peut donc autoriser une mesure d'instruction et débouter le demandeur de ses demandes dont la mesure d'instruction permettrait d'établir la pertinence. La cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt de 2022³⁶⁴¹, a ainsi infirmé le jugement d'un tribunal qui avait été saisi d'une demande pécuniaire à titre principal et d'une demande subsidiaire d'expertise pour déterminer la cause d'un sinistre. Le jugement avait ordonné l'expertise destinée à fournir les éléments pour déterminer les responsabilités et les préjudices, et débouté la société demanderesse de ses demandes principales. La cour d'appel de Bordeaux précisa qu'il « [résultait] *implicitement de la décision d'expertise que le tribunal a estimé qu'il*

³⁶⁴⁰ Civ. 2^{ème}, 4 janv. 2006, n° 04-15280, *Bull. civ.* II, 2006, n° 2, p. 1, *JCP G*, n° 4, 2006, p. 1174, M.-C. ROUAULT. V. dans le même sens deux arrêts fondés sur l'art. 4 du C. civil : Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2002, n° 00-10543, inédit, *Procédures*, n° 3, 2003, comm. 59, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2003, II, 10014, note J.-M. MOULIN ; Civ. 3^{ème}, 8 déc. 2009, n° 08-11911, *Procédures*, 2010, n° 30, obs. R. PERROT : la Cour précise qu'« *en refusant ainsi d'évaluer le montant d'un dommage dont elle constatait l'existence en son principe, le tribunal a violé [l'art. 4 du Code civil]* ». Elle rappelle dans le visa que « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* ». V. *supra* n° 836.

³⁶⁴¹ CA Bordeaux, ch. com., 29 juin 2022, n° 19/06274.

ne disposait pas d'éléments suffisants pour statuer, conformément à l'article 144 du code de procédure civile » et il ne pouvait donc « *sans contradiction* » rejeter les demandes principales.

La faculté de principe octroyée au juge français d'ordonner des mesures d'instruction n'a pas d'équivalent en droit anglais.

2) Une faculté en principe refusée au juge anglais

844. Une interdiction de principe. Les *Civil Procedure Rules* et le *Civil Evidence Act* qui constituent l'essentiel du droit procédural anglais n'octroient pas au juge la faculté d'ordonner d'office des mesures d'instruction³⁶⁴². Il n'est ainsi notamment pas possible pour un juge anglais d'ordonner une expertise sans que l'une des parties en ait fait la demande³⁶⁴³. Cela s'explique par la nature traditionnellement accusatoire de la procédure civile anglaise³⁶⁴⁴ dans laquelle le rôle du juge est particulièrement limité car il revient aux parties que le litige oppose de déterminer les faits qui permettront au juge de statuer sur leurs prétentions³⁶⁴⁵. Les prérogatives des juges français et des juges anglais diffèrent donc considérablement en ce qui concerne la preuve des faits, et plus particulièrement les mesures d'instruction. Cela renforce l'éloignement du système français de l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* » tandis que le système anglais tend à préserver cette répartition des rôles dévolus au juge et aux parties. Il existe néanmoins des tempéraments au rôle restreint du juge anglais. Le juge anglais peut guider les parties en matière de preuve. Les *Civil Procedure Rules* l'autorisent notamment à guider les parties quant « *aux questions sur lesquelles il exige des preuves, la nature des preuves qu'il exige pour trancher ces questions et la manière dont les preuves doivent [lui] être présentées* »³⁶⁴⁶. Le juge peut également procéder à des vérifications personnelles et exercer la prérogative de *judicial notice of notorious facts*.

845. Les vérifications personnelles du juge. En outre, les *Rules of the Supreme Court*³⁶⁴⁷ autorisaient les juges à se déplacer sur les lieux afin de procéder eux-mêmes à des constatations³⁶⁴⁸. Ainsi, il a pu être jugé, d'une part, qu'un juge de première instance disposait de la prérogative de se rendre sur les lieux d'un accident afin de constater par lui-même la disposition des routes à l'endroit de la collision entre plusieurs véhicules et, d'autre part, que le juge pouvait se fonder sur les éléments qu'il avait par lui-même constatés³⁶⁴⁹. En effet, cela

³⁶⁴² John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 221 : « [le juge] ne peut pas ordonner une instruction d'office » ; « [the judge] cannot initiate an enquiry of his own motion ».

³⁶⁴³ V. *supra* n° 831.

³⁶⁴⁴ V. *supra* n° 498.

³⁶⁴⁵ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 220.

³⁶⁴⁶ CPR 32.1(1)(a)(b)(c).

³⁶⁴⁷ Il s'agit de la législation ayant régi la procédure civile anglaise avant l'entrée en vigueur des CPR le 26 avril 1999. Une règle identique n'a pas été trouvée dans les CPR aujourd'hui en vigueur.

³⁶⁴⁸ RSC Ord.35 r.8(1) : « *The judge by whom any cause or matter is tried may inspect any place or thing with respect to which any question arises in the cause or matter* ».

³⁶⁴⁹ Salsbury v. Woodland, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 1^{er} avril 1969, [1970] 1 Q.B. 324, [1969] 3 W.L.R. 29. V. dans le même sens : Tito v. Waddell, *High Court of Justice (Chancery Division)*, 21 juilL. 1975, [1975] 1 W.L.R. 1303, [1975] 3 All E.R. 997.

s'explique par l'idée qu'une « constatation effectuée par le juge fait partie des preuves, au même titre qu'une pièce à conviction. C'est une preuve réelle. Le tribunal voit la situation réelle au lieu d'avoir un dessin ou une photographie de celle-ci »³⁶⁵⁰. Ce procédé ressemble à celui prévu en France par l'article 179 du Code de procédure civile qui dispose : « Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux ». Cette prérogative qui s'exerce dans le respect du principe contradictoire puisqu'elle nécessite la présence, ou *a minima* l'information, des parties est extrêmement large et permet au juge de prendre connaissance directement de certains éléments factuels du litige.

846. Judicial notice of notorious fact. Enfin, le juge anglais peut également exercer son pouvoir de *judicial notice of notorious facts*. Il s'agit pour le juge d'intégrer à son raisonnement des « faits qui sont de notoriété publique »³⁶⁵¹. La notion fut définie par la jurisprudence dans un arrêt de 1922 de la *Court of Appeal*³⁶⁵² et « se réfère à des faits dont un juge peut être appelé à prendre connaissance et sur la base desquels il peut statuer, soit à partir de sa connaissance générale de ces faits, soit à partir de recherches qu'il doit faire pour sa propre information à partir de sources auxquelles il est opportun qu'il se réfère »³⁶⁵³. Dans cette affaire, une convention d'affrètement portant sur un navire destiné au transport d'équipement militaire avait été conclue en 1915. La convention prévoyait que le gouvernement australien qui faisait usage du navire serait responsable des dommages causés par une guerre mais pas des risques maritimes ordinaires. Le navire entra en collision avec un autre navire au service du gouvernement britannique qui transportait des chariots d'ambulances et d'autres équipements d'une base militaire à une autre. La question posée aux juges concernait la nature du dommage subi : il s'agissait soit d'un dommage militaire soit d'un dommage maritime ordinaire. Les juges de première instance puis la *Court of Appeal* avaient retenu par, le biais du processus de *judicial notice*, que pouvait être tenue pour acquise l'existence de la Première Guerre Mondiale au

³⁶⁵⁰ Lord DENNING in *Goold v. Evans & Co.*, [1951] 2 T.L.R. 1189, C.A., p. 1991 : « I think that a view is part of the evidence, just as much as an exhibit. It is real evidence. The tribunal sees the real thing instead of having a drawing or a photograph of it ».

³⁶⁵¹ Colin MANCHESTER, « Judicial Notice and Personal Knowledge », *CLJ*, vol. 41, n° 1, 1979, p. 22.

³⁶⁵² *Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular and Oriental Branch Service*, *House of Lords*, 14 déc. 1922, [1923] A.C. 191.

³⁶⁵³ Lord SUMNER in *Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular and Oriental Branch Service*, *House of Lords*, 14 déc. 1922, [1923] A.C. 191, p. 212 : « Judicial notice refers to facts, which a judge can be called upon to receive and to act upon, either from his general knowledge of them, or from inquiries to be made by himself for his own information from sources to which it is proper for him to refer ».

moment de la collision le 1^{er} janvier 1916. Cet élément faisait pencher la qualification du côté d'un dommage dû à la guerre. La *House of Lords* retint que les juges de la *Court of Appeal* étaient effectivement fondés à considérer comme acquise l'existence d'une guerre au moment de la conclusion du contrat sur le fondement de la *judicial notice*³⁶⁵⁴. En revanche, ils ne pouvaient considérer comme acquise la date précise d'une opération destinée à évacuer des troupes militaires et en déduire que le second navire participait à cette opération de telle sorte que le dommage était de nature militaire. Cela revenait à élargir de façon excessive la prérogative octroyée au juge par le mécanisme de *judicial review*³⁶⁵⁵.

Les faits susceptibles de faire l'objet d'une *judicial review* sont nommés « *notorious facts* » car il relève de la « *connaissance partagée soit dans tout le pays, soit dans la localité où se trouve le juge* »³⁶⁵⁶. Il faut noter que la connaissance générale n'est pas la connaissance personnelle. Ainsi, le juge peut tenir pour vrai un fait qui relève de la connaissance ou de la culture générales, mais pas un fait dont il a connaissance hors de cette culture générale. La notion de *notorious facts* était initialement limitée à un fait tenu pour vrai dans tout le pays puis fut élargie à un fait tenu pour vrai dans une zone géographique plus restreinte. Dans un arrêt de la *High Court of Justice* de 1969³⁶⁵⁷, les juges précisèrent : « *il a toujours été reconnu que les juges de la High Court peuvent et doivent - après tout, ce sont des juges locaux - prendre en compte des éléments dont ils ont une connaissance personnelle, et particulièrement les éléments relatifs à la situation locale* ». Par conséquent, les juges s'estimèrent en l'espèce fondés à retenir la particularité d'un étang pour trancher l'existence d'une infraction en matière de pêche.

L'appréciation de ce qui relève de la connaissance générale et qui peut donc faire l'objet d'une *judicial review* demeure entre les mains du juge. Les juges anglais sont appelés à faire preuve de raison dans leur usage de ce procédé. Dans un arrêt de 1948³⁶⁵⁸, la *Court of Appeal* précisa que, pour évaluer la juste rémunération d'un salarié, un juge de proximité était fondé à prendre en compte sa propre connaissance de la situation des autres salariés dans le voisinage.

³⁶⁵⁴ V. dans le même sens la règle encore plus générale : *Taylor v. Barclay, Court of Chancery*, 19 nov. 1828, (1828) 2 Sim. 213, p. 220 : « *it is the duty of the Judge in every Court to take notice of public matters which affect the Government of the country* ».

³⁶⁵⁵ *Viscount CAVE L.C. in Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular and Oriental Branch Service, House of Lords*, 14 déc. 1922, [1923] A.C. 191, p. 197.

³⁶⁵⁶ Colin MANCHESTER, « *Judicial Notice and Personal Knowledge* », *MLR*, vol. 42, n° 1, 1979, p. 22.

³⁶⁵⁷ *Ingram v. Percival, High Court of Justice (Divisional Court)*, 22 mai 1968, [1969] 1 Q.B. 548.

³⁶⁵⁸ *Reynolds v. Llanelly Associated Tin Plate Co., England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 10 déc. 1948, [1948] 1 All ER. 140.

Néanmoins, les juges établirent également que la prérogative dont dispose le juge de proximité de faire appel à ses propres connaissances est limitée aux éléments qui relèvent de la connaissance générale, non seulement partagée par tous dans la zone géographique concernée, mais également « *correctement appliquée et dans des limites raisonnables* ». Ce critère est défini de façon générale dans l'arrêt comme excluant que le juge se fonde sur sa propre connaissance d'un cas individuel singulier exigeant un savoir particulier très spécifique. En l'espèce, cela excluait que le juge fît usage de sa connaissance du salaire particulier d'un homme de 66 ans ayant plusieurs décennies d'expérience dans son métier de tondeur dans une usine de fer-blanc. Cela relevait de la connaissance personnelle du juge sur laquelle il ne pouvait se fonder pour statuer. Il est difficile de saisir la distinction entre la connaissance générale, surtout locale, et la connaissance personnelle du juge et il est difficile de mettre en œuvre le critère des « limites raisonnables » de l'exercice de la *judicial notice*. Ce procédé accorderait une marge de manœuvre au juge anglais qui serait considérable. En réalité la *judicial notice* est subsidiaire par rapport à l'apport d'éléments de preuve par les parties³⁶⁵⁹. En outre, et surtout, les juges des cours suprêmes se montrent particulièrement vigilants en la matière ainsi qu'en témoignent les arrêts étudiés dans lesquels la *judicial notice* opérée par les juges de première instance est minutieusement évaluée. La tendance étant à la prudence en matière de *judicial notice*, il convient de faire confiance au juge pour déterminer quels sont les *notorious facts* de nature à l'aider à statuer³⁶⁶⁰.

Il ressort de ces éléments que les tempéraments à l'interdiction faite au juge anglais d'ordonner d'office des mesures d'instruction sont loin de donner au juge anglais un rôle prépondérant dans l'établissement des faits du litige. Le juge anglais demeure très en retrait de l'instruction, confirmant encore une fois le respect par le droit anglais de l'adage traditionnel.

§ 2 – Un rôle dynamique sur le droit : la faculté de relever d'office les moyens de droit en droit commun

847. Un rôle dynamique encadré. En France comme en Angleterre, il revient en principe au juge de dire le droit, voire de rechercher le raisonnement juridique le plus pertinent pour trancher le litige, ce qui confère au juge un rôle plus actif. La faculté octroyée au juge français et au juge anglais de relever d'office des moyens de droit s'exerce dans le respect du

³⁶⁵⁹ Owens v. Llay Main Collieries, (1932) 25 BWCC, 573 : le juge ne peut pas substituer la connaissance générale de certains faits à des éléments de preuve présentés à lui par les parties.

³⁶⁶⁰ Colin MANCHESTER, « Judicial Notice and Personal Knowledge », *MLR*, vol. 42, n° 1, 1979, p. 28.

contradictoire dans les deux pays (B). Cependant, cette règle n'est pas formulée de la même façon (A).

A) Des formulations dissemblables de l'office du juge en matière de droit

848. D'inégales tentatives de clarification. Alors que l'article 12 du Code de procédure civile vise clairement à poser explicitement les contours de l'office du juge français en matière procédurale, aucun texte législatif n'opère la même clarification en droit positif anglais. Il ressort de la lecture l'article 12 du Code de procédure civile que le droit est le domaine du juge français (1) alors que le juge anglais n'est pas censé connaître la loi (2).

1) Le droit, le domaine privilégié du juge en France

849. Une disposition obscure. Les premier et deuxième alinéas³⁶⁶¹ de l'article 12 du Code de procédure civile disposent :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

Il est indéniable que l'alinéa premier pose le principe de juridiction, une obligation pour le juge de trancher le litige selon les règles de droit applicables. Un décret du 9 septembre 1971³⁶⁶² confirme l'existence d'une véritable obligation : ce texte prévoyait que l'article 12 de ce qui devait alors devenir le nouveau Code de procédure civile serait ainsi rédigé : *« Le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »*³⁶⁶³. Néanmoins, il existe plusieurs propositions quant à l'attitude que le juge doit adopter vis-à-vis du droit afin de remplir cette mission. La question porte plus précisément sur, d'une part, les moyens de pur droit qui ne sont pas d'ordre public³⁶⁶⁴, et d'autre part les moyens mélangés de fait et de droit. En effet, en ce qui concerne les moyens de pur droit et d'ordre public, la majorité

³⁶⁶¹ V. *supra* n^{os} 812s sur l'accord exprès des parties visé à l'al. 3 du même art.

³⁶⁶² Décret n^o 71-740 du 9 sept. 1971 instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile, *JORF* n^o 0212 du 11 sept. 1971. L'emphase ne figure pas dans le texte original.

³⁶⁶³ Cet art. fut annulé par le Conseil d'État au motif que le principe du contradictoire est un principe fondamental auquel il est impossible de déroger par voie réglementaire, v. *supra* n^o 813.

³⁶⁶⁴ Les moyens d'ordre public devant être relevés d'office par le juge. Certains sont spécifiquement prévus par la loi : v. art. 120 du CPC qui concerne les « exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure » et art. 125 du CPC qui concerne les fins de non-recevoir.

de la doctrine s'accorde pour retenir qu'ils doivent être relevés d'office par le juge. Certains moyens de pur droit sont spécifiquement qualifiés comme étant d'ordre public par la loi. L'alinéa premier de l'article 120 du Code de procédure civile oblige ainsi le juge à relever d'office les « *exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* ». L'alinéa premier de l'article 125 du même Code dispose que « [les] *fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* » et énumère une liste non limitative de fins de non-recevoir d'ordre public.

En ce qui concerne les moyens de pur droit qui ne sont pas d'ordre public, la doctrine majoritaire considère que, pour satisfaire sa mission de « *trancher le litige selon les règles de droit qui lui sont applicables* », le juge a l'obligation de relever les moyens de pur droit susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties, c'est son devoir³⁶⁶⁵ ; une doctrine plus minoritaire considère qu'il s'agit d'une faculté³⁶⁶⁶ ; une troisième voie consiste à retenir qu'une interdiction de relever d'office pèse sur le juge³⁶⁶⁷. Il convient ici de rappeler la distinction entre le moyen de pur droit et le moyen mélangé de fait et de droit. Le moyen est « *dit de pur droit lorsque son application à l'espèce ne postule pas d'autres faits que ceux qui sont litigieux. On parle alors de moyen de pur droit parce que le moyen ne prend alors pour fondement aucun fait qui n'ait été déjà présenté devant les juges ou pris en considération par eux* »³⁶⁶⁸. À l'inverse, un moyen est mélangé de fait et de droit lorsqu'il « *se réfère à une règle de droit dont*

³⁶⁶⁵ Jacques NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965 ; Jacques NORMAND, *J.-Cl Procédure civile*, Fasc. 152, « Principes directeurs du procès, office du juge, fondement des prétentions litigieuses » ; Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 586, pp. 487 et 488 ; Frédérique EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Rouen, 1994 ; Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 533, p. 476 ; Jean-François VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, éd. LGDJ-Bruylant, 2004 ; Georges BOLARD, « Les garanties du procès civil », in *Droit et pratique de la procédure civile* (dir. S. GUINCHARD), Dalloz Action, 5^{ème} éd., 2006, n°s 2306s ; Jacques NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges offert à Pierre Hébraud*, Toulouse : Université des sciences sociales, 1981, pp. 595s.

³⁶⁶⁶ Raymond MARTIN, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.*, 1990, p. 163 ; « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier », *D.*, 1994, p. 308 ; « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1996. chron. 20 ; « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.*, 2005, p. 1444 ; « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », *D.*, 2006, p. 2201.

³⁶⁶⁷ Olivier DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens, à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102, n° 5 : « *elles [les parties] tiennent de l'article 4 le pouvoir absolu de définir l'objet du litige par leurs prétentions. Or le principe de l'immutabilité et de l'indisponibilité du litige, qui contraint le juge à se prononcer sur ce qui a été demandé et lui interdit corrélativement de modifier l'objet du litige (art. 5), a une incidence sur l'identification du droit applicable. La mission des magistrats, en effet, n'est pas de rechercher la règle applicable au litige envisagé dans l'absolu, mais celle qui est applicable au litige tel qu'il a été limitativement fixé par les prétentions des parties. Ce n'est pas la même chose* ».

³⁶⁶⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 555, p. 463.

l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits du débat qui ne sont pas des faits litigieux »³⁶⁶⁹, autrement dit de faits adventices³⁶⁷⁰.

850. L'arrêt Dauvin. Après bien des hésitations jurisprudentielles³⁶⁷¹, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question par un arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, dit « arrêt Dauvin »³⁶⁷². La Haute juridiction a ainsi précisé : « *l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ». En l'espèce, le juge n'était pas tenu de rechercher si l'action de l'acquéreur, fondée sur l'existence d'un vice caché, pouvait être fondée sur le manquement du vendeur à l'obligation de délivrance. Autrement dit, la Cour de cassation, en Assemblée plénière, affirme désormais que les juges du fond ne disposent que d'une simple faculté de relever d'office les moyens de droit, sans qu'une distinction ne soit opérée entre les moyens de pur droit et les moyens mélanges de fait et de droit. L'absence de distinction entre les types de moyens a le mérite de la simplicité. En outre, une difficulté considérable, à laquelle les magistrats de la Cour de cassation ont vraisemblablement été sensibles, réside dans le risque de l'augmentation des

³⁶⁶⁹ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 555, p. 464.

³⁶⁷⁰ V. *supra* n° 785 pour la définition des faits adventices.

³⁶⁷¹ La 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation fut notamment à l'origine d'un courant jurisprudentiel en faveur d'une obligation du juge de relever d'office les moyens de pur droit : Civ. 2^{ème}, 14 fév. 1985, *JCP* 1988. II. 21030, note J. HÉRON ; *Gaz. Pal.* 1985. 840, note S. GUINCHARD et MOUSSA. V. plus tard les arrêts de cassation pour défaut de base légale lorsque le juge du fond n'avait pas recherché si au lieu de la garantie des vices cachés le plaideur n'aurait pas pu invoquer le manquement à l'obligation de délivrance conforme : Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1989, n° 87-13539, *Bull. civ.* I, 1989, n° 83, p. 53, *RTD civ.*, 1991, p. 152, J. NORMAND ; Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n° 87-14360, *Bull. civ.* I, 1989, n° 393, p. 264, *RTD civ.*, 1991, p. 152, J. NORMAND. Mais v. *contra* et sur la même question : Civ. 2^{ème}, 4 nov. 1988, n° 87-16436, *Bull. civ.* II, 1988, n° 202 p. 111, *D.* 1989, p. 609, note M. A. FRISON-ROCHE ; *Gaz. Pal.* 1989. 2. somm. 464, obs. CROZE et MOREL, *JCP* 1989. IV. 4 : « *l'article 12, paragraphe 1, du nouveau Code de procédure civile [...] n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé* » ; Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993, n° 91-19627, *Bull. civ.* I, 1993, n° 362, p. 252, *D.*, 1994, p. 115, note A. BÉNABENT ; *RTD com.*, 1994, p. 544, note B. BOULOC ; *Com.*, 14 nov. 1995, n° 93-19140, inédit, *RJDA* 1996, n° 210 ; *RTD civ.*, 1996, p. 689, obs. J. NORMAND ; Civ. 3^{ème}, 8 nov. 2006, n° 05-17379, *Bull. civ.* III, 2006, n° 217, p. 181, *AJDI*, 2007, p. 394, obs. P. CAPOULADE. V. même en faveur de l'interdiction pour le juge de relever d'office : *Com.*, 23 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 244, p. 170, *RTD civ.* 1993, p. 413, obs. J. NORMAND ; *D.* 1993, *Somm.* p. 240, obs. O. TOURNAFOND, selon la 2^{ème} chambre civile adoptant une conception très étendue de l'objet du litige, le juge ne pouvait procéder à une telle substitution de fondement car il est lié par les prétentions des parties.

³⁶⁷² Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

pourvois en cassation fondés sur le manquement par le juge du fond à une obligation qui leur aurait été faite de relever d'office la règle de droit adéquate³⁶⁷³.

Néanmoins, cette solution jurisprudentielle est très critiquable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une telle jurisprudence ne semble pas compatible avec la définition de l'office du juge telle qu'elle est posée par l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile. En outre, cela revient à opérer une distinction difficile à mettre en œuvre entre le moyen de pur droit et la requalification.

851. L'office véritable du juge : une obligation de relever d'office. Le juge ne peut pas trancher le litige selon les règles de droit applicables, obligation absolue qui lui est faite par l'alinéa premier de l'article 12 Code de procédure civile, s'il ne relève pas d'office les moyens de droit. En effet, le droit proposé par les parties ou leurs avocats relève du relatif : il est limité en ce qu'il est fortement influencé par la défense des intérêts de la partie représentée. Le travail de rédaction des conclusions par les avocats n'est pas motivé par la recherche du raisonnement juridique idoine, à l'inverse du travail de rédaction de la décision judiciaire effectué par le juge. Plus précisément, le juge est à la recherche du raisonnement juridique idoine, c'est-à-dire adéquat, par rapport aux faits présentés par les parties. C'est ainsi qu'entre en jeu une distinction entre les faits dans le débat expressément invoqués par les plaideurs et les faits hors du débat. Cette distinction sous-tend la distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit³⁶⁷⁴. Le juge, pour remplir la mission qui lui est confiée par l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile, « *ne peut ignorer les faits expressément invoqués par les plaideurs* »³⁶⁷⁵. Dès le moment où les parties ont attiré spécifiquement son attention sur certains faits en les invoquant au soutien de leurs prétentions, le juge doit « *trancher le litige selon les règles de droit qui lui sont applicables* » c'est-à-dire soulever les moyens de pur droit applicables aux faits qui ont été portés à sa connaissance. En revanche, l'article 7 du Code de procédure civile dispose clairement que « [p]armi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». Par conséquent, le texte du Code de procédure civile dispose clairement que le moyen mélangé de fait et de droit doit faire l'objet d'une simple faculté de relevé d'office

³⁶⁷³ Raymond MARTIN, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier », *D.*, 1994. chron. 308, n° 10.

³⁶⁷⁴ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 586, p. 487.

³⁶⁷⁵ Georges BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP* n° 30, 1993. I. 3693, n° 11.

et non d'une obligation. Or l'arrêt Dauvin³⁶⁷⁶ efface artificiellement la distinction entre le moyen de pur droit et le moyen mélangé de fait et de droit en leur appliquant un régime identique, celui de la faculté de relever d'office. Cela a pour effet d'obscurcir la distinction opérée par le Code de procédure civile entre les faits dans le débat expressément invoqués par les plaideurs et les faits hors du débat, cette distinction étant cruciale dans la délimitation de l'office du juge quant au droit³⁶⁷⁷.

852. La distinction contestable entre la requalification des actes et des faits litigieux et le changement de fondement ou de dénomination juridiques de la demande. La décision d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 opère une distinction entre, d'une part, la requalification des actes et des faits litigieux et, d'autre part, le changement de fondement ou de dénomination juridiques de la demande qui s'opère par le biais du relevé d'office d'un moyen de droit. Si la première fait l'objet d'une obligation non équivoque posée par le deuxième alinéa de l'article 12, la Haute juridiction considère que le second n'est qu'une faculté dont dispose le juge du fond. Or, « *requalifier, c'est substituer à une règle de droit invoquée par les parties, une autre règle de droit, donc relever d'office un moyen de droit* »³⁶⁷⁸. Autrement dit, la requalification, obligatoire, d'un acte ou d'un fait litigieux entraînera souvent le relevé d'office, facultatif, d'un moyen de droit qui fera aboutir la prétention d'une des parties et changera au passage la dénomination juridique³⁶⁷⁹. Par exemple, dans un arrêt de 2001³⁶⁸⁰,

³⁶⁷⁶ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁶⁷⁷ Henri MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Rapport au IVe Congrès international de droit comparé, 1954 in Écrits, Études et Notes de procédure civile*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 51 ; Frédérique FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Actes du Colloque de Caen*, du 20 janv. 2012, *Procédures*, n° 3, 2012, n° 15.

³⁶⁷⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 576, p. 477. V. aussi : Georges BOLARD, « L'office du juge en procédure civile », *RDA*, n° 13, 2017, p. 80 : « *On ne substitue pas une qualification juridique à une autre sans substituer, à la règle de droit source de la qualification initiale, une autre règle de droit source de la qualification nouvelle* ».

³⁶⁷⁹ Nicolas DUPONT, « Des actions en garantie des vices cachés et de celles fondées sur le dol : quelle articulation ? Pour quel intérêt ? », *CCC*, n° 3, 2021, étude 4, n° 11 : « *la distinction entre la requalification et le relevé d'office est délicate à mettre en œuvre, car on peine à comprendre quel est l'intérêt, pour un juge, de restituer aux faits leur exacte qualification – donc la changer – sans modifier en conséquence le fondement de la demande et, ce faisant, relever d'office un moyen de droit* ».

³⁶⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-16687, *Bull. civ.* I, 2001, n° 225, *D.* 2002, p. 1002, P. BRUN ; *D.* 2002, p. 2047, note I. OMARJEE. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-13101, inédit, *RD rur.*, n° 333, 2005, 176, B. GRIMONPREZ : la cour d'appel avait requalifié l'action en nullité de la vente pour vice du contentement en action en garantie des vices cachés. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation des art. 285 du C. rural et 12 du CPC en précisant « *qu'il incombait [aux juges du fond] de relever d'office que l'action en garantie dans les*

la Cour de cassation censura un arrêt rendu par une cour d'appel au motif que l'alinéa 2 de l'article 12 lui imposait de rechercher « *si l'action en annulation engagée par [l'acquéreur], qui avait invoqué, à l'appui de sa demande, des défauts rendant le véhicule impropre à la circulation, ne devait pas être requalifiée en une demande en garantie des vices cachés* ». En l'espèce, les défauts invoqués par la demanderesse, faits litigieux, étaient donc susceptibles d'être requalifiés de vices cachés, ce qui entraînait le relevé d'office d'un moyen de droit résidant dans l'application de la garantie contractuelle correspondante fondée sur l'article 1641 du Code civil. La dénomination juridique³⁶⁸¹ de la demande s'en trouvait donc également modifiée, passant de « *nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles* » à « *résolution fondée sur la garantie des vices cachés* ». Il apparaît difficile d'opérer une distinction théorique entre, d'une part, la requalification des actes et des faits litigieux et, d'autre part, le changement de fondement ou de dénomination juridique et de leur attribuer des régimes juridiques différents en pratique. En effet, le plus souvent, la requalification entraînera le relevé d'office d'un moyen de droit qui opérera un changement de fondement et de dénomination juridiques³⁶⁸². La distinction entre ces deux opérations intellectuelles semble donc « *artificielle* »³⁶⁸³.

En outre, le relevé d'office d'un moyen de droit qui découle d'une requalification opère un changement de fondement de la demande³⁶⁸⁴. Dans un tel cas, le juge doit veiller à ne pas modifier l'objet du litige. Pour ce faire, il « *doit maintenir le résultat (factuel) recherché par les parties et se contenter de donner à la prétention son véritable fondement juridique* »³⁶⁸⁵. Dans l'exemple précédemment cité, la demanderesse sollicitait la nullité de la vente sur le fondement de l'erreur. Le relevé d'office du moyen de droit résidant dans l'application de la garantie des vices cachés devait aboutir au prononcé de la résolution sur le fondement de la

ventes d'animaux domestiques est régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions des articles 285 et suivants du Code rural ».

³⁶⁸¹ La dénomination s'apparente à la qualification juridique proposée par la partie : v. Civ. 2^{ème}, 9 janv. 1991, n° 89-18877, *Bull. civ.* II, 1991, n° 15, p. 8, *D.*, 1992, p. 129, P. JULIEN : la Cour de cassation a précisé que c'était à bon droit qu'une cour d'appel avait relevé que le jugement déferé avait justement déclaré une action recevable en lui restituant sa véritable qualification procédurale de tierce opposition, sans s'arrêter à la dénomination d'action paulienne qui avait été proposée par la demanderesse.

³⁶⁸² Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 419, p. 309.

³⁶⁸³ Corinne BLÉRY et Noémie REICHLING, « Fasc. 500-35 : Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses », in *Juriscl. Pro. civ.*, LexisNexis, 2 janv. 2020, (actu. 6 déc. 2021), n° 54 ; Frédérique EUDIER et Nicolas GERBAY, « Jugements – Débats », in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, oct. 2018, (actu. juill. 2022), n° 112.

³⁶⁸⁴ V. *infra* n° 875.

³⁶⁸⁵ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 575, p. 476.

garantie des vices cachés. Dans les deux cas, le résultat factuel obtenu correspond à l'anéantissement rétroactif du contrat de vente de telle sorte que l'objet du litige tel qu'il est traditionnellement défini³⁶⁸⁶, demeure inchangé. En réalité, il s'agit d'une faculté de requalification de l'objet de l'action qui correspond mieux à la finalité concrète recherchée par le plaideur³⁶⁸⁷.

853. La difficile mise en œuvre de la distinction. La distinction entre requalification des actes et des faits litigieux et changement de fondement ou de dénomination juridique de la demande n'est pas aisée à mettre en œuvre. Dans l'arrêt d'Assemblée Plénière du 21 décembre 2007, la Cour de cassation a établi que la substitution de certaines sanctions contractuelles, telles que la résolution et la nullité du contrat, s'apparente à un relevé d'office d'un nouveau moyen de droit et non à une requalification des faits et actes litigieux de telle sorte qu'elle correspondait à une faculté du juge et non à une obligation³⁶⁸⁸. Or le communiqué qui accompagne l'arrêt précise que « *le moyen posait la question de savoir si la cour d'appel était tenue de rechercher d'office si les faits invoqués par l'acquéreur pouvaient recevoir une autre qualification (manquement à l'obligation de délivrance conforme) que celle invoquée par le demandeur (vices cachés) et d'examiner ensuite la demande sur un fondement juridique que les plaideurs n'avaient pas envisagé* »³⁶⁸⁹. Cette explication laisse penser que l'opération demandée au juge du fond s'apparentait plus précisément à une requalification du fait litigieux, et non pas à un simple relevé d'office d'un moyen de droit et ne permet pas d'apporter une vraie clarification de la solution posée par la Haute juridiction.

854. L'égalité devant les tribunaux. Le choix opéré par la Cour de cassation de retenir une faculté de relever d'office les moyens de droit susceptibles de faire aboutir la prétention d'une des parties a pour conséquence une rupture d'égalité des justiciables devant les tribunaux. Il s'agissait déjà du défaut que présentait l'ancien troisième alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile qui octroyait au juge la faculté de relever d'office les moyens de pur droit, quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties³⁶⁹⁰. L'égalité des justiciables devant les

³⁶⁸⁶ V. *supra* n^{os} 767s sur la définition de l'objet du litige.

³⁶⁸⁷ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n^{os} 457s, pp. 340s.

³⁶⁸⁸ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n^o 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n^o 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n^o 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*, 2008, I, p. 156, obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n^o 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n^o 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Defrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁶⁸⁹ [En ligne] <https://www.courdecassation.fr/> (page consultée le 08/08/2022)

³⁶⁹⁰ Raymond MARTIN, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier », *D.*, 1994. chron. 308, n^o 4.

tribunaux est un principe à valeur constitutionnelle en ce qu'il est issu du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi consacré par l'article premier de la Constitution de la V^{ème} République du 4 octobre 1958. Il est alors étonnant de constater que la Cour de cassation, dans l'arrêt Dauvin³⁶⁹¹, a choisi de consacrer une faculté judiciaire de relever d'office les moyens de pur droit car l'existence d'une faculté pose systématiquement le même problème de rupture d'égalité. L'établissement d'une obligation de relever d'office aurait le mérite de rétablir l'égalité des plaideurs devant les tribunaux. En l'état actuel du droit positif, selon une multitude de facteurs variables, le justiciable se trouvera dans une situation plus ou moins favorable : soit la juridiction soulèvera d'office un moyen susceptible de faire aboutir sa prétention, soit elle se contentera de la débouter sans chercher de moyen de droit alternatif susceptible de lui permettre d'obtenir gain de cause. L'aboutissement de la prétention est ainsi abandonné à « *l'arbitraire du juge* »³⁶⁹², à sa diligence, mais aussi et surtout aux moyens dont il disposera. Dans une chambre ou un service surchargés, la probabilité de voir les magistrats prendre la peine de relever d'office des moyens de droit est assurément faible. Ainsi qu'il a été souligné, le droit de la procédure civile initialement inspiré par l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* » est maintenant indéniablement imprégné d'un nouvel adage : « *Donne-moi les faits, donne-moi le droit, je te donnerai un jugement* »³⁶⁹³. Cela est regrettable dans la mesure où l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* », tel qu'il est exprimé dans l'article 12 du Code de procédure civile, impose au juge de « *faire le tour de la question* » sur le terrain juridique, sans pouvoir s'en tenir aux suggestions formulées par les plaideurs »³⁶⁹⁴.

855. Une solution isolée en Europe. Preuve qu'une autre voie est possible, la consécration d'une faculté judiciaire de relever d'office les moyens de droit est loin de faire l'unanimité dans les pays européens qui, pour la plupart, retiennent une conception plus extensive de l'adage « *Da mihi factum, tibi dabo jus* ». Par exemple, la Cour de cassation

³⁶⁹¹ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Defrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁶⁹² Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 591, p. 493.

³⁶⁹³ *Ibid.* n° 592, p. 494.

³⁶⁹⁴ Henri MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. 235, n° 24.

belge³⁶⁹⁵ et la Cour de cassation luxembourgeoise³⁶⁹⁶ ont consacré l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de droit susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties. Une telle obligation existe également depuis longtemps en Allemagne puisque le droit allemand impose au juge de rechercher d'office la loi applicable au litige³⁶⁹⁷.

856. Le cumul de l'arrêt Césareo et de l'arrêt Dauvin. La solution de l'arrêt Dauvin³⁶⁹⁸ est d'autant plus regrettable qu'elle se combine à celle de l'arrêt Césareo³⁶⁹⁹. Le cumul de ces deux décisions permet de penser que le droit positif actuel n'est pas au service de l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile. En effet, plutôt que de trancher le litige en vertu des règles qui lui sont applicables, le juge tranche le litige en vertu des règles dont l'application est soulevée par les parties. À ce constat s'ajoute la remarque que le juge doit certes requalifier les faits et actes litigieux³⁷⁰⁰ mais qu'il n'est pas forcément tenu d'appliquer la règle de droit qui découle de l'exacte qualification qu'il a dégagée. Il peut se contenter de rejeter simplement la demande puisqu'il n'est pas tenu de relever d'office les moyens de droit qui permettent aux parties de voir aboutir leurs prétentions. Cela est regrettable puisque le juge ne va pas jusqu'au bout du raisonnement juridique, il « s'arrête à mi-chemin »³⁷⁰¹.

Quelle que soit la lecture que l'on fasse de l'article 12 en termes de force contraignante à l'égard du juge, l'alinéa premier pose que le droit est en principe l'apanage du juge : *curia novit legem*. Or l'Angleterre connaît un principe inverse.

³⁶⁹⁵ Cass. belge, 14, avr. 2005, Garage Spinoit c. Gecima, R.G. n° C.03.0148.F, *JT* 2005, p. 659, *Pas.* 2005, 862, concl. Av. gén. Dél. P. de Koster ; *Journal Liège, Mons. et Bruxelles*, 2005, 856, obs. de Laval ; *J. Trib.* 2005, 658, obs. J. VAN COMPERNOLLE. V. aussi : Cass. belge, 16 mars 2006, *Pas.* 2006, n° 155.

³⁶⁹⁶ Cass. luxemb., 10 mars 2011, n° 18/11, *Journal des tribunaux du Luxembourg*, p. 8, note V. BOLARD. V. aussi : Cass. luxemb., 24 oct. 2013, n° 62/13, et 63/13, *Jurisnews, Arbitrage et Procédure civile*, 2013, n°s 3 et 4, p. 21, note S. MÉNETREY et V. BOLARD.

³⁶⁹⁷ Frédérique FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Actes du Colloque de Caen*, du 20 janv. 2012, *Procédures*, n° 3, 2012, n° 18.

³⁶⁹⁸ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁶⁹⁹ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³⁷⁰⁰ V. *infra* n° 874.

³⁷⁰¹ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 466, p. 350. V. dans le même sens : Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} éd., LexisNexis, n° 533, p. 476.

2) Le droit, le domaine privilégié des parties en Angleterre

857. « *The court knows no law* ». Aucun texte législatif anglais ne définit l'office du juge de façon semblable à l'article 12 du Code de procédure civile français. Les décisions de justice relatives à cette question semblent cependant indiquer que la règle « *curia novit legem* » ne fait pas partie du droit positif anglais³⁷⁰². Par conséquent, la tâche de la recherche du raisonnement juridique adéquat ne pèserait pas sur le juge anglais, à l'inverse du juge français. Au contraire, selon l'adage « *the court knows no law* », le juge anglais ne connaît pas le droit. Cette maxime, qui est en directe opposition avec l'adage « *curia novit legem* » connu du droit français, « traduit l'esprit de la méthode anglaise, et c'est de ce principe que découle aussi l'obligation d'un avocat anglais pendant une audience où la partie opposée n'est pas représentée, d'attirer l'attention de la Cour sur la jurisprudence contraire à sa propre cause »³⁷⁰³. L'attachement du droit anglais pour le principe dispositif selon lequel le litige est la chose des parties se traduit aussi bien dans l'établissements de faits³⁷⁰⁴ que dans l'invocation du droit. En droit anglais, il revient ainsi à l'avocat de présenter l'état du droit positif. Il le fait non seulement dans le but de défendre les intérêts de son client, mais il a également un devoir d'exactitude envers le tribunal³⁷⁰⁵. Ce devoir revêt une importance particulière comme en témoigne la jurisprudence protectrice du *solicitor*. Dans un arrêt de 2010³⁷⁰⁶, la *Court of Appeal* se prononça sur un litige opposant un *solicitor* à son client. Le conseil avait prévenu son client que sa demande n'avait que très peu de chances de succès car les arguments avancés n'étaient pas défendables. Devant l'insistance du client, le *solicitor* mit fin à son mandat de représentation et agit contre le client en vue d'obtenir le paiement des honoraires pour le travail déjà effectué. Le tribunal de première instance débouta le conseil car il n'avait pas de motif légitime, au sens du *Solicitors' Practice Rules*³⁷⁰⁷ de 1990 et du *Solicitors' Code of Conduct* de 2007³⁷⁰⁸, de mettre fin à son mandat, ce qui le privait du paiement des honoraires. La *Court of Appeal* renversa la décision du tribunal. Elle précisa que les parties devant apporter leur

³⁷⁰² Frederick A. MANN, « Fusion of the legal professions », *LQR*, vol. 93, 1977, p. 369.

³⁷⁰³ Peter M. ROTH, « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *RIDC*, vol. 50, 1998, n° 3, p. 775.

³⁷⁰⁴ V. *supra* n° 758 sur la preuve des faits en droit anglais.

³⁷⁰⁵ Frederick A. MANN, « Fusion of the legal professions », *LQR*, vol. 93, 1977, p. 369.

³⁷⁰⁶ Richard Buxton *Solicitors v. Mills-Owens*, *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 23 fév. 2010, [2010] EWCA Civ 122, [2010] 1 W.L.R. 1997.

³⁷⁰⁷ *Solicitors' Practice Rules*, r.12.12.

³⁷⁰⁸ *Solicitors' Code of Conduct*, r.2.01(2).

concours à la justice en vertu de l'*overriding principle*³⁷⁰⁹ établi par les *CPR*³⁷¹⁰, un *solicitor* enfreindrait cette règle s'il était tenu de présenter au juge une demande qu'il estimait non fondée. « *Overriding* » signifie « plus important que toute autre chose ». Il n'est donc pas envisageable que le conseil manque à son obligation envers le juge de présenter l'état du droit positif et le raisonnement juridique applicable à l'affaire tels qu'il les estime corrects en raison d'une pression exercée par le client. Par conséquent, cette situation ne pouvait que constituer une « bonne raison » de mettre fin au mandat de représentation, ce qui ne privait pas le conseil du paiement de ses honoraires pour le travail fourni avant la fin du mandat.

En droit français, le juge peut demander aux parties de « *fournir les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige* »³⁷¹¹. En outre, bien que le droit français fasse en principe peser la charge de la connaissance du droit avant tout sur le juge, les jurisprudences Césareo³⁷¹² et Dauvin³⁷¹³ ont partiellement renversé cette tendance en marquant un net recul de l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ». Une tâche plus importante pèse cependant sur les avocats anglais que sur les avocats français³⁷¹⁴. En effet, ces derniers ne sont pas soumis à un « *overriding principle* » de présenter l'état actuel du droit, et peuvent ne pas invoquer de fondement juridique au soutien des prétentions de leur client, obligeant ainsi le juge à déterminer ce fondement³⁷¹⁵. Plus généralement, l'adage « *curia novit legem* » n'est pas un principe du droit anglais, ce qui le démarque considérablement des autres systèmes juridiques³⁷¹⁶. Il en découle un rôle prépondérant des parties et de leurs conseils dans le domaine du droit qui s'explique par la nature traditionnellement accusatoire de la procédure civile

³⁷⁰⁹ V. *supra* n° 795.

³⁷¹⁰ *CPR* r.1.3.

³⁷¹¹ Art. 442 et 446-3 du CPC.

³⁷¹² Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

³⁷¹³ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, note É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁷¹⁴ Quoique la tendance en droit français soit orientée vers un renforcement du rôle des avocats puisque l'art. 56 du CPC, dans sa rédaction issue du décret n° 2020-1452 du 27 nov. 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, *JORF* n° 0288 du 28 nov. 2020, les oblige à mentionner dans l'assignation « [un] exposé des moyens en fait et en droit ».

³⁷¹⁵ V. *infra* n° 901.

³⁷¹⁶ Frederick A. MANN, « Fusion of the legal professions », *LQR*, vol. 93, 1977, p. 369 : « *perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule curia novit legem has never been and is not part of English law* ».

anglaise³⁷¹⁷ dans laquelle le rôle du juge est particulièrement limité. Il revient en effet aux parties de déterminer les éléments factuels ou juridiques qui permettront au juge de statuer sur leurs prétentions³⁷¹⁸. Par conséquent, le droit anglais ignore en principe l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ».

858. Un constat nuancé. Néanmoins, ce constat doit être nuancé car le juge anglais ne saurait non plus rendre une décision qu'il sait être juridiquement incorrecte³⁷¹⁹. Lorsqu'il constate l'omission notamment de *precedents* qui aurait pu être invoqués par les conseils des parties, il dispose d'une faculté d'inviter les parties à présenter leurs observations sur ces points³⁷²⁰. En outre, le juge relèvera d'office un moyen d'ordre public, étant précisé que les contours de l'ordre public ne sont pas identiques en France et en Angleterre³⁷²¹. Par exemple, un juge refusera d'ordonner l'exécution forcée d'un contrat illicite même si aucune partie ne soulève ce moyen³⁷²².

B) Une inégale faculté de relever d'office les moyens de droit

859. Une faculté conditionnée. Dans certains cas, le relevé d'office des moyens de droit susceptibles de faire aboutir les prétentions des parties constitue une faculté conférée aux juges français et aux juges anglais (1). Cette faculté est conditionnée au respect par les juges du principe du contradictoire (2).

1) Une faculté accordée aux juges français et refusée aux juges anglais

860. Le mécanisme du relevé d'office. Le relevé d'office d'un moyen consiste pour le juge à appliquer aux faits dans le débat une autre règle de droit que celles invoquées par les parties. La Cour de cassation protège cette faculté puisqu'elle casse pour violation de l'article 12 du Code de procédure civile les arrêts dans lesquels le juge du fond motive sa décision en précisant que le fondement juridique de la demande ne peut être modifié, même en l'absence d'un accord exprès des parties limitant le débat³⁷²³. Le juge du fond peut ne pas relever d'office

³⁷¹⁷ V. *supra* n° 498.

³⁷¹⁸ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 220.

³⁷¹⁹ John Anthony JOLOWICZ, *On civil procedure*, CUP, 2010, p. 190.

³⁷²⁰ Frederick A. MANN, « Fusion of the legal professions », *LQR*, vol. 93, 1977, p. 369.

³⁷²¹ V. *infra* n°s 905s.

³⁷²² Justice BINGHAM in *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel*, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427, p. 429. V. *infra* n° 906.

³⁷²³ Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ.* III, 2016, n° 135, p. 141, *AJDI*, 2017, p. 317, D. BLAISE ; *D.*, 2017, p. 1149, N. DAMAS ; *AJDI*, 2017, p. 295, N. DAMAS ; *AJDI*, 2018, p. 97, F. ZITOUNI ; *Loyers et copr.*, n° 12, 2016, comm. 252, B. VIAL-PEDROLETTI.

un moyen de droit, mais il devra s'abstenir de motiver sa décision en précisant qu'il ne peut le faire car cela est inexact. En Angleterre, les moyens juridiques ainsi relevés par le juge sont nommés *sua sponte arguments*³⁷²⁴.

Le contentieux contractuel est riche d'exemples de mise en œuvre de cette faculté par les juges français (a). La question est moins présente en droit anglais (b).

a) Une faculté étendue en droit français

861. Le rappel régulier d'une absence d'obligation pesant sur le juge du fond. La Cour de cassation ne manque pas de rappeler que le juge dispose d'une faculté de relever d'office les moyens de droit et non d'une obligation. Les arrêts ayant confirmé la jurisprudence Dauvin³⁷²⁵ sont nombreux. Il est possible de citer à titre d'exemple un arrêt de 2011³⁷²⁶. La Cour de cassation se prononça sur un pourvoi dirigé contre un arrêt d'une cour d'appel qui avait rejeté l'action fondée sur la garantie des vices cachés en raison d'une clause exonératoire valable, les vendeurs profanes de bonne foi ayant annexé un diagnostic d'un professionnel concluant à l'absence d'amiante sans en connaître le caractère erroné. Le pourvoi reprochait à l'arrêt un défaut de base légale au regard de l'article 1604 du Code civil consacrant la garantie des vices cachés puisque la présence d'amiante est susceptible de constituer un défaut de conformité du bien vendu. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que le juge du fond n'était pas tenu de rechercher d'office un manquement du vendeur à l'obligation de délivrance. De la même façon, l'existence d'une simple faculté pour le juge de relever d'office fut rappelée concernant la substitution du dol à la garantie des vices cachés, la Cour de cassation rejetant les pourvois fondés sur la violation de l'article 12 du Code de procédure en rappelant que, « *ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur*

³⁷²⁴ BLACK'S LAW DICTIONARY, Bryan A. GARNER (dir.), Thomson West, 11^{ème} éd., 2019 [En ligne] : l'expression *sua sponte* signifie : « [w]ithout prompting or suggestion; on its own motion » ; « sans incitation ou suggestion ; de son propre chef ».

³⁷²⁵ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD. V. *supra* n° 849.

³⁷²⁶ Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ.* III, 2011, n° 126, *RTD civ.*, 2011, p. 776, P.-Y. GAUTIER ; *JCP E*, n° 42, 2011, 1746, Y. DAGORNE-LABBE ; *Constr. – Urb.*, n° 10, 2011, 150, C. SIZAIRE ; *CCC*, n° 11, 2011, 232, L. LEVENEUR ; *JCP E* n° 45, 2011, 1289, Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP E*, n° 2, 2012, 1027, J.-B. SEUBE. V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 8 nov. 2006, n° 05-17379, *Bull. civ.* III, 2006, n° 217 p. 181, *AJDI*, 2007, p. 394, P. CAPOULADE ; *JCP G* n° 49, 2006, 3349, M.-C. ROUAULT : le juge, saisi d'une demande de résolution d'une vente sur le fondement des vices cachés, n'est pas tenu d'examiner d'office le litige au regard des art. 1603 et 1604 relatifs à l'obligation de délivrance conforme.

l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur le dol ou sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles »³⁷²⁷. La Cour de cassation rappelle régulièrement l'existence d'une simple prérogative offerte au juge du fond de relever les moyens de droit. Les exemples en matière contractuelle sont nombreux³⁷²⁸.

862. La substitution de la condition résolutoire à la garantie des vices cachés. La Cour de cassation avait initialement reconnu au juge du fond la faculté de relever d'office l'existence d'une condition résolutoire résidant dans le manquement du vendeur à ses obligations contractuelles. Dans un arrêt de 1985³⁷²⁹, elle se prononça sur un arrêt ayant relevé un tel manquement et conclu à l'existence d'une condition résolutoire alors que le demandeur et acquéreur avait sollicité la mise en œuvre de la garantie des vices cachés. Le pourvoi était fondé sur la violation des articles 4, 5 et 12 du Code de procédure civile car le juge du fond aurait modifié l'objet du litige, ainsi que sur la violation des articles 1641 et 1184 du Code civil relatifs respectivement à la garantie des vices cachés et à la condition résolutoire. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et précisa que les effets de la résolution étaient identiques en l'espèce, de telle sorte que le juge n'avait pas modifié l'objet du litige.

863. La non-substitution du défaut de conformité à la garantie des vices cachés. Pour régler le concours d'actions possible dans le contrat de vente entre l'action en responsabilité contractuelle fondée sur le défaut de conformité et la garantie des vices cachés, la Cour de cassation a établi un critère de distinction entre le vice caché, sanctionné par l'article 1641 du Code civil, et le défaut de conformité constituant un manquement à l'obligation de délivrance du vendeur et sanctionné par l'article 1604 du Code civil. Elle a retenu que la non-conformité de la chose aux spécifications contractuelles constitue un manquement à l'obligation de délivrance conforme, tandis que la non-conformité de la chose à sa destination normale correspond à vice caché³⁷³⁰. Par conséquent, le concours d'actions est résolu par l'établissement

³⁷²⁷ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n° 06-15038, inédit. V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n° 06-16922, inédit, *Resp. civ. et assur.*, n° 9, 2008, comm. 269.

³⁷²⁸ V. cependant les dispositions légales posant une obligation de relever d'office certains moyens de droit dits d'ordre public et les arrêts venant préciser et mettre en œuvre ces dispositions, *infra* n°s 904s.

³⁷²⁹ Com., 14 mai 1985, n° 83-16563, *Bull. civ.* IV, 1985, n° 147, p. 126.

³⁷³⁰ Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ.* III, 1991, n° 107, p. 61, *JCP G* 1992, II, 21935 ; *D.* 1992, p. 95, note J.-P. KARILA ; *D.*, 1992, p. 200, O. TOURNAFOND ; *RDI*, 1991, p. 352, P. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *RTD com.*, 1992, p. 217, B. BOULOC : arrêt de rejet car c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que, si les tuiles objets de la vente comportait un vice caché de fabrication, leur qualité et leur nature étaient conformes au contrat de telle sorte que l'action en responsabilité contractuelle pour manquement à l'obligation de délivrance conforme

d'une forme de « *hiérarchie entre les actions* »³⁷³¹ : si le défaut observé est un vice caché, seule l'action de l'article 1641 du Code civil est ouverte à l'acquéreur. L'incidence non négligeable pour le plaideur réside dans l'application du bref délai propre à l'action en garantie des vices cachés et qui a souvent eu³⁷³² pour conséquence l'irrecevabilité de l'action en raison de l'écoulement du délai de prescription³⁷³³.

Ce choix est contestable dans la mesure où « *lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul* »³⁷³⁴. L'arrêt Dauvin³⁷³⁵ a de surcroît pour conséquence que, si le juge du fond est tenu de requalifier le défaut en vice caché en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, car il s'agit d'un fait litigieux, il n'est pas tenu de relever d'office l'application de l'article 1641 du Code civil. Or cela serait appréciable pour le plaideur dans le cas où l'action en garantie des vices cachés ne serait pas prescrite. Lorsque le juge a requalifié le fait litigieux en vice caché, il lui reste peu de chemin à faire pour relever d'office le moyen tiré de l'application de l'article 1641 du Code civil. Cela explique que les juges du fond procèdent parfois à ce relevé d'office. Dans un arrêt de 1993³⁷³⁶, la Cour de cassation eut à connaître d'un pourvoi dirigé contre un

ne pouvait être accueillie ; Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-18047, *Bull. civ.*, I, 1993, n° 159, p. 110, *D.*, 1993, p. 506, note A. BÉNABENT ; *JCP E* 94, II, 526, note L. LEVENEUR ; *D.* 1994, p. 239, O. TOURNAFOND ; *RTD com.*, 1994, p. 98, B. BOULOC : cassation pour violation de l'art. 1134 car le demandeur agissait non pas sur le fondement des vices cachés mais sur le terrain de la délivrance conforme de telle sorte qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir signalé le vice conformément à ce que prévoyait les stipulations contractuelles ; Civ. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, n° 91-16344, *Bull. civ.* I, 1993, n° 287, p. 198, *D.* 1994, 115, A. BÉNABENT ; *D.* 1994, p. 237, O. TOURNAFOND ; *RTD. com.* 1994, p. 341, B. BOULOC : cassation pour violation de l'art. 1604 pour refus d'application dans la mesure où les conclusions du demandeur ne prétendaient pas qu'il y avait vice caché mais invitaient le juge du fond à vérifier le manquement à l'obligation de délivrance conforme ; *Com.*, 26 avr. 1994, n° 92-13862, *Bull. civ.* IV, n° 159, p. 126, *JCP G* 94, II, 22356 ; *JCP E* 94, II, 607, L. LEVENEUR ; *CCC*, 1994, 134, L. LEVENEUR ; *RTD. com.* 1994, p. 770, B. BOULOC : c'est à bon droit qu'une cour d'appel débouta un acquéreur de sa demande de résolution de la vente sur le fondement d'un manquement à l'obligation de délivrance conforme car le défaut était en réalité un vice caché ce qui dispensait le juge du fond de rechercher un éventuel manquement à l'obligation de délivrance ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2020, n° 19-11119, inédit, *D.*, 2020, p. 1819, N. BALAT ; *D.*, 2021, 594, *chron. H. AUBRY* ; *CCC*, n° 10, 2020, p. 149, S. BERNHEIM-DESVAUX.

³⁷³¹ Alain BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 259, p. 203.

³⁷³² L'art. 1648 C. civil prévoit aujourd'hui un délai de deux ans, depuis l'ordonnance n° 2005-136 du 17 fév. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JORF* n° 41 du 18 fév. 2005, texte n° 26.

³⁷³³ Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ.* III, 1991, n° 107, p. 61, *JCP G* 1992, II, 21935 ; *D.*, 1992, p. 95, note J.-P. KARILA ; *D.* 1992, p. 200, O. TOURNAFOND ; *RDI*, 1991, p. 352, P. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *RTD com.*, 1992, p. 217, B. BOULOC.

³⁷³⁴ Jean CARBONNIER, obs. Civ. 1^{ère}, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961, p. 333.

³⁷³⁵ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Defrénois* 2008, p. 1457, note É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁷³⁶ Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1993, n° 90-20932, *Bull. civ.* I, n° 302, p. 208, *D.* 1994, p. 211 ; *D.* 1994, p. 115, obs. A. BÉNABENT ; *D.*, 1994, p. 237, O. TOURNAFOND.

arrêt d'une cour d'appel qui avait procédé à la requalification des éléments de fait soumis aux débats. Elle avait estimé qu'un moteur de véhicule dans un état d'usure très avancée constituait un défaut de conformité et que le fondement de l'action était en réalité la non-conformité de la chose vendue à la commande de l'acquéreur. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation de l'article 16 du Code de procédure civile car le juge du fond avait ainsi tranché le litige sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen, alors que le demandeur sollicitait à titre principal l'annulation de la vente sur la base d'un vice du consentement, et à titre subsidiaire la résolution du contrat sur la base de la garantie des vices cachés. En réalité, la solution aurait été la même si la demande principale avait été fondée sur la garantie des vices cachés car le relevé d'office nécessite en tout état de cause que le juge invite les parties à présenter leurs observations. Cet arrêt illustre bien la nécessité pour le juge de respecter la hiérarchisation, opérée par chacune des parties, entre ses prétentions principales et ses prétentions subsidiaires³⁷³⁷.

864. La substitution du dol à la garantie des vices cachés. En outre, la Cour de cassation ne retient pas la même solution³⁷³⁸ en ce qui concerne le concours d'actions entre le dol et le vice caché ce qui rend sa position d'autant plus contestable. Elle a pu retenir que « *l'action en garantie des vices cachés n'est pas exclusive de l'action en nullité pour dol* »³⁷³⁹ et que doit être cassé pour violation des articles 1116 et 1641 du Code civil l'arrêt qui énonce que, lorsque la chose vendue est affectée d'un vice caché, le seul fondement possible est celui de la garantie. La Cour de cassation avait même implicitement caractérisé une obligation du juge du fond de relever d'office l'existence d'un dol entraînant la nullité du contrat alors qu'était sollicitée la mise en œuvre de la garantie des vices cachés. Par un arrêt de 1991³⁷⁴⁰, la Cour de cassation censura un arrêt ayant déclaré irrecevable l'action de l'acquéreur fondée sur la

³⁷³⁷ V. *supra* n° 770.

³⁷³⁸ Autre incohérence du droit positif, le concours d'actions est retenu entre la garantie des vices cachés et la garantie de conformité prévu en droit de la consommation par l'art. L. 217-13 C. conso. V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2020, n° 19-11119, inédit, *D.* 2020. 1819, obs. N. BALAT, *D.* 2021. 594, chron. H. AUBRY ; CCC, n° 10, 2020, p. 149, S. BERNHEIM-DESVAUX, arrêt dans lequel la Cour de cassation confirme l'absence de cumul entre l'action en garantie des vices cachés et l'action pour défaut de conformité mais précise que « *le choix d'invoquer la garantie des vices cachés ne prive pas l'acquéreur de la possibilité d'invoquer la garantie de conformité prévue par le code de la consommation* ».

³⁷³⁹ Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-10192, *Bull. civ.* I, 2002, n° 260, p. 202, CCC, n° 3, 2003, 38, L. LEVENEUR. V. à l'inverse pour un arrêt de rejet : Civ. 3^{ème}, 29 nov. 2000, n° 98-21224, *Bull. civ.* III, 2000, n° 182, p. 127 : c'est à bon droit que la cour d'appel avait retenu que l'absence de déclaration par le vendeur de l'existence d'un arrêté d'interdiction d'habiter était constitutive d'une réticence dolosive de nature à vicier le consentement de ses acquéreurs,

³⁷⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 16 avr. 1991, n° 88-18530, *Bull. civ.* I, 1991, n° 144, p. 95, *D.* 1992, somm. 265, obs. A. PENNEAU ; *D.* 1993, 186, note P. BRETAEU ; *RTD civ.* 1992, 176, obs. J. NORMAND ; *RTD com.*, 1992, p. 218, B. BOULOC ; *D.*, 1992, p. 196, O. TOURNAFOND.

garantie des vices cachés pour défaut de respect du bref délai imparti par l'article 1641 du Code civil. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour défaut de base légale au visa de l'article 1116 du Code civil relatif au dol et de l'article 12 du Code de procédure civile. Précisant qu'en vertu du dernier de ces textes, le juge « *peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* », la Haute juridiction reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le fait que les écrous de la roue avant droite du véhicule avaient été soudés sur l'extrémité de la fusée en raison de l'usure de leur filetage n'était pas constitutif d'un dol.

En revanche, la Cour de cassation a pu écarter le cumul des actions fondées respectivement sur la garantie des vices cachés issue du droit spécial de la vente et sur le droit commun des contrats : l'erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue. La Cour de cassation retient que lorsque le juge constate que « *la garantie des vices cachés constitu[e] l'unique fondement possible de l'action exercée, il n'y [a] pas lieu de rechercher si le consentement [de l'acquéreur] [a] été donné par erreur* »³⁷⁴¹. Cette solution a depuis été confirmée dans des arrêts plus récents³⁷⁴².

Cela est cohérent au regard de l'arrêt Dauvin³⁷⁴³ qui ne fait pas obligation au juge du fond de requalifier exactement le fondement de l'action. Il aurait été possible de penser que cette solution jurisprudentielle avait le mérite d'harmoniser la réponse donnée au cumul d'actions dans le sens de l'absence d'obligation pour le juge de rechercher un fondement alternatif à l'action, mais il n'en est rien. La différence de traitement subsiste en ce qui concerne le dol.

³⁷⁴¹ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, n° 94-13921, *Bull. civ. I*, 1996, n° 213, p. 148, *D.* 1998. 305, note JAULT-SESEKE ; *D.*, 1997. somm. 345, obs. O. TOURNAFOND ; Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, n° 98-18966, *D.*, 2002, p. 1002, O. TOURNAFOND ; *CCC*, 2000, n° 159, L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* 1/2001. 85, obs. CHAUVEL ; Civ. 3^{ème}, 17 nov. 2004, n° 03-14958, *Bull. civ. III*, 2004, n° 206, p. 185.

³⁷⁴² Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-11351, inédit, *Constr. – Urb.* n° 6, 2016, p. 95, C. SIZAIRE : la Cour de cassation rappela dans son visa fondé sur l'art. 1641 du C. civil que, selon ce texte, « *la garantie des vices cachés constitue l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination normale* ». Elle cassa l'arrêt qui avait écarté l'action en nullité pour vice caché et fait droit à la demande subsidiaire en nullité pour erreur sur les qualités substantielles de la chose ; Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2017, n° 16-24518, inédit : c'est à bon droit que la cour d'appel avait retenu que le fait pour un immeuble vendu d'être infesté par la mērule constituait un vice caché présent au moment de la vente rendant le bien insalubre et impropre à l'habitation de telle sorte que la garantie des vices cachés constituait l'unique fondement susceptible d'être invoqué au soutien de l'action et que l'action des acquéreurs fondée sur l'erreur ne pouvait pas être accueillie.

³⁷⁴³ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

Dans un arrêt de 2020³⁷⁴⁴, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé que l'arrêt qui, sans rechercher si un dol pouvait être retenu, se borne à relever que l'action en garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue était l'unique fondement susceptible d'être invoqué doit être censuré pour violation des articles 1240 et 1641 du Code civil.

865. La révision d'office de la clause pénale. L'article 1231-5 du Code civil autorise le juge « *même d'office, [à] modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* »³⁷⁴⁵. Ce pouvoir accordé au juge de diminuer ou d'augmenter le montant prévu par la clause pénale constitue une prérogative remarquable du juge dans la mesure où, puisque la révision peut être réalisée d'office, elle constitue une exception au principe de l'indisponibilité du litige à l'égard du juge. Cette exception est justifiée par la protection de la justice contractuelle. Cette révision ne peut évidemment se faire que dans le respect du principe du contradictoire³⁷⁴⁶.

866. Le relevé d'office d'un moyen prescrit. La question également s'est posée de savoir si le juge était soumis, outre au principe du contradictoire, à la prescription. En effet, il est tout à fait possible qu'un juge remarque l'application d'un moyen pour lequel le délai de prescription est écoulé. La difficulté s'est posée en matière de droit de la consommation où un office particulièrement étendu est imposé aux juges nationaux par la CJUE³⁷⁴⁷. Par exemple, dans un arrêt de 2018 de la cour d'appel de Paris, les juges eurent à connaître de deux contrats de prêt consentis par une banque à un consommateur. Le tribunal de première instance avait relevé d'office les irrégularités de l'offre de prêt qui exposaient le prêteur à la déchéance de son droit aux intérêts du prêt. La cour d'appel de Paris retint que l'offre de crédit datait de 2007 et que par conséquent le moyen tiré de son irrégularité était prescrit au moment où le tribunal avait statué. Selon les juges du second degré, un moyen prescrit ne pouvait être relevé d'office. La

³⁷⁴⁴ Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2020, n° 19-18104, *Bull. civ.* III, 2020, p. 572, *AJDI*, 2021, p. 467, obs. G. TRÉDEZ, *JCP N*, n° 17, 2021, p. 1176, M. FAURE-ABBAD ; *JCP G* n° 48, 23 nov. 2020, p. 1306, M. LAGELÉE-HEYMANN ; *Constr. – Urb.*, n° 11, 2020, comm. 128, obs. C. SIZAIRE. V. aussi : Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ.* III, 2022, p. 634, *D.*, 2022, p. 1891, N. BONNARDEL ; *AJDI*, 2022, p. 861, F. COHET ; *CCC* n° 8-9, 2022, comm. 130, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois*, n° 28, 2022, p. 7 ; *Flash Defrénois*, n° 28, 2022, p. 3 ; *Gaz. Pal.*, n° 23, 2022, p. 25, C. BERLAUD ; *Defrénois*, n° 34, 2022, p. 23, M. RICHEVAUX ; *LEDC*, n° 8, 2022, p. 7, O. ROBIN-SABARD ; *Defrénois*, n° 40-41, 2022, p. 29, V. GARNIER-VIGIER ; *JCP N*, n° 14, 2023, 1063, S. PIÉDELIÈVRE ; *Constr. – Urb.*, n° 9, 2022, comm. 97, C. SIZAIRE.

³⁷⁴⁵ Sur la révision de la clause pénale, v. *supra* n°s 405598s.

³⁷⁴⁶ Soc. 30 sept. 2014, n° 13-19401, inédit ; Civ. 1^{ère}, 30 nov. 2016, n° 15-25789, inédit ; Civ. 1^{ère}, 26 avr. 2017, n° 16-11153, inédit : « *Attendu qu'ayant réduit d'office le montant de la clause pénale convenue, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a méconnu le principe de la contradiction et violé [l'art. 16 du CPC]* »

³⁷⁴⁷ V. *infra* n°s 909s.

position est critiquable. En effet, c'est plus précisément l'action qui est prescrite. Cela concerne donc avant tout la partie qui pourrait invoquer le moyen au soutien de ses prétentions³⁷⁴⁸. Le juge ne serait donc pas soumis à la prescription au sens où il ne serait pas empêché de soulever d'office le moyen. En revanche, il est aussi possible de considérer que « *le propre de la prescription est de prévoir un délai qui est réputé être celui de la fin du trouble à l'ordre public (ou à un intérêt privé)* »³⁷⁴⁹. Par conséquent, le juge ne devrait pas pouvoir relever d'office un moyen prescrit, car ce serait à nouveau troubler l'ordre établi par l'écoulement du temps. Cependant, il faut distinguer selon que le relevé d'office se fait au bénéfice du demandeur ou au bénéfice du défendeur. Le demandeur doit exercer l'action qui lui est ouvert en temps utiles : c'est le sens de la prescription. Cependant, lorsque le défendeur se contente de soulever une défense au fond, le moyen ne « *tend qu'à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* »³⁷⁵⁰. Or la Cour de cassation a affirmé que les défenses au fond étaient imprescriptibles³⁷⁵¹. Il serait alors peu cohérent d'empêcher le juge de relever d'office le moyen prescrit tiré d'une défense au fond, alors même que la prescription n'empêcherait pas le défendeur de le faire valoir. En outre, ce cantonnement de l'office du juge serait d'autant plus regrettable que l'extension de ses obligations en matière de droit à la consommation se justifie pour protéger le consommateur qui n'est pas forcément averti des dispositions jouant en sa faveur³⁷⁵².

³⁷⁴⁸ Garance CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit ? », note sous CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 janv. 2018, n° 16/12948, *RDC*, n° 4, 2018, p. 579.

³⁷⁴⁹ Hugo BARBIER, « Le relevé d'office du juge est-il imprescriptible ? », note sous Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, Com. 28 mars 2018, n° 16-27832, inédit, Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67 et CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 janv. 2018, n° 16/12948, *RTD civ.*, 2018, p. 904. V. dans le même sens : Bertrand MAUMONT, « Déchéance du droit aux intérêts du prêteur. Le relevé d'office à l'épreuve de la prescription », *JCP E*, n° 21, 2018, 1260.

³⁷⁵⁰ Art. 71 du CPC.

³⁷⁵¹ Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *RTD civ.*, 2018, p. 904, H. BARBIER ; *D.*, 2018, p. 1884, P. CROCQ ; *D.*, 2018, p. 2106, D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *RDI*, 2018, p. 214, H. HEUGAS-DARRASPEN ; *AJ contrat*, 2018, p. 141, G. PIETTE ; *LEDB*, n° 4, 2018, p. 6, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 9, 2018, p. 20, M. MIGNOT ; *LEDC*, n° 3, 2018, p. 7, G. CATTALANO ; *Gaz. Pal.*, n° 7, 2018, p. 38, C. BERLAUD, *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2018, comm. 31, D. LEGEAIS ; *JCP G*, n° 11, 2018, act. 275, Y.-M. SERINET ; *JCP N*, n° 36, 2018, 1276, P. SIMLER ; *JCP G*, n° 18, 2018, doct. 530, R. LIBCHABER, s'agissant du moyen tiré du défaut d'information de la caution et emportant déchéance du droit aux intérêts à l'encontre du prêteur professionnel. V. aussi : Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *D.*, 2019, p. 607, H. AUBRY, *RDC*, n° 4, 2018, p. 548, R. LIBCHABER ; *Defrénois*, n° 48, 2018, p. 31, S. CABRILLAC ; *Gaz. Pal.*, n° 39, 2018, p. 30, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *LEDB*, n° 8, 2018, p. 5, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2018, p. 19, M. MIGNOT ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2018, p. 51, C. BERLAUD ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2018, comm. 98, D. LEGEAIS, s'agissant du moyen selon lequel l'engagement de caution d'une personne physique manifestement disproportionné à ses biens et revenus se trouve privé d'effet à l'égard du créancier professionnel.

³⁷⁵² Garance CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit ? », note sous CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 janv. 2018, n° 16/12948, *RDC*, n° 4, 2018, p. 579.

867. L'absence de modification de l'objet du litige. Ces illustrations de la faculté octroyée au juge du fond de modifier le fondement de la demande montrent que le juge ne peut modifier l'objet du litige ainsi qu'en dispose l'article 4 du Code de procédure civile. L'objet du litige étant traditionnellement défini comme la finalité poursuivie par les parties, le juge ne peut relever d'office que les moyens de droit qui aboutissent à une sanction contractuelle identique à celle initialement sollicitée³⁷⁵³. Par conséquent, le juge du fond qui relève d'office la nullité d'un contrat de prestation de services pour manquement du professionnel aux obligations édictées par l'article L. 221-5 du Code de la consommation dénature l'objet du litige lorsque le consommateur ne conteste pas la dette dans son principe et a proposé d'échelonner le paiement de sa dette au professionnel³⁷⁵⁴. En revanche, il convient de relever que la substitution d'une condition résolutoire à la garantie des vices cachés ne pose pas de difficulté car ces deux droits contractuels sont sanctionnés par la résolution. En outre, la résolution, prononcée en cas de vices cachés, et l'annulation, prononcée pour dol, correspondent toutes les deux à un anéantissement rétroactif du contrat et ont donc, à ce titre, les mêmes effets concrets, à savoir la disparition *ab initio* de l'acte et les restitutions réciproques. Le juge français peut donc relever d'office l'existence d'une nullité lorsque la résolution a été demandée, et vice versa, tout en respectant le principe dispositif. En Angleterre, les juges n'ont pas cette même prérogative.

b) Une faculté réduite en droit anglais

868. Un strict respect du principe dispositif. Traditionnellement, le droit anglais conçoit le litige comme la chose des parties. Un fort attachement au principe dispositif l'a conduit à adopter l'adage « *the court knows no law* », qui signifie que le juge anglais ne connaît pas le droit³⁷⁵⁵. Il semble alors cohérent que le juge anglais soit moins enclin à relever d'office des moyens de droit³⁷⁵⁶. Cette idée est bien illustrée dans la jurisprudence anglaise en matière contractuelle. Dans un arrêt de 1972³⁷⁵⁷, un salarié avait causé un accident de voiture ayant entraîné le décès d'un de ses collègues qu'il transportait contre rémunération. Le salarié agit

³⁷⁵³ Sur les « *questions litigieuses similaires* », v. Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 457, p. 340. L'auteur considère que, si le juge ne doit pas modifier la finalité concrète recherchée, cette finalité correspond en réalité à ce qu'il convient de nommer l'objet de l'action et non du litige.

³⁷⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 7 sept. 2022, n° 21-16254, *Bull. civ. I*, 2022, p. 275, CCC, n° 11, 2022, 178, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *Gaz. Pal.*, n° 29, 2022, p. 24, C. BERLAUD ; *JCP E*, n° 37, 2022, act. 742 ; *JCP E*, n° 46, 2022, 1373, É. BAZIN.

³⁷⁵⁵ V. *supra* n° 857.

³⁷⁵⁶ V. *contra* : Frederick A. MANN, « Fusion of the legal professions », *LQR*, vol. 93, 1977, p. 369 qui écrit que « *le juge peut soulever des questions, suggérer de nouvelles lignes d'argumentation ou des modifications des plaidoiries, attirer l'attention sur des précédents que les conseils n'ont pas invoqués* ». Cependant, aucune décision de justice n'est citée et la jurisprudence qui a pu être examinée suggère le contraire.

³⁷⁵⁷ *Albert v. Motor Insurers' Bureau, House of Lords*, 7 juill. 1971, [1971] 3 W.L.R. 291, [1972] A.C. 301.

contre l'assureur de son employeur, à savoir le ministère des transports, en vue d'obtenir le montant total des dommages et intérêts qui lui étaient réclamés par les ayants-causes de la victime. L'assureur fit valoir que le contrat d'assurance ne couvrait que les « *véhicules affectés au service public* » et que le contexte dans lequel le salarié avait fait usage du véhicule correspondait à un contrat de transport privé conclus entre collègues. Or l'assureur aurait pu plus simplement invoquer l'effet relatif du contrat, en arguant que seul le ministère des transports aurait été fondé à agir sur le fondement du contrat d'assurance. Néanmoins, les juges estimèrent, selon une jurisprudence constante, que ce contrat était, d'une part, par essence conclu pour le bénéfice d'un tiers³⁷⁵⁸, et d'autre part, que le juge ne pouvait relever d'office le moyen tiré de l'effet relatif du contrat d'assurance. Les décisions en ce sens se fondent sur l'idée que l'assureur n'ayant pas invoqué ce point, le juge doit l'ignorer³⁷⁵⁹.

Plus largement, dans un autre arrêt rendu en 1973³⁷⁶⁰, la cour retint que l'assureur avait déjà été attiré en justice dans des circonstances identiques et n'avait jamais relevé l'effet relatif du contrat d'assurance pour se défendre contre la demande de dommages et intérêts. Selon les juges, une telle attitude, adoptée systématiquement devant les tribunaux, constituait l'adoption d'une certaine politique de la part de l'assureur à laquelle le juge n'avait aucune raison de s'opposer.

La règle selon laquelle le juge anglais ne devrait pas soulever lui-même des fondements juridiques a également été établie à l'occasion de litiges hors du domaine contractuel. Par exemple, dans un litige relatif à la notion d'immunité souveraine dont la *Court of Appeal* eut à connaître, Lord DENNING procéda à ses propres recherches doctrinales et juridiques pour mieux

³⁷⁵⁸ Lord DENNING *M.R.*, in *Hardy v. Motor Insurers' Bureau, England and Wales Court of Appeal*, 11 mai 1964, [1964] 3 W.L.R. 433, [1964] 2 All E.R. 742, [1964] 2 Q.B. 745, p. 757 : « *This was, on the face of it, a contract between two parties for the benefit of a third person* ».

³⁷⁵⁹ Lord DENNING *M.R.*, in *Hardy v. Motor Insurers' Bureau, England and Wales Court of Appeal*, 11 mai 1964, [1964] 3 W.L.R. 433, [1964] 2 All E.R. 742, [1964] 2 Q.B. 745, p. 757 ; Lord DONOVAN, in *Albert v. Motor Insurers' Bureau, House of Lords*, 7 juill. 1971, [1971] 3 W.L.R. 291, [1972] A.C. 301, resp. p. 312 et. V. l'opinion divergente de Viscount DILHORNE, *ibid.*, p. 320 : « [The claimant] *is not a party to that agreement. Breach of it by the bureau does not under English law give her any right of action. A number of cases have been brought against the bureau by persons in a similar position to hers but the bureau has never, and says it never will, take the point that such a plaintiff has no cause of action.*

The courts deal with the determination of legal rights and the Minister and his successors are the only persons entitled to sue the bureau for breach of the agreement. I do not regard the present practice as satisfactory. This House is asked to say that judgment should be given in favour of Mrs. Albert when it is clear that she has no cause of action ».

³⁷⁶⁰ *Persson v. London Country Buses, England and Wales Court of Appeal*, 20 déc. 1973, [1974] 1 W.L.R. 569, [1974] 1 All E.R. 1251.

cerner les contours de la notion d'immunité souveraine³⁷⁶¹. L'entête de cette décision précise que les autres juges retinrent que de telles recherches ne pouvaient être prises en compte par la cour pour trancher le litige, au motif que les éclaircissements apportés n'émanaient pas des observations des avocats ou des jugements des cours inférieures³⁷⁶². De la même façon, dans un litige relatif à des propos diffamatoires, Lord DENNING procéda à nouveau à ses propres recherches par la lecture des manuels de référence et des décisions référencées dans ces manuels. Considérant que les manuels arrivaient à des conclusions erronées, il proposa à nouveau un autre raisonnement juridique en faveur du défendeur fondé sur l'absence de droit à agir. Il fit valoir que, selon lui, « *les arguments erronés des conseils qui passent sous silence une règle de droit plutôt que de la discuter, ne doivent pas automatiquement être considérés comme pertinents. De cette façon, ils se répandent et ne sont jamais corrigés. Il vaut mieux les corriger maintenant, pendant que l'occasion se présente, plutôt que de les laisser continuer à perturber le cours de la justice* »³⁷⁶³. Parce qu'elle est en rupture avec la vision stricte du principe dispositif appliquée en droit anglais, cette proposition fut rejetée par les autres juges siégeant pour connaître de ce litige. L'un d'eux précisa notamment que la vision proposée était « *inacceptable* » car « *premièrement, elle [modifiait] les moyens contenus dans les assignations des appelants. Ceux-ci [demandaient] que les demandes [de l'intimé] soient, soit rejetées, soit écartées en raison d'un abus de procédure, et non parce que les demandeurs n'auraient pas eu de droit d'agir. Personne d'autre que le Master of the Rolls n'[avait] jamais suggéré ou envisagé ce dernier moyen. Deuxièmement, elle [prétendait] en réalité que les recherches privées du Master of the Rolls démontrent que le droit, tel qu'il est énoncé dans le manuel de droit de référence, est non seulement erroné mais insoutenable. Une telle affirmation est indéfendable* »³⁷⁶⁴.

³⁷⁶¹ Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad and Another, *House of Lords*, 7 nov. 1957, [1957] 3 W.L.R. 884, [1958] A.C. 379, pp. 417 et 418.

³⁷⁶² *Ibid.*, p. 398.

³⁷⁶³ Lord DENNING M. R., in Goldsmith v. Sperrings Ltd. and Others, *England and Wales Court of Appeal*, 27 fév. 1977, [1977] 1 W.L.R. 478, p. 486 : « *An erroneous proposition should not be accepted as good law simply because counsel have passed it by in silence and have not sought to challenge it. By that means it gains currency and is never remedied. Better to correct it now while the opportunity offers rather than let it continue to disturb the course of justice* ».

³⁷⁶⁴ Lord Justice BRIDGE in *ibid.*, p. 508 : « *What Lord Denning M. R. says [...] is unacceptable for four reasons. First, it amends the grounds of the appellants' summonses. They claim to have the actions dismissed or stayed as an abuse of process, not as disclosing no reasonable cause of action. No one but the Master of the Rolls has ever suggested or considered this latter ground. Secondly, it claims, in effect, that the Master of the Rolls' private researches demonstrate the law, as stated in the leading text book, to be not only wrong but unarguable. Such a claim is untenable* ».

L'office du juge anglais est donc très différemment conçu et beaucoup plus limité que celui du juge français, puisqu'il n'est pas réellement possible pour le juge anglais de relever d'office un moyen de droit. Il existe toutefois une exception à cette manifestation du principe dispositif ; cette exception constitue non pas une faculté mais une obligation pour le juge anglais de relever d'office le moyen tiré de l'illicéité du contrat³⁷⁶⁵.

La faculté du juge français de relever d'office les moyens de droit s'exerce dans le respect du principe du contradictoire.

2) Une faculté exercée dans le respect du principe du contradictoire

869. Le principe du contradictoire, un principe applicable aux juges. L'article 16 du Code de procédure civile dispose que le juge français est tenu, « *en toutes circonstances, [de] faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». De façon générale, « *il est un principe naturel de l'instance que chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire* »³⁷⁶⁶. L'article 16 du Code de procédure civile établit que ce principe s'applique également au juge. En ce qui concerne plus particulièrement le relevé d'office d'un moyen, le respect du principe du contradictoire consistera concrètement pour le juge « *à inviter les parties à conclure sur le moyen qu'il entend soulever, à provoquer leurs explications verbales lors des débats, voire à révoquer l'ordonnance de clôture en ordonnant, le cas chant, la réouverture des débats* »³⁷⁶⁷. Cette dernière hypothèse relève de l'article 803 du Code de procédure civile qui permet la révocation de l'ordonnance de clôture si est survenue « *une cause grave depuis qu'elle a été rendue* ».

Par exemple, dans un arrêt de 2020³⁷⁶⁸, la cour d'appel de Bordeaux se prononça sur le jugement d'un tribunal retenant la fixation d'une créance, née avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, au passif d'une société faisant l'objet de cette procédure collective. En dépit de l'existence d'un jugement d'ouverture de la procédure au moment de l'assignation, le tribunal retint sa compétence et déclara que la créance avait régulièrement été déclarée au passif de la sauvegarde de la société débitrice. Un appel fut interjeté, fondé sur l'irrecevabilité de l'action du créancier en raison du principe de l'arrêt des poursuites individuelles consécutif à l'ouverture

³⁷⁶⁵ V. *infra* n° 906.

³⁷⁶⁶ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 842, p. 641.

³⁷⁶⁷ Loïc CADIEP et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2017, n° 508, pp. 441 et 442.

³⁷⁶⁸ CA Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 2 nov. 2020, n° 18/01335.

d'une procédure collective. Avant de se prononcer, la cour d'appel proposa aux parties de lui soumettre toutes observations utiles sur le fait que l'assignation avait été délivrée le 15 janvier 2016, date à laquelle la société débitrice faisait déjà l'objet d'une sauvegarde alors que l'article L. 622-21 du Code de commerce dispose, par référence à l'article L. 622-17 du même Code, que le créancier titulaire d'une créance née antérieurement à la procédure collective a l'interdiction d'assigner en paiement le débiteur. Les parties déposèrent des conclusions. La cour statua sur le fond du litige : elle releva que l'application de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles donnait lieu à une fin de non-recevoir pouvant être proposée en tout état de cause et dont le caractère d'ordre public imposait au juge de la relever d'office. Le tribunal aurait donc dû se reconnaître incompétent au profit du juge commissaire pour décider de l'admission ou du rejet de la créance déclarée. La cour retint également que sa demande aux parties de produire des observations constituait une cause grave au sens de l'article 803 du Code de procédure civile et qu'il y avait lieu de révoquer l'ordonnance de clôture du 14 septembre 2020 et de fixer la clôture à la date des plaidoiries. Un pourvoi fut interjeté contre cet arrêt de la cour d'appel de Bordeaux. En 2022, la Cour de cassation cassa l'arrêt au motif qu'en révoquant l'ordonnance de clôture sans ordonner la réouverture des débats, la cour d'appel avait méconnu les articles 16 et 803 du Code de procédure civile³⁷⁶⁹. En effet, elle avait statué sur le fond du litige dans le même arrêt qui révoquait l'ordonnance de clôture et artificiellement fixé la date de clôture au jour des plaidoiries. Pour respecter le principe du contradictoire, elle ne pouvait que révoquer dans un premier temps l'ordonnance de clôture, permettre aux parties de conclure puis, par un autre arrêt, statuer sur le fond du litige. L'arrêt de la cour d'appel est remarquable dans la mesure où, le plus souvent, la violation du principe du contradictoire par le juge du fond consiste simplement dans l'abstention d'inviter les parties à soumettre leurs observations sur le moyen relevé d'office³⁷⁷⁰. En l'espèce, le juge n'avait pas manqué d'inviter les parties à conclure mais il avait dans le même temps statué au fond.

³⁷⁶⁹ Com., 29 juin 2022, n° 21-10981, inédit.

³⁷⁷⁰ V. par ex. : Civ. 2^{ème}, 29 août 2019, n° 17-31014, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 8, *JCP G*, n° 37, 2019, p. 887 : une cour d'appel avait relevé d'office que la prescription quinquennale prévue par l'art. 2224 du C. civil n'était pas applicable aux intérêts dus sur la somme objet de la condamnation dès lors, d'une part, que le créancier qui agit en recouvrement de cette somme ne met pas en œuvre une action en paiement des intérêts mais agit en vertu d'un titre exécutoire en usant d'une mesure d'exécution, action qui se prescrit par 10 ans en application de l'art. L. 111-4 du C. des proc. civ. d'ex., d'autre part, qu'en vertu de la nature de la créance, les intérêts dus sur celle-ci se prescrivent par 10 ans en application de l'art. 2226 du C. civil. L'arrêt fut cassé sur ce point défaut violation de l'art. 16 CPC car le juge du fond n'avait pas invité préalablement les parties à présenter leurs observations sur les moyens tirés de l'application des art. L. 111-4 du C. des proc. civ. d'ex. et 2224 du C. civil qu'elle relevait d'office. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-13364, inédit, *Rev. proc. coll. civ. et com.* n° 4, 2022, p. 56, S. GJIDARA-DECAIX ; *Procédures*, n° 4, 2022, chron. 1, obs. C. CARDINI et S. LEMOINE ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2022, comm. 79, N. Mathey ; *Gaz. Pal.*, 2022, n° 8, p. 7, obs. E. MOUJAL-BASSILANA. Le tribunal avait

La Cour de cassation n'a pas le monopole de la surveillance du respect du contradictoire par les juges. Les cours d'appel annulent également des jugements pour défaut de respect du contradictoire. Par exemple, dans un arrêt de 2022³⁷⁷¹, la cour d'appel de Paris se prononça sur un jugement qui avait rejeté la demande principale d'un sous-traitant. La demande principale était fondée sur l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage et la demande à titre subsidiaire sur l'enrichissement sans cause. Le jugement ne se prononçait pas sur la demande subsidiaire. Il avait retenu un manquement du maître de l'ouvrage à ses obligations prévues par la loi du 31 décembre 1975³⁷⁷² et l'avait condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le sous-traitant sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. La cour d'appel retint que le moyen tiré du non-respect des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 par le maître de l'ouvrage et de sa responsabilité extracontractuelle à l'égard du sous-traitant « *n'était pas compris, même de manière tacite, dans ceux invoqués par la société [demanderesse], au soutien de la demande de dommages et intérêts ou de la demande en paiement des factures* ». Elle constata également que le juge n'avait pas invité les parties à formuler leurs observations sur ce fondement juridique. Par conséquent, elle annula le jugement qui lui avait été déféré pour défaut de respect du contradictoire sur le fondement de l'article 16 du Code de procédure civile.

Au Royaume-Uni, il est également établi que le juge qui relève d'office un moyen est tenu de respecter le principe du contradictoire³⁷⁷³. Cela peut prendre plusieurs formes, telles qu'inviter les parties à conclure par écrit ou tenir une nouvelle audience pour que les conseils présentent de nouvelles conclusions orales. Dans un arrêt de 1995, le *Privy Council* fut saisi d'un appel formé contre un arrêt relatif à un contrat de vente portant sur du coton provenant de Chine. Le contrat contenait une clause de force majeure selon laquelle les vendeurs s'engageaient à fournir aux acheteurs un document attestant de la survenue d'un tel événement. Les vendeurs n'ayant pas livré la totalité de la quantité contractuelle, ils fournirent un document émanant du Conseil interprofessionnel du coton compétent indiquant qu'un épisode de sécheresse avait entraîné une importante réduction de la production de coton. Ils invoquèrent donc avoir respecté la clause de force majeure. En réponse à cet argument, la *Court of Appeal*

relevé d'office le moyen tiré de la prescription sans en aviser les parties ni les inviter à présenter leurs observations. Le jugement fut cassé au visa de l'art. 16 du CPC. Il faut noter que le relevé d'office de l'écoulement du délai de prescription n'est pas obligatoire, v. *infra* n° 897.

³⁷⁷¹ CA Paris, Pôle 4, ch. 6, 7 janv. 2022, n° 19/12056.

³⁷⁷² Plus précisément en l'espèce, par l'art. 14-1 de la loi n° 75-1134 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance, *JORF* du 3 janv. 1976.

³⁷⁷³ *Hoecheong Products Ltd v. Cargill Ltd, Privy Council*, 2 fév. 1995, [1995] 1 W.L.R. 404.

d'Hong Kong avait décidé, sans que ce point n'ait été soulevé par l'une ou l'autre des parties, que les vendeurs avaient connaissance, au moment de la conclusion du contrat, de l'existence d'un risque de cas de force majeure susceptible de les empêcher de livrer la quantité contractuelle prévue. Dans de telles circonstances, la clause de force majeure était impuissante à justifier le caractère incomplet de la livraison. Le *Privy Council* renversa la décision de la *Court of Appeal* et précisa que, dans les rares cas où une cour d'appel souhaitait introduire une question de droit et de fait entièrement nouvelle, la première étape consistait à inviter les parties à s'exprimer sur la pertinence d'une telle mesure. En l'espèce, la question de la connaissance par les vendeurs de l'existence probable d'un cas de force majeure au moment de la conclusion du contrat n'aurait pas dû être prise en compte ni constituer un motif de décision car elle n'avait pas été soumise aux parties.

870. Le respect du principe du contradictoire en l'absence de comparution d'une des parties. La question se pose de savoir si la défaillance du défendeur doit être interprétée comme une renonciation implicite à l'application de la règle de droit susceptible de faire droit à la prétention. Autrement dit, il convient de déterminer si le juge peut relever d'office l'application de la règle de droit lorsque l'ouverture d'un débat contradictoire est impossible en raison notamment de la défaillance d'une des parties. Dans une affaire portant sur un contrat de prêt, la cour d'appel avait retenu l'application d'office de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité³⁷⁷⁴. Cet article imposait que le taux effectif global fasse l'objet d'une stipulation écrite dans le contrat de prêt, ce dont la banque n'avait pas pu apporter la preuve. Le juge du fond, relevant d'office le moyen tiré de la violation d'une disposition d'ordre public, avait donc prononcé la nullité relative du contrat de prêt. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation de cette disposition ainsi que de l'article 1907 du Code civil applicable au prêt à intérêt³⁷⁷⁵. Elle précisa qu'une nullité relative ne pouvait être prononcée d'office et imposée à l'emprunteur qui n'avait pas comparu. Cela s'entend dans la mesure où la partie qui protégée par la disposition d'ordre public et qui ne comparaît pas ne peut être utilement interrogée sur l'opportunité d'un choix qui lui appartient³⁷⁷⁶. Le pouvoir conféré au juge par l'article 12 du Code de procédure

³⁷⁷⁴ Loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, *JORF* du 29 déc. 1966.

³⁷⁷⁵ Com., 3 mai 1995, n° 93-12256, *Bull. civ.* IV, 1995, n° 128, p. 115, *RTD com.*, 1995, p. 630, M. CABRILLAC ; *D.*, 1997, p. 124, F. EUDIER.

³⁷⁷⁶ Jacques GHESTIN, « L'annulation d'office d'un contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Drat. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 604.

civile est donc strictement subordonné au respect du principe du contradictoire. En revanche, même en l'absence de comparution du défendeur, le deuxième alinéa de l'article 472 du Code de procédure civile impose au juge d'examiner si la demande est bien fondée³⁷⁷⁷. Il peut la rejeter si elle ne lui paraît pas justifiée³⁷⁷⁸. Le juge du fond ne peut, sous peine de voir sa décision censurée pour violation de l'article 472 du Code de procédure civile, se borner à constater que le défaut du défendeur fait présumer qu'il a renoncé à sa contestation³⁷⁷⁹ ou condamner un défendeur au seul motif qu'il n'a pas comparu, ce qui laisserait présumer qu'il n'a aucun motif sérieux à opposer à la demande et que celle-ci paraît fondée³⁷⁸⁰. Cela signifie que le juge doit lui-même faire ce que le défendeur aurait fait, s'il avait comparu, c'est-à-dire présenter des moyens permettant de contester le bien-fondé de la demande, ce qui est une tâche considérable.

En matière contractuelle, des moyens de droit sont contenus dans les demandes formulées devant le juge. Par exemple, lorsqu'une partie formule une demande d'exécution du contrat, la question de la validité de ce contrat est formulée implicitement contenue dans l'objet de la demande. Cela permet au juge de pouvoir se poser la question de la validité du contrat même en l'absence de comparution du défendeur. Cependant, si la règle qui prévoit la nullité a pour objectif de protéger la partie absente, le juge ne peut relever d'office la nullité relative de la convention. Le contractant protégé doit avoir formulé la demande d'application des dispositions protectrices. Cela se vérifie notamment en droit de la consommation. Par exemple, dans un arrêt de 2002³⁷⁸¹, la Cour de cassation eut à se prononcer sur un arrêt prononçant à l'encontre d'une banque la déchéance des droits aux intérêts générés par le crédit consenti à un consommateur. La banque avait méconnu les dispositions des articles L. 311-2 et L. 311-9 du Code de la consommation relatifs à l'obligation d'information précontractuelle pesant sur l'établissement de crédit. La cour d'appel avait relevé d'office cette méconnaissance et appliqué la sanction correspondante, à savoir la déchéance du droit aux intérêts. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour violation des articles du Code de la consommation car « *la méconnaissance des exigences*

³⁷⁷⁷ Lorsque la procédure est orale, un moyen relevé d'office par le juge ne peut être présumé avoir été débattu contradictoirement en l'absence d'une partie à l'audience : Civ. 1^{ère}, 26 mai 2021, n° 20-12512, *Bull. civ. I*, 2021, p. 246, *Procédures* n° 8-9, 2021, comm. 219, Y. STRICKLER.

³⁷⁷⁸ Civ. 2^{ème}, 17 déc. 1979, *Bull. civ. II*, 1979, n° 295 ; Com., 12 fév. 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 2. Pan. 188, obs. S. GUINCHARD et MOUSSA ; Soc. 19 juin 1991, n° 87-43056, *Bull. civ. V*, n° 314, p. 193, *Procédures*, n° 3, 2019, 4, J. JOURDAN-MARQUES.

³⁷⁷⁹ Soc., 4 juill. 1990, n° 87-41192, *Bull. civ. V*, n° 352, p. 210, *Procédures*, n° 3, 2019, 4, J. JOURDAN-MARQUES.

³⁷⁸⁰ Civ. 2^{ème}, 10 oct. 1990, n° 89-17214, *Bull. civ. II*, 1990, n° 190, p. 97.

³⁷⁸¹ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2002, n° 195, p. 149, *D.* 2003, p. 549, obs. O. GOUT ; *RTD com.*, 2003, p. 356, obs. B. BOULOC.

des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger ». Par cet arrêt, la Cour de cassation réduit le pouvoir des juges du fond puisqu'il ne leur est pas possible de relever d'office la nullité relative qui découlerait de la méconnaissance d'une disposition d'ordre public. Cette solution procède d'une distinction entre les nullités : la nullité relative ayant pour but de protéger des intérêts privés, à l'inverse de la nullité absolue, elle ne peut être relevée que si la partie en fait la demande au juge³⁷⁸². Néanmoins, puisque la nullité relative est édictée en vue de protéger l'une des parties, la relever d'office ne constitue pas par essence une atteinte aux intérêts de cette partie. Plus précisément, il a ainsi été proposé de distinguer selon que la partie protégée est demanderesse ou défenderesse³⁷⁸³. Si la partie protégée est défenderesse à une action en exécution du contrat ou en résolution assortie de dommages et intérêts, le juge doit pouvoir intervenir pour la faire bénéficier de la protection. À l'inverse, si elle est demanderesse et se contente de solliciter l'exécution du contrat ou l'obtention de dommages et intérêts, cette demande pourrait s'analyser en une renonciation, licite, à la disposition protectrice. Dans un tel cas, si le juge relevait d'office la nullité de l'acte, cela irait à l'encontre de la partie protégée par la disposition dans la mesure où le contractant aurait implicitement exprimé une volonté contraire.

Néanmoins, il est difficile d'admettre que la renonciation puisse être tacite et résulter de la simple demande d'exécution de l'acte ou, à plus forte raison, de la demande de dommages et intérêts. Même lorsqu'elle est demanderesse, la partie protégée peut avoir malencontreusement omis de se prévaloir de la nullité. Par conséquent, inviter les parties à présenter leurs observations serait un moyen pour le juge de confirmer auprès de la partie protégée demanderesse sa renonciation à la protection légale.

³⁷⁸² René JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Arthur Rousseau (éd.), 1909, p. 609.

³⁷⁸³ Olivier GOUT, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », obs. Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ.* I, 2000, n° 195, p. 149, *D.* 2003, n° 6, p. 549, O. GOUT ; *RTD com.*, 2003, p. 356, B. BOULOC ; *RTD civ.*, 2003, p. 85, J. MESTRE ; *JCPE*, n° 21, 2018, étude 1260, B. MAUMONT.

Section 2 – Un rôle dynamique imposé au juge

871. De la simple faculté à l'obligation. En droit français, la Cour de cassation a retenu une lecture restrictive de l'office du juge de l'article 12 du Code de procédure civile en ce qui concerne les moyens de droit. Cependant, la lettre de cet article est explicite en ce qui concerne deux hypothèses et consacre un office étendu du juge : il lui est fait obligation de requalifier les faits et actes litigieux (§ 1) et de relever d'office les moyens qui sont de pur droit d'ordre public (§ 2).

§ 1 – L'obligation de requalification des faits et actes litigieux

872. Alors que le juge français est tenu de requalifier les faits et actes litigieux, la posture du droit anglais est plus incertaine, ce qui conduit au constat d'une divergence entre les deux systèmes quant à l'obligation judiciaire de requalification (A). La question clé de la matière contractuelle que constitue la qualification du contrat litigieux permet de mieux saisir les divergences entre les deux systèmes (B).

A) Des divergences quant à l'obligation judiciaire de requalification

873. Des incertitudes. S'il est très clair en France que le juge est tenu de requalifier les faits et actes litigieux en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile (1), la position du droit anglais est plus incertaine (2).

1) La requalification par le juge français : une étape obligatoire

874. Une obligation explicite. L'obligation de requalification des faits et actes litigieux est posée par l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile. Elle est d'abord une obligation de qualification lorsque le demandeur ne précise pas le fondement de sa demande. Dans cette hypothèse, « *les juges du fond doivent examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables* »³⁷⁸⁴. Le juge doit « *donner [...] leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* ». À défaut, la décision du juge peut être censurée pour violation de l'article 12 du Code de procédure civile, la Haute juridiction ne manquant pas de rappeler que « *le juge tranche le litige conformément aux règles*

³⁷⁸⁴ Civ. 3^{ème}, 27 juin 2006, n° 05-15394, inédit, *Procédures*, n° 12, 2006, comm. 266, obs. R. PERROT. V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 13 déc. 2011, n° 10-18037, inédit ; Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-25631, inédit.

de droit qui lui sont applicables ». Dans un arrêt de 2019³⁷⁸⁵, la Cour de cassation a rappelé cette règle. Dans cette affaire, un contrat d'architecte portant sur la construction d'une maison d'habitation conclu entre deux époux maîtres d'ouvrage et un entrepreneur prévoyait que toute demande en justice portant sur le respect des clauses du contrat devait être précédée d'une procédure de conciliation préalable, que les maîtres d'ouvrage n'avaient pas enclenchée avant de saisir la justice pour obtenir la réparation de désordres constatés dans la maison. La cour d'appel considéra qu'en l'absence de respect de la procédure de conciliation préalable, la demande des époux était irrecevable³⁷⁸⁶. Or en l'espèce, les défauts dont se plaignaient les acquéreurs immobiliers étaient susceptibles de permettre la mise en œuvre de la responsabilité du constructeur fondée sur l'article 1792 du Code civil, ce qui aurait eu pour conséquence de rendre inapplicable la clause litigieuse par application de l'article 1792-5 du Code civil³⁷⁸⁷. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 12 du Code de procédure civile pour défaut de base légale car la cour d'appel aurait dû rechercher, « *au besoin d'office, si l'action, exercée postérieurement à la réception de l'ouvrage, en réparation de désordres rendant l'ouvrage impropre à sa destination, n'était pas fondée sur l'article 1792 du code civil, ce qui rendait inapplicable la clause litigieuse* ». Cet arrêt va même plus loin que ceux précédemment cités puisqu'il impose au juge du fond de rechercher d'office l'éventuelle application de l'article 1792 du Code civil, c'est-à-dire même si les demandeurs avaient précisé le fondement de leur demande ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'obligation de requalification des faits et actes litigieux s'impose également lorsque le demandeur a qualifié les faits et précisé le fondement juridique de sa demande.

875. Le devoir de requalification déterminé par les faits dans le débat. L'article 12 du Code de procédure civile dispose que le juge doit « *restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* » lorsque cette qualification est erronée. Par conséquent, le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties qu'il s'agisse des faits ou des actes. Les faits

³⁷⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-15286, *Bull. civ.* III, 2019, p. 39, *Procédures*, n° 8-9, 2019, comm. 221, Y. STRICKLER ; *D.* 2019, p. 2199, L. JARIEL ; *RTD civ.* 2019, p. 578, H. BARBIER ; *Constr. - Urb.*, n° 7, 2019, 100, M.-L. PAGÈS DE VARENNE ; *D.*, 2019, p. 2199, L. JARIEL ; *RDI*, 2019, p. 397, C.-É. BUCHER.

³⁷⁸⁶ La solution est classique depuis l'arrêt de principe : Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », *Procédures*, n° 4, 2003, comm. 96, H. CROZE ; *JCP E*, n° 19, 2003, 707, H. CROZE ; *JCP E*, n° 19, 2003, 707, H. CROZE et D. GAUTIER ; *CCC*, n° 6, 2003, comm. 84, L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2003, p. 349, R. PERROT ; *RTD civ.*, 2003, p. 294, J. MESTRE ; *Droit social*, 2003, p. 890, M. KELLER ; *D.*, 2003, p. 1386, P. ANCEL ; *D.*, 2003, p. 2480, T. CLAY.

³⁷⁸⁷ « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ».

litigieux correspondent aux faits dans le débat³⁷⁸⁸ ainsi que les faits adventices que le juge aurait choisi de prendre en compte³⁷⁸⁹. À ce titre, les parties ont une certaine maîtrise du pouvoir de requalification judiciaire dans la mesure où elles délimitent les faits dans le débat³⁷⁹⁰. Dans la mesure où le juge dispose d'une simple prérogative de prendre en compte un fait porté à sa connaissance mais non invoqué au soutien d'une prétention, le juge qui ne prend pas en compte ces faits adventices pour procéder à une requalification ne manque pas à son obligation de requalification imposée par l'article 12 du Code de procédure civile. La Cour de cassation a délimité les contours de l'obligation de requalification des juges du fond en ce qui concernait les faits, précisant que « *le devoir de requalifier imposé au juge par l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile concerne uniquement les faits qui ont été invoqués par une partie au soutien de ses prétentions* »³⁷⁹¹. En revanche, lorsque ces faits sont invoqués et que la qualification qui en est faite est erronée, le juge est tenu de procéder à la requalification. Un arrêt de 2004 de la Cour de cassation³⁷⁹² a censuré l'arrêt d'une cour d'appel pour manquement à cette obligation de requalification. Dans cette affaire, deux généalogistes avaient fondé sur l'enrichissement sans cause leur demande en paiement d'une rémunération pour avoir révélé à un client l'existence de la succession de son oncle. La cour d'appel avait retenu que cette action en paiement d'une rémunération contre l'héritier pour révélation de succession trouvait nécessairement son fondement dans la gestion d'affaires et non dans l'enrichissement sans cause. Les demandeurs avaient été déboutés. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 12 du Code de procédure civile au motif que les demandeurs « *invoquaient à l'appui de leurs prétentions des éléments de fait qui, à les supposer établis, étaient propres à caractériser la gestion d'affaires, de sorte que les juges du fond étaient obligés de restituer auxdits faits leur exacte qualification* ». Il faut noter que la requalification de faits litigieux par le juge peut facilement aboutir à un changement de fondement juridique de la demande. En effet, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, quoique tous deux des quasi-contrats, sont deux notions juridiques bien distinctes et l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'est pas l'action fondée sur la gestion d'affaires. De la même façon, dans un arrêt de 2003, la

³⁷⁸⁸ V. *supra* n° 784.

³⁷⁸⁹ V. *supra* n° 785.

³⁷⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-11607, *Bull. civ.* I, n° 505, p. 44,; *D.* 2007, p. 152, obs. DELPECH ; *AJDI* 2007. 46 ; *JCP E*, n° 25, 2007, 1776, P. SIMLER, P. DELEBECQUE ; *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2007, 65, D. LEGAIS ; *RD bancaire et fin.*, n° 1, 2007, 13, D. LEGAIS ; *JCP G*, n° 51 – 52, 2006, 3485, C. ROUAULT : la Cour de cassation cassa pour violation de l'art. 7 CPC l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu que le report de la date d'exigibilité d'un crédit avait « *nécessairement donné lieu à des discussions qui [avaient] nécessairement conduit la banque à découvrir l'absence de caution* ».

³⁷⁹¹ Soc., 25 oct. 1990, n° 87-40703, *Bull. civ.* V, n° 502, *JCP* 1990. II. 414.

³⁷⁹² Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-00186, inédit, *Procédures*, n° 6, 2004, n° 123, obs. R. PERROT.

Cour de cassation a censuré un arrêt au visa du deuxième alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile³⁷⁹³ car le juge du fond aurait dû rechercher si, en présence d'une transaction, les faits invoqués qualifiés de manœuvres dolosives par le demandeur ne constituaient pas en réalité une absence de concessions réciproques susceptible d'aboutir à la nullité du contrat de transaction³⁷⁹⁴. La requalification des faits litigieux aboutit là encore à changer le fondement juridique de l'action exercée par le plaideur. Une telle modification est licite et possible pour le juge du fond tant qu'elle n'aboutit pas à une altération de l'objet du litige tel qu'il est défini par les parties. Ainsi, lorsque le résultat concret obtenu sera le même que celui initialement demandé, par exemple la nullité du contrat dans l'arrêt de 2003 de la Cour de cassation, le juge du fond peut requalifier l'action initialement exercée par le plaideur. Cette question rejoint donc celle de la faculté octroyée au juge de relever d'office un moyen juridique³⁷⁹⁵ puisque, si la requalification d'un fait litigieux entraîne un changement du fondement de la demande, elle entraîne également le relevé d'office d'un moyen de droit³⁷⁹⁶.

876. La requalification du contrat. Les actes litigieux visés par l'article 12 du Code de procédure civile correspondent aux actes juridiques tels que définis par l'article 1100-1 du Code civil³⁷⁹⁷. Le juge du fond est tenu de leur restituer leur exacte qualification³⁷⁹⁸. Par exemple, dans un arrêt de 2021, la cour d'appel d'Aix-en-Provence³⁷⁹⁹ se prononça sur une demande relative à la qualification d'un contrat signé entre les parties pour une durée de 20 ans. Le contrat était intitulé « bail de droit commun » sans qu'un loyer soit stipulé mais le locataire s'engageait à accomplir des travaux importants dans le local. La cour d'appel rappela la définition du contrat de louage de chose contenue à l'article 1709 du Code civil et examina la nature de l'engagement pris par le locataire. Elle retint « *que la nature des travaux à la charge du locataire selon le contrat signé entre les parties n'est pas précisé, que le montant n'est ni déterminé ni déterminable, de sorte qu'ils ne peuvent constituer une contrepartie financière à l'occupation*

³⁷⁹³ Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11963, *Bull. civ. I*, 2003, n° 174, p. 136, *JCP G* 2003, IV, 2567 ; *RDI*, 2003, p. 539, L. GRYNBAUM.

³⁷⁹⁴ Art. 2044 du C. civil.

³⁷⁹⁵ V. *supra* n^{os} 860s.

³⁷⁹⁶ Par ex., lorsque les juges du fond substituent à une action fondée sur un défaut de conformité une action fondée sur un vice du consentement, v. *supra* n° 864, « *ils requalifient les faits tout en changeant le fondement invoqué, ce qui revient à relever d'office un moyen de droit* », cf. Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 431, p. 322.

³⁷⁹⁷ « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ».

³⁷⁹⁸ V. *infra* n^{os} 882s pour des développements plus détaillés sur la requalification du contrat en France et en Angleterre.

³⁷⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 18 mars 2021, n° 18/08593.

du logement » et précisa que « *l'accomplissement de travaux par le bénéficiaire de la jouissance d'un immeuble mis à sa disposition par le propriétaire constitu[ait] non la contrepartie, mais la condition de l'usage personnalisé des lieux tels que convenu* » de telle sorte que la qualification de bail devait être écartée au profit de celle de prêt à usage avec un terme. Elle en déduisit l'application des règles du prêt à usage notamment en matière de renouvellement pour un an d'année en année aux mêmes conditions.

La requalification des actes litigieux n'est plus une obligation lorsqu'elle a pour effet de modifier le fondement des demandes des parties, cette modification n'étant qu'une faculté du juge. Par exemple, dans un arrêt de 2013³⁸⁰⁰, la Cour de cassation eut à connaître d'un pourvoi reprochant à une décision d'une cour d'appel de ne pas avoir restitué aux faits leur exacte qualification. Dans cette affaire, deux particuliers avaient conclu un contrat intitulé « location-vente » et portant sur une maison d'habitation et des parcelles de terrain. Le bailleur-acquéreur assigna les héritiers du bailleur pour que soit ordonné le transfert à son profit de la propriété des biens. Devant la cour d'appel, l'ayant-cause du bailleur avait formé une demande reconventionnelle en requalification du contrat litigieux en contrat de location et en condamnation du locataire au paiement d'un arriéré de loyers. Les juges du fond rejetèrent tant la demande principale que la demande reconventionnelle au motif que le contrat litigieux ne constituait ni un contrat de location accession à la propriété immobilière, ni un contrat de location. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel une violation de l'article 12 de Code de procédure civile en ce qu'elle n'avait pas procédé à la requalification du contrat. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que l'article 12 du Code de procédure civile n'impose pas au juge « *de substituer [aux] qualifications [proposées par les parties] une autre qualification dès lors qu'elle aurait eu pour effet de changer le fondement des demandes qui lui étaient présentées* »³⁸⁰¹. La solution se comprend dans la mesure où si les décisions des juges du fond encouraient la cassation au motif que le juge n'avait pas, de lui-même, recherché toutes les qualifications juridiques possibles susceptibles de permettre au demandeur d'obtenir un résultat, quel qu'il soit, la tâche des juges serait trop conséquente³⁸⁰². L'interdiction de la

³⁸⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 19 juin 2013, n° 12-11767, inédit.

³⁸⁰¹ V. dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 25 juin 2013, n° 11-27799, inédit : la Cour de cassation rejeta le pourvoi qui prétend que la cour d'appel qui se contente de rejeter la demande dont elle était saisie au motif que le fondement quasi-délictuel invoqué par le syndicat était inadéquat aurait méconnu son office tel qu'il est défini par l'art. 12 CPC. La Haute juridiction retint que, le juge du fond ayant statué sur la demande qui lui était soumise, il n'était pas tenu de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par le demandeur au soutien de ses prétentions.

³⁸⁰² C'est pourtant la solution retenue par la Cour de cassation de Belgique : Cass. belge, 14, avr. 2005, Garage Spinoit c. Gecima, R.G. n° C.03.0148.F, JT 2005, p. 659 ; Pas. 2005, 862, concl. Av. gén. Dél. P. de Koster ;

modification de l'objet du litige constitue donc un garde-fou important. La requalification obligatoire peut entraîner un changement de fondement de l'action et donc le relevé d'office d'un moyen, pourvu qu'elle ne change pas la finalité concrète recherchée par le demandeur.

En revanche, lorsque la requalification entraîne un changement de fondement de l'action et que l'exercice de cette action tendrait vers un résultat différent de celui initialement invoqué, le principe dispositif empêche le juge de modifier le fondement de l'action. Dans l'arrêt de 2013, la requalification du contrat aurait ouvert d'autres actions assorties de résultats concrets différents. En matière contractuelle, ces résultats concrets, l'objet du litige, résident dans les sanctions contractuelles. La requalification entraînerait donc un changement de fondement qui aboutirait à une modification de l'objet du litige. Cette réflexion révèle la difficulté posée par la définition traditionnelle de l'objet du litige. En réalité, l'objet du litige se conçoit mieux par référence aux prétentions, diverses et souvent opposées, des parties que par assimilation à une finalité concrète unique³⁸⁰³. Le plus souvent, le demandeur propose sa qualification des faits et actes litigieux, par exemple des agissements constitutifs d'un dol, dont il déduit le fondement de sa demande, le dol vice du consentement, qui tend à l'obtention d'un résultat concret, la nullité du contrat. Le défendeur proposera une qualification différente, il prétendra que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un dol et cherchera à obtenir le maintien du contrat. L'objet du litige est défini par l'ensemble de ces prétentions, mais il ne peut s'entendre d'un résultat concret recherché par les parties car ces dernières ne visent pas le même résultat, la même sanction contractuelle. Il y a, dans l'objet du litige, non seulement une pluralité de résultats concrets recherchés par les parties mais le plus souvent une opposition entre ces résultats. En revanche, il est possible de réfléchir en se concentrant uniquement sur une seule des parties à la fois. En examinant la demande, qu'elle soit principale ou subsidiaire du demandeur, ou reconventionnelle émanant du défendeur, l'on constate que l'action tend vers un objet, un résultat concret unique. Par exemple, l'action fondée sur le dol tend vers la nullité du contrat. L'objet de l'action constitue un résultat concret recherché par l'une des parties³⁸⁰⁴.

Journal Liège, Mons. et Bruxelles, 2005, 856, obs. de Laval ; *J. Trib.* 2005, 658, obs. J. VAN COMPERNOLLE ; Cass. belge, 16 mars 2006, *Pas.* 2006, n° 155, mais également du Luxembourg : Cass. luxemb., 10 mars 2011, n° 18/11, *Journal des tribunaux du Luxembourg*, p. 8, note V. BOLARD. V aussi : Cass. luxemb., 24 oct. 2013, n° 62/13, et 63/13, *Jurisnews, Arbitrage et Procédure civile*, 2013, n°s 3 et 4, p. 21, note S. MÉNETREY et V. BOLARD.

³⁸⁰³ V. *supra* n° 769.

³⁸⁰⁴ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 456, p. 339.

Ce résultat est alors plus facilement identifiable que s'il est recherché dans un ensemble de prétentions qui tendent à des résultats contraires.

877. L'identité d'objet de l'action. La notion d'objet de l'action permet de saisir ce qui fait véritablement obstacle au relevé d'office d'un moyen. Pour que le juge puisse tirer de la requalification un changement de fondement de la demande aboutissant à un relevé d'office d'un moyen de droit, il faut que la sanction contractuelle visée soit la même. Il n'est pas possible de reprendre ici l'ensemble de la classification opérée par Madame REVERCHON-BILLOT³⁸⁰⁵ mais l'idée centrale de l'identité des sanctions contractuelles doit être mobilisée. Lorsque l'action initiale du demandeur tend à l'obtention d'une sanction, le juge peut, par le biais d'une requalification ou par le biais d'un relevé d'office plus directement, modifier le fondement de la demande si le fondement ainsi relevé aboutit à l'obtention d'une sanction identique. Cette identité est conçue largement et il convient de parler de sanctions similaires plutôt qu'identiques. Parmi les grandes sanctions contractuelles figurent la nullité, la résolution, la résiliation, les dommages et intérêts, l'exécution forcée du contrat. La nullité et la résolution tendant en réalité à la même fin, l'anéantissement rétroactif du contrat, ce qui permet au juge de relever d'office un moyen de droit tendant à l'une ou l'autre³⁸⁰⁶. Cela explique que le juge puisse relever d'office l'existence d'un vice du consentement lorsqu'était mise en œuvre une action rédhibitoire car cette dernière s'apparente à une résolution³⁸⁰⁷. Il en va de même en ce qui concerne l'action tendant à la résolution du contrat pour défaut de conformité et l'action rédhibitoire pour vice caché³⁸⁰⁸. En revanche, la résiliation consistant en l'anéantissement du contrat pour l'avenir, un juge ne pourrait changer le fondement d'une demande tendant à la nullité pour y substituer un fondement tendant à la résiliation.

878. La requalification en l'absence de relevé d'office. La requalification n'emporte pas application des règles de droit qui en découle si le juge du fond s'abstient de procéder au relevé d'office de l'application de ces règles. Cela relève de ses prérogatives. Par exemple, la cour d'appel de Douai³⁸⁰⁹ fut saisie d'une demande de dommages et intérêts fondée sur un manquement du vendeur d'un véhicule à son obligation de délivrance. L'appelant reprochait au juge de première instance d'avoir modifié le fondement de sa demande en retenant l'existence

³⁸⁰⁵ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n^{os} 23s, pp. 27-119.

³⁸⁰⁶ *Ibid.*, n^o 457, p. 340.

³⁸⁰⁷ *Ibid.*, n^{os} 133s, pp. 110s.

³⁸⁰⁸ *Ibid.*, n^{os} 137s, pp. 114s.

³⁸⁰⁹ CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 2 déc. 2021, n^o 19/06661.

d'un vice caché et la prescription de l'action sur le fondement erronée de l'article 1622 du Code civil³⁸¹⁰. La cour rappelle le critère de la distinction entre la délivrance non conforme et le vice caché, à savoir que « *la non-conformité de la chose aux spécifications convenues par les parties est une inexécution de l'obligation de délivrance [mais] la non-conformité de la chose à sa destination normale ressortit à la garantie des vices cachés* ». En l'espèce, le rapport d'expertise précisait que l'origine du désordre moteur relevait de la défectuosité des injecteurs, défectuosité qui se trouvait en germe au moment de la vente de telle sorte que le vendeur, ayant procédé à la mise en vente du véhicule moins de trois mois après son achat, ne pouvait ignorer ces désordres. La cour en déduisit, en application de l'article 12 du Code de procédure civile, que l'exacte qualification juridique des désordres invoqués était celle des vices cachés. Elle ajouta cependant que, dans la mesure où le demandeur n'entendait aucunement fonder son action sur la garantie de vices cachés, elle ne retiendrait pas ce fondement. Cela paraît pertinent dans la mesure où l'appel était fondé sur le changement de fondement juridique de la demande, le demandeur sollicitant des dommages et intérêts.

Néanmoins, l'action estimatoire ouverte à l'acquéreur en cas de vices cachés permettant une réduction du prix, il serait possible de se demander dans quelle mesure la réduction du prix et les dommages et intérêts sont assimilables. S'ils le sont, ils constituent alors des sanctions contractuelles interchangeables susceptibles de laisser libre court au relevé d'office. Dans leur esprit, ils sont différents car les dommages et intérêts visent à réparer un préjudice tandis que la réduction du prix vise à rétablir le juste prix que l'acquéreur aurait dû payer pour le bien acquis. Madame REVERCHON-BILLOT retient que les dommages et intérêts et la réduction du prix sont des sanctions cumulables quand le vendeur est de mauvaise foi puisque s'applique l'article 1645 du Code civil. En revanche, lorsque le vendeur ignorait l'existence de vices cachés les dommages et intérêts ne sont pas envisageables. En l'espèce, d'après le rapport d'expertise, le vendeur connaissait l'existence des vices. Par conséquent, l'acquéreur aurait eu la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts ainsi que la restitution du prix. Cela ne modifiait pas l'objet de l'action en ce que les dommages et intérêts demeuraient. Cependant, cela ajoutait à la demande puisqu'une sanction non sollicitée aurait été prononcée, ce qui aboutissait à modifier l'objet du litige, ce qui n'est pas possible.

³⁸¹⁰ « *L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance* ».

879. L'absence d'obligation de solliciter les observations des parties. Le juge qui procède à une requalification et non à un relevé d'un moyen d'office, n'est pas tenu d'inviter préalablement les parties à présenter leurs observations. Dans une affaire, un établissement spécialisé avait sollicité le paiement de frais de séjour auprès d'un contractant qui était le fils d'une résidente et avait signé un contrat comportant la mention suivante : « *dûment mandaté à cet effet et se portant en tout état de cause fort de l'exécution des engagements souscrits au titre du présent contrat* ». La cour d'appel rejeta la qualification de promesse de porte-fort et débouta le demandeur. Le pourvoi formé contre l'arrêt reprochait aux juges du fond la violation de l'article 16 du Code de procédure civile, car les parties n'avaient pas été invitées à présenter leurs observations. Dans un arrêt de 2015³⁸¹¹, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que le demandeur « *ayant invoqué l'existence d'une promesse de porte-fort, la cour d'appel n'[avait] introduit aucun élément nouveau dans le débat en vérifiant si les conditions de celle-ci étaient réunies* ». L'office du juge en matière de requalification est étroitement lié, ainsi que le montre la formulation de cet arrêt, avec la notion de faits dans le débat³⁸¹². Lorsqu'une partie prétend que les faits ou l'acte litigieux revêtent une certaine qualification juridique, elle estime logiquement avoir proposé la qualification exacte permettant de fonder ses prétentions. Que le juge soit tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations sur son rejet de la qualification proposée³⁸¹³ et la requalification n'aurait alors que peu de sens et conduirait en outre à un va-et-vient peu opportun entre le juge et les parties. Le demandeur sollicité pour présenter ses observations dans une telle hypothèse serait tenté de discuter la qualification retenue par le juge, d'en proposer une autre qui lui soit éventuellement plus favorable, conduisant en quelque sorte à une certaine forme de déloyauté qui serait préjudiciable au fonctionnement de la justice.

En revanche, lorsque la requalification a conduit le juge à relever d'office un moyen de droit, les parties doivent être invitées à présenter leurs observations³⁸¹⁴. Par exemple, un jugement de tribunal de commerce avait requalifié en contrat de mandat de recouvrement d'une indemnité une convention que le demandeur nommait « contrat de cession de créances » dans

³⁸¹¹ Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ.* I, 2015, n° 99, *Procédures* n° 6, 2015, comm. 182, obs. Y. STRICKLER ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2015, 125, D. LEGEAIS ; CCC, n° 7, 2015, 167, L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 21, 2015, 1237, N. DISSAUX ; *RTD civ.*, 2015, p. 598, J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2015, p. 622, H. BARBIER ; *D.*, 2015, p. 1569, J.-J. LEMOULAND.

³⁸¹² V. *supra* n° 875.

³⁸¹³ Rien ne l'empêche cependant de le faire : v. par ex., CA Pau, 1^{ère} ch., 7 juin 2022, n° 20/01528 : la cour ordonna la réouverture des débats sur la qualification du contrat litigieux car le demandeur invoquait la garantie des vices cachés spécifique à la vente tandis que d'autres aspects de ses conclusions laissaient entendre qu'il considérait que le contrat était un contrat d'entreprise.

³⁸¹⁴ V. *supra* n°s 869s.

ses écritures. Le tribunal en déduisit que le demandeur était un mandataire domicilié en France ce qui faisait échec à l'application d'un règlement européen relatif à la procédure de règlement des petits litiges³⁸¹⁵. Dans un arrêt de 2019³⁸¹⁶, la Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'article 16 du Code de procédure civile qui consacre le principe du contradictoire, reprochant aux juges du fond d'avoir ainsi tranché le litige « *sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur le moyen relevé d'office, et tenant à la qualification de mandat appliquée à l'acte* ».

2) La requalification par le juge anglais : une question posée par les parties

880. Le concept de requalification en Angleterre. Il est particulièrement difficile en France d'opérer une distinction claire entre le processus de requalification et le relevé d'office d'un moyen de droit³⁸¹⁷. Une difficulté supplémentaire se pose lorsqu'il s'agit d'examiner l'office du juge anglais sur la question : la notion et le régime de la qualification juridique ne font pas l'objet des décisions de justice anglaise de la même façon qu'en France. Quelques éclairages peuvent néanmoins être trouvés dans les travaux doctrinaux. Il apparaît que l'expression « qualification juridique » peut se traduire par l'expression « *legal characterisation* » quoique le terme « *qualification* » puisse également se rencontrer³⁸¹⁸. Cette opération intellectuelle est la première étape de la détermination de la loi applicable à un ensemble de faits et constitue donc l'étape essentielle du raisonnement juridique du juge. Ainsi que le rappelle une auteure, « *le tribunal doit déterminer le droit applicable en classant l'affaire dans la catégorie juridique pertinente, par le biais d'un processus appelé "qualification"* »³⁸¹⁹. En ce qui concerne la recherche de décisions de justice, les expressions « *characterisation* » ou « *qualification* » ne permettent pas de dégager un ensemble de décisions relatives à cette question, à l'inverse de la France où le terme « qualification » fait l'objet de nombreux arrêts. L'illustration par la question de la qualification du contrat litigieux permettra néanmoins de cerner les contours de l'office du juge anglais en la matière.

³⁸¹⁵ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juill. 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* du 31 juill. 2007, L199/1.

³⁸¹⁶ Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2019, n° 18-14985, inédit.

³⁸¹⁷ V. *supra* n° 853.

³⁸¹⁸ Ernest G. LORENZEN, « The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws », *YLJ*, vol. 50, 1940–41, pp. 743s.

³⁸¹⁹ Anita GARNUSZEK, « The law applicable to the contractual assignment of an arbitration agreement », *Arbitration*, 2016, vol. 82, n° 4, p. 349 : « *First, the court has to determine the applicable law by fitting the case into the pertinent legal category, through the process called characterisation* ».

881. Le régime de la requalification en Angleterre. En raison de la forte présence du principe dispositif dans le droit anglais de la procédure, le juge anglais ne dispose pas de la faculté de soulever d'office des moyens de droit³⁸²⁰. La question se pose de savoir si cette limitation de l'office du juge anglais concerne également l'opération première de qualification. Il serait possible de le penser dans la mesure où le relevé d'office d'un moyen dépend en grande partie de la qualification juridique des faits³⁸²¹. Néanmoins, le droit français constitue lui-même un exemple de divergence de régimes juridiques entre la requalification et le relevé d'office d'un moyen. Il est évident que les juges anglais rejettent la ou les qualifications proposées par les parties en vue de statuer sur le litige et faire droit ou rejeter les demandes des plaideurs³⁸²². Cependant, aucun texte législatif ne semble leur imposer de restituer leur exacte qualification aux faits lorsqu'une autre qualification est possible. Or le juge anglais dispose d'un outil fort adapté pour procéder à la requalification : l'*obiter dictum*. L'*obiter dictum* correspond à ce qui est dit « en passant » et constitue un « *commentaire du juge* »³⁸²³ qui n'a pas valeur de *precedent*. Il serait aisé pour le juge anglais d'exposer la qualification qu'il estime être correcte par ce biais, sans pour autant statuer *ultra petita*, puisque l'*obiter dictum* ne constitue pas le dispositif de la décision.

La question de la requalification par le juge est difficile à saisir, en France comme en Angleterre. L'exemple de la requalification du contrat litigieux permet d'apporter des éclairages supplémentaires.

B) L'exemple de la requalification du contrat litigieux

882. La requalification du contrat par le juge français. Si les parties peuvent donner un intitulé à la convention au moment de sa formation et retenir une qualification dans leurs conclusions, le juge n'est pas lié par cette qualification. En vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, il doit restituer son exacte qualification à l'acte litigieux. Pour déterminer la qualification du contrat, « *les juges doivent s'attacher [...] à l'analyse économique réelle de l'accord* »³⁸²⁴. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, précisé les contours de l'office du

³⁸²⁰ V. *supra* n° 868.

³⁸²¹ V. *supra* n° 853.

³⁸²² V. par ex. n° 661 pour le rejet de la qualification de *frustration*.

³⁸²³ Géraldine GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais. Méthode, traduction et approche comparative*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2019, p. 15. V. *supra* n° 18.

³⁸²⁴ Alain BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, n° 8, p. 682. V. aussi : François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 602, p. 682.

juge du fond en la matière. Par exemple, dans un arrêt rendu en 2001³⁸²⁵, la Cour de cassation rejeta un pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait procédé à la requalification du contrat litigieux et appliqué le régime en découlant, rejetant la demande en nullité formée par le plaideur. La Cour précisa que le juge du fond, « *après avoir analysé les termes de l'acte [...] a estimé, par des motifs non critiqués, qu'il s'agissait non d'un contrat de location-gérance mais d'une convention d'exploitation précaire du fonds de commerce* ». Les motifs de cette décision laissent entrevoir un point important du processus de requalification effectué par le juge du fond : il se fait par le biais de l'analyse des termes de l'acte. Autrement dit, l'interprétation de la convention est une étape clé de la détermination de la nature du contrat.

883. L'obligation essentielle. Par le biais de l'interprétation, le juge français s'attache à rechercher l'obligation caractéristique du contrat qui lui permet de déduire la qualification. Quoique la définition de l'obligation caractéristique ou essentielle du contrat ne soit pas aisée³⁸²⁶, il est possible de se référer aux travaux de POTHIER : « *Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister, faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »³⁸²⁷. Il explique que, au-delà des conditions de formation communes à tous les contrats, certaines obligations sont caractéristiques d'une espèce de contrat. Leur mention dans la convention permettra au juge d'identifier le contrat nommé dont il est question, et d'en déduire le régime à appliquer. « *L'obligation caractéristique joue un rôle central dans l'identification des différents types de contrats* »³⁸²⁸. Ce n'est pas par hasard que le Code civil définit les contrats nommés par référence aux obligations qui les caractérisent et qui permettent de les distinguer des autres contrats. Par exemple, l'alinéa premier de l'article 1582 du Code civil dispose : « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* », laissant ainsi deviner les deux obligations caractéristiques de la vente : la livraison pour le vendeur et le paiement du prix pour l'acquéreur. De la même façon, l'article 1709 du Code civil dispose : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Les deux obligations caractéristiques du louage de choses sont donc la jouissance d'une

³⁸²⁵ Com., 20 nov. 2001, n° 00-10081, inédit.

³⁸²⁶ Charlotte DESLAURIERS-GOULET, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Cahiers de droit*, vol. 55, n° 4, 2014, pp. 923s.

³⁸²⁷ Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, Paris : Masson, 1883, n° 6, p. 5.

³⁸²⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, n° 12.

chose accordée par le bailleur et le paiement du prix par le preneur. Plus précisément, le paiement du prix est une contrepartie générale qui ne constitue pas une obligation caractéristique³⁸²⁹ susceptible de permettre la détermination de l'espèce de contrat lorsque l'hésitation subsiste entre deux espèces de contrats à titre onéreux. Demeure alors comme obligation caractéristique de la vente la livraison de la chose et comme obligation caractéristique du louage de choses la jouissance de la chose louée. En revanche, la question de la contrepartie sous forme monétaire a toute son importance dans la distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit. Par exemple, dans un arrêt de 2022³⁸³⁰, la cour d'appel de Bordeaux précisa qu'un contrat ne pouvait être qualifié de bail contrairement à ce que soutenait le prétendu preneur dans la mesure où aucune contrepartie à son occupation des lieux n'était prévue. Il convenait donc requalifier la convention en contrat de prêt à usage. L'absence de paiement d'un prix, ici d'un loyer, était donc décisive pour déterminer l'espèce de contrat en question.

Cet arrêt montre également que, pour déterminer l'obligation essentielle, le juge du fond a recours à l'interprétation du contrat, sous réserve de la dénaturation de la convention³⁸³¹. Les décisions des cours d'appel ne laissent pas de doute sur ce point. Par exemple, dans un arrêt de 2022³⁸³², la cour d'appel d'Aix-en-Provence énuméra toutes les obligations à la charge du contractant, en précisant : « *aux termes de la convention qui reflète la commune intention des parties, la société [...] a plusieurs obligations : stationnement du navire dans un emplacement pour le stockage à terre ; prestations d'hivernage, soit manutention de sortie d'eau, lavage du bateau, désarmement total du bateau, transport vers la mise à l'eau, hivernage/déshivernage du moteur essence ; lavage [...]* ». Elle en déduisit que le contrat n'était pas seulement un contrat de stationnement car il impliquait l'accomplissement de prestations variées par lesquelles le contractant « *prenait en charge de façon complète le bateau durant sa période de désarmement* ». Il s'agissait donc d'un contrat d'entreprise. Le juge du fond porte donc une attention particulièrement aux stipulations contractuelles afin de déceler la nature du contrat

³⁸²⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 378, p. 420 : « *le versement d'un prix, d'un intérêt ou d'un loyer [n'est pas] la prestation caractéristique du contrat [...]* ».

³⁸³⁰ CA Bordeaux, 25 mai 2022, n° 21/03628.

³⁸³¹ V. *supra* n°s 187s.

³⁸³² CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 6 janv. 2022, n° 18/09671. V. dans le même sens : CA Rennes, 4^{ème} ch., 7 oct. 2021, n° 19/05340, *JCP E* n° 15, 2022, 492, K. CASTANIER : la Cour de cassation précisa que, dans la mesure où le prétendu vendeur était chargée d'installer la yourte, objet du contrat, sur le terrain du prétendu acquéreur, le contrat litigieux était un contrat de louage d'ouvrage.

selon les définitions légales. Dans un arrêt de 2021³⁸³³, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir retenu que le contrat qui prévoyait une redevance modique en contrepartie de la possibilité d'occuper les lieux pendant une durée de neuf mois, en l'attente de la signature de l'acte authentique de vente conditionnée par l'obtention d'un crédit immobilier, devait être caractérisé de convention d'occupation précaire. Ces éléments constituaient des « *circonstances particulières, indépendantes de la seule volonté des parties, permettant de retenir [cette] qualification et justifiant le rejet de la demande de requalification du contrat en bail d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989* ».

Pour déterminer l'obligation caractéristique, le juge français ne prend en compte que les éléments présents au moment de la formation du contrat. Dans un arrêt de 1976, la Cour de cassation a précisé que « [le] caractère d'une location est déterminé, non par l'usage que le locataire a pu faire de la chose louée, mais par la destination que lui ont donnée les parties contractantes »³⁸³⁴. Dans une formulation plus large, elle a pu également rappeler que, « *Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date de sa conclusion* »³⁸³⁵. Par conséquent, la détermination de l'obligation caractéristique du contrat, si elle se fait par le biais de l'interprétation de la convention, laisse néanmoins moins de liberté au juge dans la mesure où celui-ci ne peut pas prendre en compte des éléments postérieurs à la conclusion du contrat, tel que la conduite subséquente des parties³⁸³⁶. En revanche, des circonstances factuelles sont susceptibles d'être prises en compte par le juge pour déterminer la nature du contrat. Par exemple, dans un arrêt de 2021³⁸³⁷, la cour d'appel de Montpellier requalifia un contrat dit de vente en état futur d'achèvement en contrat de vente au motif que les acquéreurs avaient signé l'acte authentique de vente en état futur d'achèvement le jour même où ils avaient pris livraison de l'appartement, ainsi que l'indiquait un procès-verbal dressé le même jour.

³⁸³³ Civ. 3^{ème}, 6 mai 2021, n° 20-10992, inédit, *JCP N*, n° 21, 2022, 1168, M. MEKKI ; *Loyers et copr.*, n° 9, 2021, comm. 125, B. VIAL-PEDROLETTI.

³⁸³⁴ Civ. 3^{ème}, 11 juin 1976, *Bull. civ.* III, 1976, n° 255.

³⁸³⁵ Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Bull. civ.* I, 2007, n° 359. V. également : Civ. 3^{ème}, 6 sept. 2018, n° 16-20092, inédit, *RD rural* n° 467, 2018, comm. 172, S. CREVEL ; *AJDI*, 2019, p. 129, F. ROUSSEL : la Cour de cassation cassa un arrêt d'une cour d'appel car « [la] qualification d'un bail s'appréciant à la date de sa conclusion, le développement par le preneur à bail rural, au cours de celui-ci, de nouvelles activités commerciales ne saurait avoir pour effet de chasser le statut du fermage ».

³⁸³⁶ V. *supra* n°s 395s.

³⁸³⁷ CA Montpellier, 3^{ème} ch. civ., 2 sept. 2021, n° 15/09312.

884. La requalification du contrat par le juge anglais. Dans un arrêt de 2016³⁸³⁸, la *Supreme Court* se prononça sur la qualification d'un contrat par lequel un vendeur s'engageait à fournir des soutes à combustible à un armateur de navire. La convention, intitulée « vente », contenait une clause de réserve de propriété jusqu'à paiement complet du prix et permettait aux propriétaires de navires, acquéreurs des soutes, de consommer ces matériaux en vue de permettre la propulsion du navire. L'acquéreur consumma le matériel en utilisant son navire mais ne paya pas le vendeur qui n'avait pas effectué de paiement auprès de son propre fournisseur. L'acquéreur agit en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle il n'était pas tenu de payer le vendeur pour les soutes car le contrat était un contrat de vente au sens de l'article 2(1) du *Sale of Goods Act* de 1979³⁸³⁹. Cela avait pour conséquence que ce texte s'appliquait au contrat. Le *Sale of Goods Act* définit les conditions nécessaires pour qu'un vendeur agisse en paiement du prix³⁸⁴⁰. Or en l'espèce, ces conditions n'étaient pas remplies, ce qui empêchait le vendeur de réclamer le paiement. Les juges rejetèrent ce raisonnement et ne firent pas droit à la demande de déclaration. La *Supreme Court* estima que la « *nature du contrat* »³⁸⁴¹ n'était pas celle d'une vente telle qu'elle était définie par le *Sale of Goods Act* car la clause de réserve de propriété faisait échec au transfert de propriété. En conséquence, le contrat portait plus précisément sur deux opérations : d'une part, autoriser la jouissance d'une chose consomptible avant tout paiement, et, d'autre part, dans le cas où une partie des biens n'aurait pas été consommée, la promesse d'en transférer la propriété dès l'intervention du paiement par le jeu de la clause de réserve de propriété³⁸⁴². Il s'agissait donc d'un contrat *sui generis*³⁸⁴³ qui ne correspondait pas strictement à la définition de la vente.

Pour procéder à cette qualification, le juge anglais se plaça au moment de la conclusion du contrat, selon une jurisprudence constante du droit anglais³⁸⁴⁴. Il examina la rédaction de

³⁸³⁸ PST Energy 7 Shipping LLC and another v. O W Bunker Malta Limited and another, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 16 mai 2016, [2016] UKSC 23.

³⁸³⁹ *Sale of Goods Act 1979*, 1979, c.54, s2(1) : « *A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price* » ; « *Un contrat de vente de biens est un contrat par lequel le vendeur transfère ou accepte de transférer la propriété de biens à l'acheteur pour une contrepartie monétaire, appelée prix* ».

³⁸⁴⁰ *Ibid.*, s49. Il est nécessaire que la propriété des biens ait déjà été transmise à l'acheteur, ou que les parties fussent convenues que le prix serait exigible à une date fixe, indépendante de la délivrance. Aucune de ces conditions n'étaient remplies en l'espèce.

³⁸⁴¹ La qualification du contrat n'est pas nommée « *characterisation of the contract* » mais « *nature of the contract* ».

³⁸⁴² Lord MANCE in PST Energy 7 Shipping LLC and another v. O W Bunker Malta Limited and another, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 16 mai 2016, [2016] UKSC 23, n° 28.

³⁸⁴³ *Ibid.*, n° 39.

³⁸⁴⁴ James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates, *House of Lords*, 3 mars 1970, [1970] AC 583, [1970] 1 Lloyd's Rep. 269, [1970] 1 All ER 796.

l'instrumentum, notamment l'utilisation des termes « vendeur » et « acquéreur » ainsi que l'intitulé du contrat qui précisait « vente ». Néanmoins, il constata également que le contrat présentait des spécificités : la stipulation d'une réserve de propriété jusqu'au complet paiement, d'une part, et la mention selon laquelle jusqu'à ce paiement, ledit « acquéreur » resterait en possession des soutes « *uniquement en tant que dépositaire du vendeur* »³⁸⁴⁵. Ces spécificités empêchaient de retenir la qualification de vente. À travers la lecture et l'interprétation de la convention, le juge dégagera les stipulations contractuelles décisives permettant d'identifier la nature du contrat. Cela est similaire à la méthode du juge français qui recherche l'obligation caractéristique du contrat à travers l'interprétation de la convention. Les arrêts relatifs à la question de la qualification ou de la requalification sont cependant plus rares en droit anglais, ce qui laisse subsister un doute sur les véritables contours de l'office du juge anglais. La doctrine elle-même fait peu mention de cette problématique.

885. Des points communs. Il est cependant possible de constater que plusieurs points communs se dégagent entre le système français et le système anglais dans la méthode de qualification du contrat. Les juges anglais et les juges français se placent au moment de la formation du contrat pour déterminer la nature du contrat. En outre, la qualification du contrat repose en grande partie sur l'interprétation de la convention qui est en réalité « *un préalable nécessaire* »³⁸⁴⁶ à la question de la qualification dans la mesure où cette dernière dépend de la volonté exprimée des parties qui se découvre par l'opération d'interprétation.

886. La nature de la question de la qualification du contrat. En droit français, la qualification des actes litigieux, et notamment du contrat, est une question de droit contrôlée par la Cour de cassation depuis un ancien arrêt des Chambres réunies du 26 juillet 1823³⁸⁴⁷, étant précisé que toute qualification erronée de la nature du contrat entraîne la cassation pour violation de la loi³⁸⁴⁸. La Cour de cassation n'a pas manqué d'appliquer ce principe dans des décisions plus récentes. Dans un arrêt de 2020³⁸⁴⁹, elle cassa, au visa de l'article 1709 du Code civil, un arrêt d'une cour d'appel pour avoir qualifié de contrat de louage de chose ce qui

³⁸⁴⁵ Lord MANCE *in* PST Energy 7 Shipping LLC and another v. O W Bunker Malta Limited and another, *The Supreme Court of the United Kingdom*, 16 mai 2016, [2016] UKSC 23, n° 26.

³⁸⁴⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 602, p. 682.

³⁸⁴⁷ Ch. réunies, 26 juill. 19823, S. 1823. 1. 380.

³⁸⁴⁸ Jacques BORÉ et Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, 5^{ème} éd., n° 62.103, p. 269.

³⁸⁴⁹ Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-19670, *Bull. civ.* III, 2020, p. 55, CCC, n° 3, 2021, 36, obs. L. LEVENEUR ; *JCP E*, n° 7-8, 2021, 1115, S. MOISDON-CHATAIGNIER et N. PETERKA ; *JCP G*, n° 6, 2021, 147, J.-S. BORGHETTI ; *Loyers et copr.*, n° 2, 2021, 16, B. VIAL-PEDROLETTI ; *JCP N*, n° 51, 2020, act. 1032.

constituait en réalité un contrat de séjour défini par l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles. Il faut noter que ce qui vaut pour la qualification du contrat dans son ensemble vaut également pour les stipulations contractuelles isolées. Par exemple, dans un arrêt de 2015, la Cour de cassation reprocha au juge du fond d'avoir retenu la qualification d'astreinte conventionnelle proposée par les parties alors que la clause s'apparentait à une clause pénale³⁸⁵⁰.

Le contrôle exercé par la Cour de cassation justifie que le juge du fond soit tenu de prendre parti sur la qualification juridique exacte des faits et actes allégués afin que la Haute juridiction puisse exercer son contrôle. Dans un arrêt de 1982³⁸⁵¹, une cour d'appel avait déclaré irrecevable la demande de l'acquéreur car les faits étaient susceptibles de revêtir la qualification de vices cachés et d'erreur. La cour d'appel ne s'était pas prononcée sur la qualification des faits allégués, ce qui entraîna la cassation de l'arrêt pour violation des articles 1648 et 1110 du Code civil. La Cour de cassation a pu rappeler le principe selon lequel le juge du fond est tenu de requalifier, ou de qualifier les faits et les actes litigieux lorsque les parties n'en proposent pas de qualification. Dans un arrêt de 2013³⁸⁵², la Cour de cassation eut à connaître d'un jugement qui, sur le fondement des articles 1603 et 1641 du Code civil, avait débouté le plaideur de sa demande en responsabilité du vendeur dépourvue de fondement juridique. Le tribunal avait retenu que le demandeur n'apportait pas la preuve que le « mobile home » litigieux était affecté de défauts de conformité par rapport aux spécifications contractuelles ou caractérisant un vice caché. La Cour de cassation censura l'arrêt au visa du deuxième alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile en précisant que, puisque « *les parties invoquaient des éléments propres à caractériser l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage* », la juridiction de proximité aurait dû requalifier la convention. En droit anglais la qualification du contrat s'opère également à travers l'interprétation de l'*instrumentum*³⁸⁵³. Le juge doit déterminer la volonté déclarée des parties selon la méthode objective d'interprétation des conventions³⁸⁵⁴. Par conséquent, il s'agit également d'une question de fait. Lorsqu'il s'agit de déterminer la nature

³⁸⁵⁰ Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ.* II, 2015, n° 139, *D. actu.* 11 sept. 2015, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2016. chron. 742, obs. ADIDA-CANAC, VASSEUR et DE LEIRIS ; *RTD civ.*, 2016, p. 102, H. BARBIER ; *RLDC*, n° 131, 2015, p. 59, C. BLÉRY ; *RDC*, n° 1, 2016, p. 30, G. VINEY ; *JCP G*, n° 43, 2015, act. 1130, Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP G*, n° 48, 2015, doct. 1304, R. LIBCHABER ; *JCP G*, n° 48, 2015, 1130, Y. DAGORNE-LABBE ; *Gaz. Pal.*, n° 325, 2015, p. 15, J. ANSAULT ; *Gaz. Pal.*, n° 260, 2015, p. 25, C. BERLAUD ; *LEDIU*, n° 9, 2015, p. 6, L. TRANCHANT ; *LEDC*, n° 9, 2015, p. 2, G. GUERLIN, ;

³⁸⁵¹ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1982, *Bull. civ.* I, n° 324. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 19 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 87, obs. S. PIEDELIÈVRE.

³⁸⁵² Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, n° 12-20181, inédit, *Gaz. Pal.* 8-10 déc. 2013, 39, note L. MAYER.

³⁸⁵³ V. *supra* n° 884.

³⁸⁵⁴ V. *supra* n°s 264s.

d'un contrat, en France comme en Angleterre, il devient alors « *malaisé de distinguer un stade relevant de l'interprétation, l'autre de la qualification* »³⁸⁵⁵. Cela rejoint alors la question de la position de la Cour de cassation comme juge du droit : la qualification se situant entre fait et droit, car elle permet le passage de l'un à l'autre, l'office de la Cour de cassation se teinte d'appréciation des faits lorsqu'elle exerce le contrôle de la qualification des faits et actes litigieux³⁸⁵⁶.

887. Une divergence majeure. En réalité, la méthode d'identification de la nature du contrat semble être similaire en France et en Angleterre. Cependant, la question de la qualification en tant que telle préoccupe beaucoup moins la doctrine et les juges anglais, elle fait l'objet de moins de questionnements et de moins d'efforts de compréhension et de rationalisation. La question du relevé d'office des moyens dits de pur droit fait également l'objet d'un traitement différent dans la jurisprudence et la doctrine françaises d'une part, et la jurisprudence et la doctrine anglaises d'autre part.

Si l'arrêt Dauvin³⁸⁵⁷ a fixé un régime identique pour les moyens de pur droit et les moyens mélangés de fait et de droit, il réserve néanmoins l'hypothèse de « *règles particulières* » pour certains cas dans lesquels le juge est tenu de relever d'office un moyen de droit. Les contours de ces situations doivent être précisés.

§ 2 – L'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public

888. Le critère du moyen d'ordre public. En droit français, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public correspond à une obligation faite aux juges du fond. Cette position jurisprudentielle ne suscite, à première vue, pas de débat particulier au sein de la doctrine³⁸⁵⁸ car cela est cohérent avec la notion même d'ordre public. Quoique celle-ci soit particulièrement difficile à définir³⁸⁵⁹, il est traditionnellement retenu qu'« [un] *moyen est dit d'ordre public*

³⁸⁵⁵ Odile SALVAT, « Le juge anglais et les “contrats spéciaux”. Perspective de droit comparé », *RIDC*, vol. 70, n° 4, 2018, n° 12, p. 931.

³⁸⁵⁶ V. *supra* n° 201.

³⁸⁵⁷ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

³⁸⁵⁸ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 555, p. 464.

³⁸⁵⁹ Thierry BONNEAU et Annick DORSNER-DOLIVET, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986. chron. 59, spéc. pp. 59 et 60 : il remarque que ni la loi ni la jurisprudence ne définissent de façon claire l'ordre public, la tâche étant livrée à la doctrine, elle-même partagée.

lorsqu'il touche à un principe essentiel du droit »³⁸⁶⁰. Outre les dispositions explicitement visées par le législateur comme relevant de l'ordre public, « [il] existe un ordre public judiciaire ou virtuel, d'ailleurs formellement consacré par l'article 1102 nouveau du Code civil qui évoque les « règles » et non les lois qui intéressent l'ordre public. Le juge peut qualifier une règle d'ordre public indépendamment du législateur »³⁸⁶¹. Le juge contrôle en partie la qualification de moyen d'ordre public, ce qui peut donner lieu à une grande variété de règles d'ordre public. Ce contrôle de la qualification d'ordre public se manifeste notamment dans l'office de la Cour de cassation.

En réalité, le moyen d'ordre public se reconnaît surtout au régime qui lui est appliqué : il peut être relevé d'office par le juge, en tout état de cause c'est-à-dire à tout moment de la procédure y compris pour la première fois devant la Cour de cassation³⁸⁶², et les parties ne peuvent pas renoncer à son application³⁸⁶³, notamment par le biais de son omission dans leurs conclusions. Il semble qu'à défaut de définition précise du moyen d'ordre public à partir du contenu de la notion d'ordre public, il soit possible de trouver, à première vue³⁸⁶⁴, une certaine cohérence du droit français dans l'idée que les règles nécessaires au bon fonctionnement de la société soient relevées d'office par le juge à tout moment de la procédure sans que les parties puissent y renoncer.

En revanche, en droit anglais, la question du relevé d'office en tant que tel fait l'objet de moins de questionnements doctrinaux et jurisprudentiels. Néanmoins, grâce à la jurisprudence, il est possible d'observer que, si le juge anglais demeure beaucoup plus en retrait que le juge français en ce qui concerne l'application du droit, il procède, très rarement, à des relevés d'office fondés sur des raisons de *public policy*.

889. Droit de la procédure civile et droit substantiel. Dans le cadre du procès, le juge du fond est amené à s'interroger sur ses prérogatives en ce qui concerne deux types de moyens

³⁸⁶⁰ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 555, p. 464.

³⁸⁶¹ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 60, p. 51.

³⁸⁶² À la condition d'être un moyen de pur droit et non mélangé de faits et de droit, cf. Civ. 1^{ère}, 18 mars 1957, *Bull. civ.*, I, n° 138, p. 114.

³⁸⁶³ Thierry BONNEAU et Annick DORSNER-DOLIVET, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. 59., p. 61.

³⁸⁶⁴ En réalité, tous les moyens d'ordre public ne font pas l'objet d'une obligation pour le juge du fond de les relever d'office ce qui obscurcit considérablement l'office du juge, v. *infra* n° 899.

d'ordre public : les moyens relèvent soit de l'ordre public procédural (**A**), soit de l'ordre public substantiel (**B**).

A) Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public procédural

890. Exceptions de nullité et fins de non-recevoir. Les moyens tirés de l'ordre public procédural sont susceptibles de revêtir deux qualifications : il s'agit soit d'exceptions de procédure visées aux articles 73 et suivants du Code de procédure civile (1), soit de fins de non-recevoir visées aux articles 122 et suivants du Code de procédure civile (2).

1) Les exceptions de procédure d'ordre public

891. La notion d'exception de procédure. L'article 73 du Code de procédure civile définit l'exception de procédure comme « *tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». L'article 74 précise que ces « *exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* ». Par conséquent, la notion d'ordre public et le régime qui lui est attaché s'obscurcissent déjà : l'exception de procédure, même d'ordre public, doit être invoquée *in limine litis*. Cela remet en question, d'une part, la cohérence entre la notion d'ordre public et son régime puisqu'une règle indispensable au bon déroulement du procès devrait pouvoir être soulevée dès que toute partie, justiciables ou juge, prend conscience de son application au litige, et, d'autre part, cela donne naissance à une pluralité de régimes des moyens d'ordre public plutôt qu'à un régime unifié fondé sur la possibilité de soulever le moyen en tout état de cause. Cette absence de systématisme du régime des moyens dits d'ordre public est regrettable³⁸⁶⁵.

892. L'exception d'incompétence. En matière de compétence, l'article 76 du Code de procédure civile dispose que le juge du premier degré peut relever d'office la « *violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas* ». Cela signifie clairement que la compétence d'attribution n'est pas toujours d'ordre public³⁸⁶⁶. Ont été définies par la jurisprudence comme appartenant à l'ordre public la

³⁸⁶⁵ V. *infra* n° 899.

³⁸⁶⁶ V. pour une application : Com., 17 nov. 2021, n° 19-50067, *Bull. civ. I*, 2021, p. 154, *D. actu.* 9 déc. 2021, obs. B. FERRARI : la contestation de la compétence d'un tribunal de commerce, au profit d'un tribunal de commerce spécialisé, ne constituait pas une fin de non-recevoir mais une exception d'incompétence qui ne pouvait pas être soulevée pour la première fois en appel et que la cour d'appel n'était pas autorisée à la relever d'office.

compétence d'une juridiction administrative³⁸⁶⁷ ou étrangère³⁸⁶⁸, ou encore répressive³⁸⁶⁹. En outre, l'article 77 du Code de procédure civile dispose que le juge du premier degré ne peut relever d'office son incompétence territoriale « *en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas* ». Au-delà de ces exemples généraux, il convient de s'interroger sur l'existence d'exceptions d'incompétence spécifiques à la matière contractuelle.

893. Des exceptions d'incompétence d'ordre public spécifique au droit des contrats ? En matière contractuelle, l'article 1406 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019³⁸⁷⁰ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020, dispose clairement que les dispositions relatives à l'action en injonction de payer sont d'ordre public. Cette action doit être exercée « *devant le juge des contentieux de la protection ou devant le président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce, dans la limite de la compétence d'attribution de ces juridictions* » et « *[le] juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des débiteurs poursuivis* ». Dans un arrêt de 2018³⁸⁷¹, la cour d'appel d'Agen statua sur la compétence territoriale et conclut à la compétence du tribunal judiciaire d'Agen par application de l'article 1406 du Code de procédure civile rappelant que la clause attributive de compétence stipulée dans le contrat de vente litigieux était réputée non écrite et ne pouvait faire échec à cette disposition.

894. L'exception de nullité d'ordre public pour irrégularité de fond. Le Code de procédure civile précise parfois expressément que l'application de certaines des règles qu'il contient doit être relevée d'office par le juge. Par exemple, l'alinéa premier de l'article 120 du Code de procédure civile dispose que « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* ». Les exceptions de nullité sont limitativement énumérées³⁸⁷² par

³⁸⁶⁷ Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2019, n° 17-13550, *Bull. civ.* III, 2019, p. 220, *D.* 2019, p. 2096 ; *AJDI*, 2020, p. 227, F. COHET ; *RDI*, 2020, p. 80, E. RIPOCHE.

³⁸⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, *JCP* 1969. II. 16096, note LINDON ; *RTD civ.*, 1971, p. 421, P. HÉBRAUD.

³⁸⁶⁹ Civ. 2^{ème}, 20 janv. 1971, *RTD civ.*, 1971, p. 421, P. HÉBRAUD.

³⁸⁷⁰ Décret n° 2019-966 du 18 sept. 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'art. 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire et modifiant l'annexe du décret n° 2019-913 du 30 août 2019 pris en application de l'art. 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) et de réforme pour la justice.

³⁸⁷¹ CA Agen, 1^{ère} ch. civ. et comm., 15 mars 2018, n° 16/01151.

³⁸⁷² Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18, *JCP G* 2006, II, 10146, p. 1712 ; *D.*, 2006, p. 1984, E. PAHLAWAN-SENTILHES ; *JCP G*, n° 37, 2006, II, 10146, note E. PUTMAN ; *JCP G*, n° 29, 2006, act.

l'article 117 du Code de procédure civile³⁸⁷³ et leur caractère d'ordre public a été précisé au fil des décisions de justice. En pratique, les prescriptions de l'article 120 du Code de procédure civile concernent notamment les hypothèses de défaut de pouvoir d'un représentant de l'État³⁸⁷⁴ ou d'une collectivité publique³⁸⁷⁵. En revanche, dans un arrêt de 2007³⁸⁷⁶, la Cour de cassation a retenu l'absence de caractère d'ordre public du défaut de pouvoir de l'avocat en précisant que l'irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir de l'avocat d'agir en justice « *ne peut profiter qu'à la partie qui l'invoque* ». Cela laisse entendre que la nullité pour irrégularité de fond due au défaut de pouvoir de l'avocat est une nullité relative. Or il est possible de considérer que toutes les parties ont intérêt à ce que la procédure soit régulière³⁸⁷⁷ ce qui justifierait de considérer que toute nullité pour irrégularité de fond est absolue et peut être considérée nécessaire au maintien de l'ordre public de telle sorte que le juge puisse la relever d'office.

En outre, le défaut de capacité d'ester en justice est explicitement visé par le second alinéa de l'article 120 du Code de procédure civile comme un moyen que le juge peut relever d'office. Par exemple, dans un arrêt de 1994³⁸⁷⁸, la Cour de cassation reprocha à une cour d'appel de ne pas avoir relevé d'office le défaut de capacité d'ester en justice d'une personne sous curatelle qui avait exercé seule une action extra-patrimoniaire, alors que, par application du troisième alinéa de l'article 464 et de l'article 510 du Code civil, elle devait pour cet exercice être assistée de son curateur.

353 ; *Procédures*, n° 10, 2006, p. 200, R. PERROT ; *RTD civ.*, 2006, p. 820, R. PERROT ; *RTD civ.*, 2006, p. 820, R. PERROT ; Com., 10 fév. 2015, n° 13-24686, inédit, *Droit des sociétés*, n° 7, 2016, p. 131, J.-P. LEGROS ; *Procédures*, n° 4, 2015, p. 130, B. ROLLAND : « *le défaut de mention du liquidateur de la société intimée dans l'acte d'appel [...] constitue un vice de forme* ».

³⁸⁷³ Art. 117 CPC : « [...] *Le défaut de capacité d'ester en justice ;*

Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;

Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice ».

³⁸⁷⁴ CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 21 sept. 2016, n° 15/05850 : Selon l'appelant, l'assignation délivrée par la société d'assurance intimée était nulle en ce qu'elle avait été faite à l'État Français « *représenté par le ministre de l'intérieur [sic]* », alors même que ce dernier n'a pas le pouvoir de représenter l'État dans une instance judiciaire. La cour d'appel précisa que « *la question de la représentation de l'État dans une procédure judiciaire pose une question d'ordre public que le juge doit soulever d'office* ». Elle retint qu'en l'espèce, dans le cadre d'un litige relatif à la consultation du fichier prévu à l'art. L. 225-1 du C. de la route, le ministre de l'Intérieur était compétent pour représenter l'État dans la mesure où ce fichier était placé sous son autorité. En conséquence, l'assignation n'était pas nulle.

³⁸⁷⁵ Civ. 2^{ème}, 3 mars 1982, n° 81-11792, *Bull. civ.* II, 1982, n° 34.

³⁸⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 06-17408, *Bull. civ.* I, 2007, n° 274, *D.* 2007. 2542 ; *JCP G*, n° 17, 2007 I. doctr. 138, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*, n° 41, 2007, p. 2874.

³⁸⁷⁷ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 311, p. 259.

³⁸⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 2 nov. 1994, n° 92-14642, *Bull. civ.* I, 1994, n° 313, p. 227, *RTD civ.*, 1995, p. 327 J. HAUSER ; *JCP G*, n° 51, 1995, II 22555, T. FOSSER.

Figurent également parmi les moyens d'ordre public procédural, outre les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir.

2) Les fins de non-recevoir d'ordre public

895. La notion de fin de non-recevoir. L'article 122 du Code de procédure civile dispose : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Au contraire des exceptions de procédure, elles peuvent être soulevées à tout moment de la procédure³⁸⁷⁹.

896. Les fins de non-recevoir d'ordre public. De façon similaire à l'article 120 relatif aux exceptions de nullité, l'alinéa premier de l'article 125 du Code de procédure civile dispose que les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours doivent être relevées d'office. Cela nécessite de déterminer clairement quelles fins de non-recevoir sont d'ordre public et quelles fins de non-recevoir ne sont pas d'ordre public. Or cette distinction est loin d'être limpide. Dans un premier temps, l'article 125 précise que « *le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée* », les deux dernières hypothèses constituant des ajouts opérés par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005³⁸⁸⁰. Dans un second temps, une jurisprudence très fournie a également apporté de nombreuses précisions quant à l'identification des fins de non-recevoir d'ordre public. Par exemple, la fin de non-recevoir résultant de l'inobservation du délai dans lequel l'appel doit être interjeté, ou l'absence d'ouverture de l'appel, doit être relevée d'office³⁸⁸¹.

³⁸⁷⁹ Art. 123 CPC.

³⁸⁸⁰ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, *JORF* n° 195 du 22 août 2004, texte n° 7.

³⁸⁸¹ *BICC* n° 660, 1^{er} mai 2007, p. 7. [En ligne] <https://www.courdecassation.fr> (page consultée le 17/10/2022) Dans un arrêt de 2018, Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *D. actu.*, 4 juin 2018, N. PETERKA ; *RTD civ.*, 2018, p. 631, D. MAZEAUD ; *D.*, 2018, p. 1458, J.-J. LEMOULAND et D. NOGUÉRO ; *JCP N*, n° 26, 2018, 1227, A. TANI ; *Procédures* n° 7, 2018, p. 217, M. DOUCHY-LOUDOT ; *Procédures* n° 8-9, 2018, 244, Y. STRICKLER ; *Dr. famille*, n° 9, 2018, p. 223, I. MARIA ; *ibid.*, p. 191, I. MARIA ; *JCP G*, n° 29, 2018, 826, D. NOGUÉRO ; *LEFP*, n° 7, 2018, p. 4, G. RAOUL-CORMEIL, la Cour de cassation a élargi le pouvoir des juges du fond de relever d'office le défaut de qualité pour agir et, en l'espèce, d'interjeter appel. En effet, le principe en la matière est posé à l'art. 1239 du C. civil : « *Sauf disposition contraire, les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille sont susceptibles d'appel* ». En l'espèce, la décision litigieuse était celle d'une mainlevée d'une mesure de protection qui n'est pas explicitement visée par l'art. 1239-2, ce dernier retenant la qualité pour interjeter appel du jugement qui refuse de prononcer une mesure de protection au seul requérant. La Cour de cassation a ainsi réalisé une lecture extensive de l'art. 1239-2 du Code civil disposant « *L'appel contre le jugement qui refuse de prononcer une mesure de protection à l'égard d'un majeur n'est ouvert qu'au requérant* »

897. L'interdiction de relever d'office le moyen résultant de la prescription. Il existait des hésitations quant à l'existence d'une faculté du juge de relever d'office le moyen tiré de l'écoulement d'un délai de prescription³⁸⁸². L'article 2247 du Code civil, anciennement article 2223, interdit aux juges de « *suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* », mais le premier alinéa de l'article 125 du Code de procédure civile leur impose de relever d'office les fins de non-recevoir lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public. Or l'écoulement du délai de prescription est classiquement considéré comme une fin de non-recevoir. Si le texte qualifie la prescription qu'il édicte d'ordre public, la loi n'est alors plus claire quant à l'office du juge. En réponse à cette problématique, la Cour de cassation a plusieurs fois rappelé que « *les juges ne peuvent relever d'office le moyen tiré de la prescription* » et que « *cette règle s'applique lors même que la prescription est d'ordre public* »³⁸⁸³. La Cour de cassation a même eu l'occasion de préciser que le juge ne pouvait pas relever d'office la prescription à l'égard de toutes les parties à l'instance alors que seulement l'une d'entre elles l'avait soulevée dans ses conclusions³⁸⁸⁴. La règle a également été appliquée à la prescription de l'action en paiement des intérêts conventionnels³⁸⁸⁵. Il faut cependant noter qu'il existe une exception à ce principe et qu'elle est spécifique au droit des contrats.

898. Les fins de non-recevoir d'ordre public spécifiques au droit des contrats. Les exemples de fin de non-recevoir spécifiques au droit des contrats ne sont pas nombreux. Selon un auteur, la règle selon laquelle le juge doit soulever d'office une fin de non-recevoir d'ordre public « *ne saurait être catégorique tant est intime le lien de la fin de non-recevoir avec le fond du droit* »³⁸⁸⁶. Le droit de la consommation instaure un régime particulièrement protecteur du consommateur ayant contracté avec un professionnel qui lui aurait par principe imposé ses conditions contractuelles. Initialement, la Cour de cassation avait appliqué sa solution interdisant au juge de relever d'office la prescription d'ordre public à l'action en

en procédant par analogie entre le jugement explicitement visée et la décision de mainlevée de la mesure de protection. Les parents du requérant n'avaient pas la qualité pour interjeter appel de cette décision. En revanche, il est étonnant de constater que, par application de l'art. 125, al. 2 du CPC, le juge du fond n'est pas tenu de relever d'office le défaut d'intérêt à agir qui ne constitue donc pas une fin de non-recevoir d'ordre public, v. pour une application : Civ. 2^{ème}, 6 juin 2019, n° 18-15301, *Bull. civ.* II, 2019, p. 47, *Procédures*, n° 8-9, 2019, comm. 224, H. CROZE.

³⁸⁸² V. pour une étude détaillée : Julie KLEIN, « La prescription civile : 10 ans après la réforme – ordre public ou ordre privé », *RDC*, n° 2, 2020, p. 142.

³⁸⁸³ Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1986, n° 85-11263, *Bull. civ.* I, 1986, n° 293, p. 278 ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1987, n° 86-11040, *Bull. civ.* I, 1987, n° 200 p. 148 ; Com., 30 nov. 2004, n° 01-13797, inédit.

³⁸⁸⁴ Civ. 3^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-12234, *Bull. civ.* III, 2006, n° 114, p. 96, *RDI*, 2006, p. 310, P. MALINVAUD ; *JCP G*, n° 23, 2006, 2219, M.-C. ROUAULT ; *Constr. – Urb.*, n° 7-8, 2006, p. 168, D. SIZAIRE.

³⁸⁸⁵ Com., 30 nov. 2004, n° 01-13797, inédit.

³⁸⁸⁶ Philippe MALAURIE, « L'office du juge et les moyens d'ordre public », *D.*, 1956, p. 517.

remboursement d'un prêt à la consommation³⁸⁸⁷. Depuis l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation³⁸⁸⁸, l'article L. 218-2 du Code de la consommation dispose en matière de prescription que « [l']*action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans* ». Or l'article R. 632-1³⁸⁸⁹ du même Code fixe l'office du juge et dispose : « *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Par conséquent, par exception à l'article 2247 du Code civil, le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir issue de l'écoulement du délai de prescription lorsqu'il est en présence d'un contrat liant un professionnel et un consommateur et que le premier agit contre le second. Dans un arrêt de 2015³⁸⁹⁰, la Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir relevé d'office que plus de deux ans s'étaient écoulés entre la déchéance du terme et le commandement de payer litigieux de telle sorte que l'action en paiement intentée par la banque était prescrite.

Il ressort de ces observations qu'en droit français, le critère pour déterminer ce qui relève ou non l'ordre public procédural n'apparaît pas de façon très distincte. En outre, le régime du moyen d'ordre public procédural n'est pas non plus très clair car il n'est pas systématisé.

899. Une absence de systématicité. Il serait possible de considérer que le caractère exprès de la nature d'ordre public d'une règle permettrait d'en déduire facilement le régime de faculté ou d'obligation de relevé d'office applicable. Or il n'en est rien. Il arrive qu'une règle semble posée comme étant une règle d'ordre public sans pour autant que le juge ne soit tenu de relever d'office son application. Par exemple, en matière de compétence territoriale, l'article 44 du Code de procédure civile dispose : « *En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente* ». Cela sous-entendrait que la compétence territoriale ainsi définie est exclusive et donc d'ordre public. L'article 93 du même Code autorise le juge à relever d'office son incompetence en présence de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Cependant, le relevé d'office demeure une simple faculté³⁸⁹¹. Le caractère d'ordre public de la règle applicable et le régime du relevé d'office, l'obligation ou la faculté de relever

³⁸⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1986, n° 85-11263, *Bull. civ. I*, 1986, n° 293, p. 278.

³⁸⁸⁸ Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016.

³⁸⁸⁹ Issu du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, *JORF* n° 0151 du 30 juin 2016.

³⁸⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Procédures*, n° 10, 2015, comm. 292, C. LAPORTE ; *Gaz. Pal.*, n° 314, p. 22, M. ROUSSILLE ; *D.*, 2016, p. 617, H. AUBRY ; *D.*, 2016, p. 449, N. FRICERO : plus précisément, la Cour de cassation admet en l'espèce que le juge de l'exécution puisse relever d'office l'écoulement du délai de prescription.

³⁸⁹¹ Civ. 2^{ème}, 19 fév. 1986, *Bull. civ. II*, 1986, n° 22.

d'office pour le juge, ne coïncident pas toujours ce qui obscurcit l'office du juge. Cela se vérifie encore plus clairement en ce qui concerne le relevé d'office des règles dont l'application relève de l'ordre public substantiel.

B) Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public substantiel

900. Deux situations distinctes. L'office du juge en matière de relevé d'office des moyens issus de l'ordre public substantiel n'est pas le même selon que le plaideur s'abstient de présenter des fondements juridiques au soutien de sa demande (1) ou présente ces fondements juridiques (2).

1) L'office du juge en l'absence d'un fondement juridique présenté par le plaideur

901. Une tâche conséquente pour le juge. Dans un arrêt de 2006³⁸⁹², la troisième chambre civile de la Cour de cassation a précisé « *qu'en l'absence de toute précision des écritures sur le fondement juridique de la demande, il appartient aux juges du fond d'examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques conformément aux règles de droit qui leur sont applicables* ». En l'espèce, le demandeur sollicitait l'exécution forcée d'un protocole d'accord. Il fut débouté par la cour d'appel au motif que sa demande était « *dépourvue d'énonciation de son fondement juridique* ». L'arrêt fut censuré pour violation de l'article 12 du Code de procédure civile. Cette jurisprudence établie³⁸⁹³ place une lourde tâche sur les juges car elle permettrait aux parties de se contenter de formuler leur demande et de laisser le juge effectuer la totalité du travail de recherche du raisonnement juridique applicable, dans une application extrême de l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ». Cela correspond à la position du droit allemand³⁸⁹⁴ et trouve également un écho dans la procédure européenne de règlement des petits litiges puisque l'article 12 du règlement n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du

³⁸⁹² Civ. 3^{ème}, 27 juin 2006, n° 05-15394, inédit, *Procédures*, n° 12, 2006, comm. 266, obs. R. PERROT.

³⁸⁹³ V. déjà : Civ. 3^{ème}, 21 janv. 1987, n° 85-15781, *Bull. civ.* III, n° 10, p. 6, *JCP G* 1987, IV, 101 ; *RTD civ.*, 1987, p. 390, obs. J. NORMAND : cassation fondée sur l'art. 12 CPC car le juge du fond n'a pas recherché le fondement de la demande en responsabilité ; Com. 15 oct. 1991, n° 90-12819, *Bull. civ.* IV, n° 294, p. 204, *JCP G* 1991, IV, 438 : cassation fondée sur l'art. 12 CPC ; Soc., 7 janv. 1998, n° 95-44450, *Bull. civ.* V, 1998, n° 2, p. 1 : la Cour censure un jugement au visa de l'art. 12 CPC car « *il appartenait [au conseil de prud'hommes] de trancher le litige conformément aux règles de droit régissant la matière, même si leur application n'était pas requise par le demandeur* ».

³⁸⁹⁴ Frédérique FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Actes du Colloque de Caen*, du 20 janv. 2012, *Procédures*, n° 3, 2012, p. 36.

11 juillet 2007³⁸⁹⁵ dispose que « [la] *juridiction n'oblige pas les parties à assortir la demande d'une qualification juridique* ».

En réalité, l'inquiétude quant à la lourde tâche du juge français doit être nuancée dans la mesure où le décret du 28 décembre 1998³⁸⁹⁶ a modifié l'article 56 du Code de procédure civile. Cette disposition impose désormais que l'assignation expose les moyens de droit dont se prévaut le demandeur à peine de nullité. Par conséquent, les demandes formulées sans précision du fondement juridique devraient être rares. Même si le fondement n'était pas rappelé dans les conclusions des parties, le juge devrait ainsi toujours avoir à disposition l'assignation dûment complétée afin de connaître le fondement juridique des prétentions. Cette idée est confortée par le constat que les arrêts de la Cour de cassation précisant l'office du juge du fond en cas d'absence de fondement juridique sont presque tous antérieurs au décret de 1998. Cette exigence que les écritures des parties qualifient les faits et actes litigieux reflète la nécessité de la coopération entre le juge et les parties et vise à impliquer davantage celles-ci dans la découverte de la règle de droit applicable, le procès étant devenue la chose des parties et celle du juge³⁸⁹⁷.

902. L'absence d'obligation de respecter le principe du contradictoire. Le processus qui consiste pour le juge à cerner les fondements de la demande en l'absence de précision par le demandeur ne constitue pas à proprement parler un relevé d'office. Selon la Cour de cassation, dans la mesure où, en l'absence de fondement juridique donné par les parties, « *les juges doivent rechercher eux-mêmes la règle de droit applicable, ils ne relèvent aucun moyen d'office en donnant à leurs décisions le fondement juridique qui découle des faits allégués et n'ont pas à respecter le principe de la contradiction* »³⁸⁹⁸. L'absence de fondement juridique proposé par les parties permet au juge d'appliquer le droit sans inviter les parties à présenter leurs observations sur les fondements dégagés par lui. Par exemple, dans un arrêt de 2021³⁸⁹⁹, la cour d'appel de Douai fut saisie d'une demande d'annulation d'un protocole transactionnel sans que les écritures ne précisent le fondement de l'annulation. Le juge du fond retint lui-même

³⁸⁹⁵ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* du 31 juill. 2007, L199/1.

³⁸⁹⁶ Décret n° 98-1231 du 28 déc. 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, *JORF* 30 déc. 1998.

³⁸⁹⁷ Loïc CADIET, « Observations conclusives, au colloque organisé par la cour d'appel de Rouen le 5 mai 2000 », *Gaz. Pal.*, 6-7 sept. 2000, p. 1474.

³⁸⁹⁸ Civ. 3^{ème}, 28 mai 1986, n° 85-11402, *Bull. civ.* III, 1986, n° 82, p. 63, *JCP G* 1986, IV, 227 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 55, obs. CROZE et MOREL ; *RTD civ.*, 1987, p. 390, obs. J. NORMAND.

³⁸⁹⁹ CA Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} section, 9 sept. 2021, n° 20/01715.

un fondement juridique à cette demande en invoquant l'article 12 du Code de procédure civile. Il précisa que la demanderesse, une société de transport, sollicitait la nullité du protocole en précisant qu'elle avait conclu ce dernier en acceptant d'être subrogée dans les droits du transporteur initial alors que ce dernier n'avait pas accompli toutes les diligences nécessaires pour préserver ces droits, notamment n'avait pas fait régulièrement notifier dans les temps l'assignation à son cocontractant. La cour retint qu'il fallait induire des écritures de la demanderesse qu'elle formulait une demande de nullité de protocole pour erreur sur la substance. En l'espèce, le juge du fond a donc justement restitué à la demande son fondement juridique. Cette hypothèse dans laquelle le juge détermine seul le droit applicable est le seul cas dans lequel il n'est pas tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations puisque le relevé d'office, qu'il s'agisse de celui d'un moyen d'ordre public³⁹⁰⁰ ou d'un moyen de pur droit, doit donner lieu à une discussion entre les parties.

903. L'obligation d'évaluation du montant des créances. L'obligation faite aux juges de rechercher eux-mêmes la règle de droit applicable implique que l'absence de fondement juridique au soutien de la demande ne suffit pas pour débouter le demandeur. Dans un arrêt récent de 2022³⁹⁰¹, la Cour de cassation eut à connaître d'un arrêt d'une cour d'appel dans lequel les juges du fond avaient débouté une salariée de sa demande de rappel de salaire aux motifs que les parties ne produisaient pas le détail des calculs nécessaires à l'évaluation de la somme due à ce titre et invitant la partie la plus diligente à ressaisir la cour. La Haute juridiction censura l'arrêt sur le fondement de la violation de l'article 12 du Code de procédure civile et de la méconnaissance par le juge de son office en précisant qu'il lui incombait de procéder à l'évaluation de la créance salariale dont il avait reconnu le principe. Dans un autre arrêt³⁹⁰², la Cour de cassation censura sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile un arrêt d'une cour d'appel ayant rejeté la demande d'indemnité d'un salarié au titre des repos compensateurs non pris, au motif que le demandeur n'explicitait ni le fondement de sa demande, ni le *quantum* revendiqué. La Haute juridiction rappela le devoir incombant au juge du fond de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, ce qui lui imposait de préciser la règle sur laquelle il se fondait pour rejeter la demande dont il était saisi. En outre, il avait reconnu le principe de l'existence d'une créance salariale dont il lui incombait alors

³⁹⁰⁰ V. *supra* n° 905.

³⁹⁰¹ Soc., 12 janv. 2022, n° 20-20338, inédit. V. aussi dans le même sens des arrêts fondés sur l'art. 4 du C. civil : Civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 20-21298, inédit ; Civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 20-21299, inédit.

³⁹⁰² Soc., 22 juin 2022, n° 21-10574, inédit.

d'évaluer le montant. Il est donc fait au juge du fond l'obligation d'être cohérent : la reconnaissance du principe d'une créance nécessite l'évaluation de cette créance quand bien même elle n'est pas chiffrée par le demandeur. Dans le cas où le juge aurait conclu à l'absence de toute créance salariale, il aurait dû mentionner les fondements juridiques fondant le rejet de la demande. Autrement dit, si les parties, et leurs conseils, peuvent se permettre de ne pas donner le droit au juge, ce dernier est dans l'obligation de donner le droit aux parties.

Lorsque le demandeur présente les fondements soutenant ses prétentions, le juge doit également relever d'office certains moyens de droit.

2) L'office du juge en présence d'un fondement juridique présenté par le plaideur

904. Droit commun et droit de la consommation. Pour cerner plus clairement les contours de l'office du juge en matière de relevé d'office d'un moyen de droit, il convient de distinguer le relevé d'office d'un moyen de droit tiré du droit commun (a) et le relevé d'office d'un moyen de droit tiré du droit de la consommation (b).

a) Le relevé d'office d'un moyen tiré du droit commun

905. Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public substantiel. Il s'agit ici d'étudier le mécanisme du relevé d'office de moyens relevant de l'ordre public substantiel d'un point de vue procédural³⁹⁰³. Lorsque le demandeur présente des moyens au soutien de sa demande, le juge est parfois néanmoins tenu de relever d'office certains moyens lorsqu'ils revêtent la particularité de procéder de l'application d'une règle d'ordre public substantiel. L'article 6 du Code civil dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'ordre public substantiel se décline en plusieurs manifestations qui peuvent être regroupées sous deux catégories : l'ordre public classique et l'ordre public économique et social³⁹⁰⁴. L'ordre public classique comprend l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire, les règles qui gouvernent la famille, la personne et son corps, et enfin l'ordre public professionnel. L'ordre public économique et social comprend un ordre public économique de direction et un ordre public

³⁹⁰³ V. *supra* n^{os} 112s.

³⁹⁰⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n^{os} 490s, pp. 578s.

économique de protection³⁹⁰⁵. Certains moyens d'ordre public substantiel sont spécifiques au contrat telles que certaines nullités contractuelles. Le juge peut être tenu de les relever d'office lorsqu'ils se présentent, étant précisé qu'il doit inviter les parties à formuler leurs observations en vertu du principe du contradictoire³⁹⁰⁶.

906. La nullité du contrat. En droit français, certaines nullités du contrat sont d'ordre public. Par exemple, le contrat d'assurance ne peut garantir l'assuré contre les éventuelles condamnations qui seraient prononcées à son encontre car cela contreviendrait à l'organisation judiciaire³⁹⁰⁷, de même que deux époux ne peuvent licitement prévoir de renoncer au devoir de fidélité du mariage. Les exemples de nullités d'ordre public sont très nombreux et montrent la diversité des manifestations de l'ordre public en matière contractuelle. Entre alors en jeu une distinction particulière entre la nullité absolue et la nullité relative. Selon la théorie moderne des nullités issue initialement des travaux de JAPIOT³⁹⁰⁸ et consacrée par l'article 1179 du Code civil : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* ». La sauvegarde d'un intérêt général rejoint la notion d'ordre public composé des principes essentiels du droit³⁹⁰⁹. Par conséquent, la nullité dite absolue de l'acte juridique est celle qui permet le mieux de sanctionner l'ordre public. Ainsi, « *traditionnellement, l'office du juge [est] réservé aux nullités absolues* »³⁹¹⁰ qu'il peut relever d'office. Dans un arrêt de 2018³⁹¹¹, la Cour de cassation a ainsi censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait mis à la charge du constructeur entrepreneur les travaux qui n'avaient pas fait l'objet d'une acceptation manuscrite par le maître de l'ouvrage conformément à l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation. Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle que la violation d'une règle d'ordre public ne peut entraîner que la sanction de la nullité absolue du contrat.

³⁹⁰⁵ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n^{os} 491s, pp. 578s.

³⁹⁰⁶ Ch. mixte, 10 juill. 1981, n^o 77-10745, *Bull. ch. mixte*, 1981, n^o 6.

³⁹⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n^o 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n^o 188, *RDC*, n^o 1, 2012, p. 25, J. ROCHFELD ; p. 70, Y.-M. LAITHIER ; *Gaz. Pal.*, n^o 10, p. 5, G. PILLET ; *Gaz. Pal.*, n^o 292, 2012, p. 23, C. BERLAUD ; *D.* 2013, p. 391, S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RD rural*, n^o 408, 2012, 115, J.-J. BARBIERI.

³⁹⁰⁸ René JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Paris : La Mémoire du droit, coll. Collection de la Faculté Jean-Monnet, 2017.

³⁹⁰⁹ V. *infra* n^o 888.

³⁹¹⁰ Pierre-Yves GAUTHIER, « Vers une refonte de l'ordre public en matière de nullités », *RDC*, n^o 3, 2019, p. 144.

³⁹¹¹ Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n^o 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n^o 73, *Constr. - Urb.*, n^o 9, 2018, 126, C. SIZAIRE ; *RTD civ.*, 2018, p. 661. H. BARBIER.

De façon similaire au juge français, un juge anglais refusera d'ordonner l'exécution d'un contrat entaché d'illicéité³⁹¹². Le contrat illicite est sanctionné par son caractère *unenforceable* c'est-à-dire dépourvu d'effets juridiques, ce qui implique que les contractants ne puissent pas en solliciter l'exécution forcée³⁹¹³. Le juge refusera donc de faire droit à la demande des parties³⁹¹⁴. Dans un arrêt rendu en 1981³⁹¹⁵, la *High Court of Justice* eut l'occasion de préciser qu'un juge devait toujours avoir la possibilité de relever d'office l'illicéité d'un contrat et d'en déduire l'absence d'obligations contractuelles à la charge du débiteur, étant précisé que l'illicéité est caractérisée notamment par la contrariété à la « *public policy* » qui correspondent à des règles considérées comme essentielles dans l'ordre juridique établi et dégagées par les juges³⁹¹⁶. Dans cet arrêt, la *High Court* précisa également qu'une telle règle était justifiée par l'idée que « *les tribunaux de la Reine ne peuvent être sollicités en vue de faire exécuter des contrats illicites, en dépit du souhait des parties* »³⁹¹⁷. Cependant, il faut noter que les hypothèses dans lesquelles un contrat sera jugé contraire aux règles issues de la *public policy* sont rares³⁹¹⁸.

En revanche, le pouvoir du juge anglais est plus étendu que celui du juge français car il peut relever d'office l'illicéité même si aucune partie ne la soulève³⁹¹⁹. Cela constitue une différence notable avec les prérogatives du juge français. Ce dernier ne peut, en raison du caractère immuable de l'objet du litige, prononcer la nullité du contrat en relevant d'office un moyen juridique d'ordre public non invoqué par le plaideur que si l'une des parties a demandé la nullité du contrat.

³⁹¹² *Illegality*, v. *supra* n^{os} 0s.

³⁹¹³ John CARTWRIGHT, « Les nullités absolues : quel avenir ? - Un regard étranger », *RDC*, n^o 03, 2019, p. 146

³⁹¹⁴ Phoenix General Insurance Co of Greece SA v. Halvanon Insurance Co Ltd, *Court of Appeal (Civil Division)*, 9 oct. 1986, [1988] Q.B. 216, [1987] 2 W.L.R. 512.

³⁹¹⁵ Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427.

³⁹¹⁶ V. *infra* n^{os} 120s.

³⁹¹⁷ Justice BINGHAM in Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427, p. 429 : « *The reason for this rule is that the Queen's Courts may not be used to enforce unlawful contracts, whatever the wishes of the parties* ». V. dans le même sens : North Western Salt Co Ltd v Electrolytic Alkali Co Ltd, House of Lords, 12 fév. 1914, [1914] A.C. 461 : « *the Court will decline to enforce the contract, irrespective of whether illegality is pleaded or not* » ; « *la Cour refusera d'ordonner l'exécution du contrat, que l'illégalité soit invoquée ou non* » par les parties.

³⁹¹⁸ Patel v. Mirza, *Supreme Court of the United Kingdom*, 20 juil. 2016, [2016] UKSC 42, [2017] A.C. 467, n^o 120. V. *supra* n^{os} 0s.

³⁹¹⁹ Justice BINGHAM in Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J.N. Patel, *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, 22 oct. 1981, [1982] 1 Lloyd's Reports 427, p. 429.

907. Le principe dispositif, obstacle au relevé d'office. En raison du principe d'immutabilité du litige en France³⁹²⁰, le juge ne peut en principe relever d'office la nullité que si l'une des parties a demandé la nullité du contrat et si les faits au soutien de la nullité figurent dans le débat. Or « [le] plus souvent, le contrat dont l'irrégularité est relevée d'office au regard d'une telle disposition est produit par la partie demanderesse ; l'élément de fait sur lequel prend appui le moyen de droit relevé d'office est en conséquence dans le débat »³⁹²¹. Le juge aura donc assez régulièrement la possibilité de soulever d'office la nullité sans pour autant manquer aux prescriptions de l'article 7 du Code de procédure civile qui lui impose de fonder sa décision exclusivement sur des faits qui sont dans le débat. En revanche, le principe dispositif interdit au juge de statuer *ultra petita* : si aucune des parties ne demande la nullité, il ne pourra pas la prononcer et en tirer les conséquences telles que notamment les restitutions réciproques qui l'accompagnent. En revanche, le relevé d'office de la nullité pourrait lui permettre de débouter les parties de leurs demandes puisque le contrat n'est pas légalement formé³⁹²².

908. Des imprécisions. Si les « règles particulières » visées par l'arrêt Dauvin³⁹²³ et dérogeant au caractère facultatif du relevé d'office d'un moyen de droit sont toujours d'ordre public, la réciproque n'est pas vraie, c'est-à-dire que toutes les règles dites d'ordre public ne donnent pas lieu à une obligation pesant sur le juge de relever d'office un moyen tiré de leur application. La Cour de cassation avait d'ailleurs rappelé, dans une fiche méthodologique sur les pouvoirs d'office des cours d'appel, que « la clé de répartition des pouvoirs du juge ne se réduit pas à la distinction entre d'une part les moyens d'ordre public et d'autre part les moyens d'intérêt privé : il existe en effet des moyens procéduraux d'ordre public que le juge n'a pas l'obligation de relever d'office »³⁹²⁴. Cela est problématique. En effet, il est possible de considérer que « [la] vocation propre de l'ordre public est ainsi de connaître une cohérence intime qui unit ses différentes sanctions ; du moment que selon les règles du fond du droit, une situation heurte l'ordre public, ce trouble causé à l'ordre juridique doit toujours pouvoir être effacé par une action en justice et l'instance doit pouvoir être conduite jusqu'à son achèvement

³⁹²⁰ V. *supra* n° 766.

³⁹²¹ Xavier LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, n° 15, 2001. I. 312, n° 5. V. dans le même sens : Olivier GOUT, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *D.*, 2003, p. 549, n° 14.

³⁹²² Xavier LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, n° 15, 2001. I. 312, n° 5.

³⁹²³ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156, obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD. V. *supra* n° 850.

³⁹²⁴ *BICC*, 1^{er} mai 2005.

pour que le jugement consacre le triomphe de l'ordre public »³⁹²⁵. Il devient alors difficile d'accepter cette fluctuation de régime.

En pratique, la Cour de cassation a semblé s'appuyer sur une distinction parfois contestée³⁹²⁶ entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. L'ordre public de direction est constitué des « *textes poursuivant un but d'intérêt général* » ; l'ordre public de protection est « *illustré par tous ces textes qui tendent à rétablir l'équilibre du contrat au profit de la partie la plus faible* »³⁹²⁷. Le premier imposerait une obligation pour le juge de relever d'office le moyen de droit tandis que le second ouvrirait au juge une simple faculté de relever d'office. L'ordre public de protection, aussi parfois nommé « ordre public social », s'illustre particulièrement en matière contractuelle à travers des moyens intéressant l'ordre public substantiel³⁹²⁸. Par exemple, dans un arrêt de 2013³⁹²⁹, la Cour de cassation a considéré que le juge ne peut procéder à la requalification d'office d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée en se fondant l'article L. 1242-1 du Code du travail définissant le contrat de travail à durée déterminée³⁹³⁰ car les dispositions prévues par cet article et les articles suivants du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation. L'arrêt de la cour d'appel fut donc censuré au visa des articles L. 1242-1 du Code du travail et 12 du Code de procédure civile. Autrement dit, le juge ne peut procéder à la requalification du contrat de travail que si le salarié en a fait la demande. L'ordre public de protection ferait échec à l'obligation pourtant faite au juge par l'article 12 du Code de procédure civile de requalifier les faits et les actes litigieux. Cette position a depuis été confirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans les mêmes termes par un arrêt plus récent de 2020³⁹³¹. En matière sociale, l'office du juge est donc déterminé par la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

³⁹²⁵ Philippe MALAURIE, « L'office du juge et les moyens d'ordre public », *D.*, 1956, p. 517. L'auteur nuance cependant cette idée dans ces mêmes travaux.

³⁹²⁶ Soraya AMRANI-MEKKI, Loïc CADIET, Jacques NORMAND, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2020, n° 388.

³⁹²⁷ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 288, p. 263.

³⁹²⁸ V. quelques ex. d'exceptions de procédure et de fins de non-recevoir spécifiques au droit des contrats, v. *infra* n°s 893 et 897. V. *supra* n°s 112s pour une étude de la manifestation de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit substantiel.

³⁹²⁹ Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ.* V, 2013, n° 45, *Dr. soc.* 2013, p. 576, obs. S. TOURNAUX ; *JCP Social*, n° 28, 2013, p. 1293, F. BOUSEZ ; *JCP Social*, n° 10, 2013, p. 108, N. LÉGER ; *Gaz. Pal.*, 7 mars 2013, n° 66, C. BERLAUD.

³⁹³⁰ Art. L. 1242-1 C. travail : « *Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

³⁹³¹ Soc., 20 sept. 2020, n° 18-24337, inédit, *LEDIU*, n° 8, 2018, p. 5, B. DERRAR.

Au-delà des droits internes du contrat, le droit de la consommation issu du droit de l'Union Européenne est particulièrement riche de règles touchant à l'ordre public et devant être relevées d'office par les juges aussi bien français qu'anglais.

b) Le relevé d'office d'un moyen tiré du droit de la consommation

909. La restriction de l'office du juge par la Cour de cassation. La Cour de Justice de l'Union Européenne a apporté de nombreuses précisions quant aux pouvoirs et devoirs étendus des juges nationaux lorsqu'il s'agit de sanctionner les clauses abusives ainsi que le manquement du professionnel à ses obligations. La Cour de cassation avait néanmoins initialement développé sa propre jurisprudence sur la question du relevé d'office des dispositions issues du droit de la consommation. La Haute juridiction considérait initialement que le juge ne pouvait pas relever d'office un moyen fondé sur des dispositions d'ordre public tirées du droit de la consommation. Dans un arrêt de 2000³⁹³², elle eut à se prononcer sur un pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une cour d'appel ayant retenu d'office, et en l'absence de comparution de l'emprunteur, que les pièces produites lors des débats ne permettaient pas de s'assurer de la régularité de l'offre de location d'un véhicule avec option d'achat dont les conditions sont définies aux articles L. 311-2 et suivants du Code de la consommation. Les juges du fond avaient débouté de sa demande en paiement le professionnel. La Cour de cassation cassa l'arrêt au visa des mêmes articles en précisant que « *la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger. Dès lors elle ne peut être soulevée d'office par le juge devant lequel le bénéficiaire n'a pas comparu* »³⁹³³. Le relevé d'office de la méconnaissance des dispositions du droit de la consommation était donc conditionné à la comparution du consommateur devant la juridiction. La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008³⁹³⁴ avait ensuite créé un article L. 141-4, aujourd'hui devenu l'article R. 632-1 du Code de la consommation, permettant au juge de relever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation dans les litiges nés de son application et mettant fin à cette jurisprudence en matière consumériste.

910. Le relevé d'office de l'existence d'une clause abusive. Les décisions de la CJCE, puis de la CJUE, ont considérablement accru les pouvoirs et les obligations des juges nationaux en matière de droit de la consommation, ce qui a eu pour effet d'augmenter le degré de protection dont bénéficie le consommateur, notamment à travers la censure active des clauses

³⁹³² Civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, n° 98-12713, *Bull. civ.* I, 2000, n° 49, p. 34, *RTD com.*, 2000, p. 705, B. BOULOC ; *D.* 2000, p. 275, C. RONDEY.

³⁹³³ V. dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *JCP E*, n° 41, 2004, p. 1479, Y. DAGORNE-LABBE ; *D.*, 2004, p. 947, V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.*, 2004, p. 358, D. LEGAIS.

³⁹³⁴ Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 2008.

abusives. La CJCE a ainsi imposé aux juges nationaux de relever d'office le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat par un professionnel avec un consommateur³⁹³⁵. La règle fut rappelée de nombreuses fois³⁹³⁶. Dans un arrêt de 2009³⁹³⁷, dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation, la Cour a considéré que « *le rôle qui est ainsi attribué par le droit communautaire au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ». La Cour de cassation a ainsi dû adapter sa jurisprudence. Dans un arrêt de 2018³⁹³⁸, elle censura l'arrêt d'une cour d'appel pour ne pas

³⁹³⁵ CJUE, ERSTE Bank Hungary Zrt c. Attila Sugár, 1^{er} oct. 2015, aff. C-32/14, *Europe*, n° 5, 2019, comm. 216, S. CAZET ; *Europe*, n° 5, 2019, comm. 188, A. RIGAUX ; *JCP G*, n° 14, 2019, 379, D. BERLIN.

³⁹³⁶ CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, n° 38, *D.*, 2006, p. 1744, H. AUBRY ; *D.*, 2006, p. 2910, V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2006, p. 3026, T. CLAY ; *D.*, 2007, p. 2562, L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD civ.*, 2007, p. 113, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2007, p. 633, P. THÉRY ; CJCE, Rampion c. Franfinance SA, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *D.*, 2008, p. 458, H. CLARET ; *RTD com.*, 2008, p. 403, D. LEGEAIS ; *CCC*, n° 12, 2007, comm. 310, G. RAYMOND ; *Europe*, n° 12, 2007, comm. 352, A. RIGAUX ; *Procédures*, n° 3, 2008, comm. 79, C. NOURISSAT ; *JCP G*, n° 7, 2008, II 10031, G. PAISANT ; CJUE, Karel de Grote, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *D.*, 2018, p. 1068 ; *D.*, 2019, p. 607, H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ contrat*, 2018, p. 333, V. LEGRAND ; *RDC*, n° 4, 2018, p. 588, J.-D. PELLIER ; *JCP E*, n° 21, 2018, act. 402 ; *Europe*, n° 7, 2018, comm. 281, É. DANIEL ; *CCC*, n° 7, 2018, comm. 141, S. BERHEIM-DESVAUX ; *RLDA*, n° 139, 2018, p. 11. CJUE , Györgyné Lintner, 10 mars 2020, aff. C-511/17, *JCP G*, n° 13, 2020, act. 390, D. BERLIN ; *D.*, 2020, p. 1394, G. POISSONNIER ; *Gaz. Pal.*, n° 30, 2020, p. 35, S. PIÉDELIÈVRE ; *Europe*, n° 5, 2020, comm. 169, M. ABENHAÏM ; *CCC*, n° 6, 2020, comm. 105, S. BERHEIM-DESVAUX ; CJUE, Kancelaria Médius, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Gaz. Pal.*, n° 30, 2020, p. 35, S. PIÉDELIÈVRE ; *CCC*, n° 7, 2020, comm. 116, S. BERHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 8-9, 2020, comm. 273, D. SIMON ; CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a., 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *CCC*, n° 4, 2023, comm. 68, S. BERHEIM-DESVAUX ; *CCC*, n° 7, 2022, comm. 126, S. BERHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 7, 2022, comm. 252, V. BASSANI-WINCKLER ; *D.*, 2023, p. 616, H. AUBRY ; *D.*, 2022, p. 1162, G. POISSONNIER ; CJUE, Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *D.*, 2023, p. 1282, A. LEBORGNE ; *D.*, 2023, p. 616, H. AUBRY ; *D.*, 2022, p. 1162, G. POISSONNIER ; *CCC*, n° 7, 2022, comm. 126, S. BERHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 7, 2022, comm. 252, V. BASSANI-WINCKLER ; *JCP N*, n° 5, 2023, 1022, P. SIMLER ; *JCP E*, n° 10, 2023, 1069, P. SIMLER.

³⁹³⁷ CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györffi, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *D.*, 2009, p. 2312, G. POISSONNIER ; *RTD civ.*, 2009, p. 684, P. RÉMY-CORLAY ; *RTD civ.*, 2010, p. 169, N. FRICERO ; *RTD civ.*, 2010, p. 790, H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD com.*, 2009, p. 794, D. LEGEAIS ; *Procédures*, n° 12, 2009, comm. 275, C. NOURISSAT ; *JCP G*, n° 42, 2009, act. 336, G. PAISANT ; *JCP G*, n° 51, 2009, 574, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, n° 5, 2010, doct. 135, M. ATTAL ; *JCP E*, n° 42, 2009, 1970, L. RASCHEL ; *Europe*, n° 8-9, 2009, n° 334, note V. MICHEL et M. MEISTER ; *JCP G*, 2009, n° 43, 369, Y.-M. SERINET ; *JCP G*, n° 25, 2009, act. 27, F. PICOT ; *RDC*, n° 1, 2010, p. 59, O. DESHAYES ; *RDC*, n° 4, 2009, p. 1467, C. AUBERT DE VINCELLES ; *LEDC*, n° 8, 2009, p. 6, G. GUERLIN ; *RLDA*, n° 40, 2009, n° 2422, C. ANADON ; *RLDC*, n° 63, 2009, n° 3524, V. MAUGERI. V. aussi au sujet d'une clause compromissaire abusive : CJCE, 6 oct. 2009, Asturcom Telecomunicaciones, aff. C-40/08, *D.*, 2009, p. 2959, T. CLAY ; *Gaz. Pal.*, 17-18 fév. 2010, p. 12, note POISSONNIER ET TRICOIT ; *RTD civ.*, 2009, p. 684, RÉMY-CORLAY ; *RDC*, 2010, p. 648, C. AUBERT DE VINCELLES.

³⁹³⁸ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *D.*, 2019, p. 57, J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.*, 2019, p. 607, H. AUBRY ; *AJDI*, 2019, p. 454, J. MOREAU ; *RTD com.*, 2019, p. 194, D. LEGEAIS ; *D.*, 2018, p. 583, H. AUBRY ; *CCC*, n° 1, 2019, comm. 15, S. BERHEIM-DESVAUX ; *RD banc. fin.*, n° 1, 2019, comm. 4, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 7, 2019, 1070, note G. POISSONNIER ; *JCP G*, n° 50, 2018, 1304, note P. MÉTAIS et É. VALETTE ; *AJ contrat*, n° 12, 2018, 542, note G. MÉGRET ; *RD banc. fin.*, n° 2, 2019, comm. 47, D. LEGEAIS. V. dans le même sens concernant une clause d'indexation : Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77, *D.*, 2017, p. 2176, D. R. MARTIN ; *D.*, 2018, p. 583, H. AUBRY ; *D.*, 2017, p. 1893, C. KLEINER ; *RTD civ.*,

avoir recherché le caractère abusif de la clause qui figurait dans un contrat de prêt et qui autorisait la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues en cas de déclaration inexacte de la part de l'emprunteur car cela constituait une violation de l'article L. 212-1 du Code de la consommation alors applicable.

La ligne directrice donnée par le droit de l'Union quant à l'office du juge national en matière de clauses abusives a posé des problématiques spécifiques en droit français concernant le principe de concentration des prétentions en appel posé par l'article 910-4 du Code de procédure civile. Dans un arrêt de 2022³⁹³⁹, la Cour de cassation eut à se prononcer sur l'articulation entre l'obligation faite aux juges nationaux d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur et l'obligation faite aux plaideurs, par l'article 910-4 du Code de procédure civile, de présenter au stade de l'appel toutes leurs prétentions dans leur tout premier jeu de conclusions visé aux articles 905-2, 908 et 910 du même Code. La Haute juridiction précisa qu'il se déduisait des articles 7§1 de la directive relative aux clauses abusives, L. 212-1 du Code de la consommation et 910-4 du Code procédure civile que « *le principe de concentration temporelle des prétentions posé par le troisième de ces textes ne s'oppose pas à l'examen d'office du caractère abusif d'une clause contractuelle par le juge national, qui y est tenu dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ». Le juge national est donc tenu d'examiner d'office le caractère abusif de la clause litigieuse³⁹⁴⁰, quand bien même cet argument serait soulevé postérieurement

2017, p. 383, H. BARBIER ; *AJ contrat*, 2017, p. 278, B. BRIGNON ; *AJDI*, 2017, p. 596, J. MOREAU ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2018, 90, D. LEGEAS ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2017, 144, T. SAMIN et S. TORCK ; *CCC*, n° 6, 2017, 136, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G*, n° 19-20, 2017, 532 T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 15, F. DANOS ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 107, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 16, 2017, 461, S. PIÉDELIEVRE ; *JCP E*, n° 16, 2017, 1158, S. PIÉDELIEVRE ; *Civ. 1^{ère}*, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *D.*, 2017, p. 1859 S. CANAS ; *RTD com.*, 2017, p. 409, D. LEGEAS ; *D.*, 2017, p. 2176, D. R. MARTIN ; *D.*, 2018, p. 583, H. AUBRY ; *D.*, 2017, p. 1893, C. KLEINER ; *RTD civ.*, 2017, p. 383, H. BARBIER ; *AJ contrat*, 2017, p. 278, B. BRIGNON ; *AJDI*, 2017, p. 596, J. MOREAU ; *RTD com.*, 2017, p. 409 D. LEGEAS ; *JCP E*, n° 20, 2017, 1267 J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2017, 144, T. SAMIN et S. TORCK ; *CCC*, n° 6, 2017, 136, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G*, n° 19-20, 2017, 532 T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 15, F. DANOS ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2017, 107, N. MATHEY ; *JCP E*, n° 16, 2017, 461, S. PIÉDELIEVRE ; *Civ. 1^{ère}*, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87, *RTD eur.*, 2019, p. 410, A. JEAUNEAU ; *D.*, 2018, p. 2106, D. R. MARTIN ; *D.*, 2019, p. 607, H. AUBRY ; *D.*, 2019, p. 279, M. MEKKI ; *Europe*, n° 2, 2019, 1, S. BARBOU DES PLACES, A.-S. CHONE-GRIMALDI ; *RD bancaire et fin.*, n° 1, 2019, 3, N. MATHEY.

³⁹³⁹ *Civ. 1^{ère}*, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *RTD com.*, 2022, p. 630, D. LEGAIS ; *RDI*, 2022, p. 513, J. BRUTTIN ; *JCP E*, n° 28, 2022, 1252, É. VALETTE et J. GRASSO ; *JCP E*, n° 28, 2022, 1253, N. MATHEY ; *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2022, 80, N. MATHEY ; *CCC*, n° 4, 2022, 69, S. BERNHEIM-DESVAUX.

³⁹⁴⁰ Cette obligation s'étend au juge de l'exécution saisi d'une contestation relative à la créance dont le recouvrement est poursuivi sur le fondement d'un titre exécutoire relatif à un contrat, « *même en présence d'une précédente décision revêtue de l'autorité de la chose jugée sur le montant de la créance, sauf lorsqu'il ressort de l'ensemble de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge s'est livré à cet examen* », cf. *Civ. 2^{ème}*, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Gaz. Pal.*, n° 25, 2023, p. 37, L. LAUVERGNAT ; *LEDC*,

aux premières conclusions de l'appelant ou de l'intimé. Une telle règle a pour effet d'atténuer le principe de concentration des prétentions issu du droit français, de favoriser la protection du consommateur et de faire peser sur le juge une obligation constante d'examen du caractère abusif des clauses contractuelles conclues entre un professionnel et un consommateur.

911. Une obligation particulièrement étendue. La Cour de Justice de l'Union Européenne a étendu considérablement les obligations pesant sur les juges nationaux en matière de relevé d'office du caractère abusif des clauses dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. En effet, dans un arrêt de 2010³⁹⁴¹, elle a également précisé que le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause entre dans le champ d'application de la directive 93/13/CEE et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause. Plus précisément, la Cour a jugé que « *le juge national doit, au premier stade de son examen, dans tous les cas et quelles que soient les règles de droit interne, déterminer si la clause litigieuse a fait ou non l'objet d'une négociation individuelle entre un professionnel et un consommateur* »³⁹⁴² en raison de la situation « *d'inégalité entre le consommateur et le professionnel qui ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat* »³⁹⁴³. Le juge national a donc l'obligation particulièrement étendue de garantir la protection du consommateur ayant conclu un contrat avec un professionnel. Ce rôle accru en matière de protection du contractant consommateur a été étendu à d'autres domaines que celui des clauses abusives.

912. Le manquement du professionnel à ses obligations. Dans un arrêt récent de 2020³⁹⁴⁴, la CJUE fut saisie d'un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation des articles 8 et 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs³⁹⁴⁵. L'article 8 impose aux États membres

n° 6, 2023, p. 3, C.-M. PÉGLION-ZIKA ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2023, p. 8, S. PIÉDELIÈVRE ; *D.*, 2023, p. 1282, J.-D. PELLIER.

³⁹⁴¹ CJUE, 9 nov. 2010, Ferenc Schneider, aff. C-137/08, *D.*, 2011, p. 974, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD eur.*, 2011, p. 173, L. COUTRON ; *ibid.* 632, obs. C. AUBERT DE VINCELLES. V. aussi : CJUE, 7 nov. 2019, Profi Credit Polska S.A. c. Bogumiła Włostowska e.a. et Profi Credit Polska S.A. c. OH, aff. C-419/18 et C-483/18, *D.* 2019, p. 2132 ; *Europe*, n° 1, 2020, 29, F. PÉRALDI-LENEUF ; *CCC*, 2020, chron. 1, C. AUBERT DE VINCELLES ; *Europe*, n° 8-9, 2020, 273, D. SIMON ; *Europe*, n° 5, 2020, 169, M. ABENHAÏM.

³⁹⁴² *Ibid.*, n° 56.

³⁹⁴³ *Ibid.*, n° 48.

³⁹⁴⁴ CJUE, OPR-Finance s.r.o. c. GK, 5 mars 2020, aff. C-679/18, *D.*, 2021, p. 594, H. AUBRY ; *JCP E*, n° 39, 2020, 1356, G. POISSONNIER ; *Europe*, n° 5, 2020, comm. 167, V. MICHEL.

³⁹⁴⁵ *JOUE* du 22 mai 2008, L133.

de s'assurer que « le prêteur évalue la solvabilité du consommateur, à partir d'un nombre suffisant d'informations » et l'article 23 leur impose de mettre en place des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » en cas de manquement du prêteur à cette obligation. La CJUE précisa que « la protection effective du consommateur ne pourrait être atteinte si le juge national n'était pas tenu, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'examiner d'office le respect de l'obligation du prêteur » et « sans attendre que le consommateur présente une demande à cet effet, de tirer toutes les conséquences qui découlent selon le droit national d'une telle violation, sous réserve du respect du principe du contradictoire »³⁹⁴⁶. Autrement dit, le juge national est tenu de relever d'office le manquement du prêteur professionnel à son obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur consommateur et d'appliquer les sanctions prévues par le droit national quand bien même le consommateur n'aurait pas formulé une telle demande³⁹⁴⁷.

913. Le relevé obligatoire de la qualité de consommateur. Une décision allant également dans le sens de l'accroissement des obligations et prérogatives du juge national avait été rendue en 2015³⁹⁴⁸ en matière de garantie de conformité due à l'acquéreur consommateur. La directive du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation³⁹⁴⁹ est favorable au consommateur puisqu'elle prévoit que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont, en principe, présumés exister au moment de la délivrance. Or la CJUE a précisé que la directive « doit être interprétée en ce sens que le juge national saisi d'un litige portant sur un contrat susceptible d'entrer dans le champ d'application de cette directive est tenu, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ou peut en disposer sur simple demande d'éclaircissement, de vérifier si l'acquéreur peut être qualifié de consommateur au sens de ladite directive, même si ce dernier n'a pas invoqué cette qualité »³⁹⁵⁰.

³⁹⁴⁶ CJUE, OPR-Finance s.r.o. c. GK, 5 mars 2020, aff. C-679/18, n^{os} 23 et 24.

³⁹⁴⁷ V. déjà : CJUE, Ernst Georg Radlinger et Helena Radlingerová c. Finway a. s., 21 avril 2016, aff. C-377/14. D. 2016. 1744, note H. AUBRY ; *ibid.*, 2017. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

³⁹⁴⁸ CJUE, Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV, 4 juin 2015, aff. C-497/13, D. 2016. 617, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Resp. civ. et assur.*, n^o 9, 2015, 26 -C. COULON ; *Europe*, n^o 8-9, 2015, 337, A. BOUVERESSE.

³⁹⁴⁹ Directive n^o 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE* du 7 juill. 1999, L171.

³⁹⁵⁰ CJUE, Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV, 4 juin 2015, aff. C-497/13, n^o 48, D. 2016. 617, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Resp. civ. et assur.*, n^o 9, 2015, 26 -C. COULON ; *Europe*, n^o 8-9, 2015, 337, A. BOUVERESSE.

Les illustrations étudiées d'un office étendu imposé au juge en matière consumériste montrent que le juge intervient indéniablement au nom de la justice contractuelle qui passe par la protection du consommateur, élevée par le droit de l'Union Européenne au rang de principe essentiel³⁹⁵¹. Cette intervention prend la forme d'un rôle très actif du juge dans le raisonnement juridique applicable au litige.

914. Le relevé d'office d'un moyen de droit encadré par l'objet du litige. En revanche, la Cour de Justice a précisé dans un arrêt de 2020³⁹⁵² que les juges nationaux ne sont pas tenus de relever d'office le manquement du professionnel ou la nullité de la clause « *en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande* » car l'initiative du litige doit demeurer entre les mains des parties³⁹⁵³. Concrètement, le juge national n'est pas tenu d'examiner d'office et individuellement l'ensemble des clauses contractuelles, qui n'ont pas été attaquées par le consommateur, afin de vérifier si elles peuvent être considérées comme abusives, mais doit examiner seulement celles qui sont liées à l'objet du litige, tel que ce dernier a été délimité par les parties. L'obligation de relever d'office des moyens de droit issus de la législation consumériste se heurte donc à l'immutabilité de l'objet du litige, qui demeure un principe prépondérant dans la détermination des contours de l'office du juge en matière de relevé d'office des moyens de droit. Cela est également vrai lorsque le moyen de droit est issu du seul droit interne, puisque le délai de prescription même d'ordre public ne peut faire l'objet d'un relevé d'office par le juge³⁹⁵⁴. Un tel constat laisse deviner que l'ordre public n'est peut-être pas le meilleur critère pour comprendre les contours de l'office du juge en matière de relevé d'office.

915. Un critère inopérant. Selon certains auteurs, le caractère d'ordre public de la loi n'a pas d'incidence sur le pouvoir du juge de relever d'office son application³⁹⁵⁵. L'article 6 du

³⁹⁵¹ Art. 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, *JOUE* du 26 oct. 2002, C326/391 : « *Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union* ».

³⁹⁵² CJUE, Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *D. actu.*, 30 mars 2020, obs. J.-D. PELLIER ; CCC, n° 6, 2020, comm. 105, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 5, 2020, comm. 169, M. ABENHAÏM ; *D.*, 2020, p. 1394, G. POISSONNIER.

³⁹⁵³ V. déjà : CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, n°s 19 et 20, *D.*, 2010, p. 797, note POILLOT ; *Gaz. Pal.*, 10-11 févr. 2010, note S. PIEDELIÈVRE ; *Europe*, 2010, n° 88, note L. IDOT ; *RDC*, 2010, p. 652, note C. AUBERT DE VINCELLES ; *JCP G*, 2010, 64, note F. PICOD ; *JCP E*, 2010, 1290, obs. L. IDOT.

³⁹⁵⁴ V. *supra* n° 897, sauf en matière consumériste, v. *supra* n° 898.

³⁹⁵⁵ Frédérique EUDIER, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, 2005, LGDJ, n° 42, p. 260 ; Olivier GOUT, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *D.*, 2003, p. 549, n° 8 : « *le caractère d'ordre public des dispositions violées n'influe pas sur les pouvoirs du juge* ».

Code civil indique d'ailleurs explicitement : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'article 1102 du même Code précise : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* » et l'article 1162 rappelle la même règle : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». En réalité, la conséquence qu'une règle appartienne à l'ordre public réside uniquement dans l'impossibilité pour les particuliers de renoncer à son application³⁹⁵⁶. La question de l'étendue des prérogatives et des obligations du juge n'est donc pas utilement tranchée par la qualification d'ordre public de certaines dispositions. La doctrine majoritaire considère que le caractère obligatoire du relevé d'office du moyen de droit ne devrait pas dépendre du caractère d'ordre public de celui-ci³⁹⁵⁷. Il convient de revenir à l'affirmation d'Henri MOTULSKY : « *Le juge est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi, et non pas parce qu'elle est d'ordre public* »³⁹⁵⁸. À défaut, ce serait considérer qu'il existe une hiérarchie au sein des lois ordinaires selon laquelle certaines méritent d'être relevées d'office par le juge et d'autres non. Le courant doctrinal majoritaire adopte indéniablement une conception étendue de l'office du juge et conduit inmanquablement à alourdir sa tâche, mais cette définition des prérogatives et obligations du juge semble la plus conforme à sa mission principale telle qu'elle est posée par l'article 12 du Code de procédure civile : « *le juge tranche le litige selon les règles qui lui sont applicables* ». Le juge demeurant tenu de respecter le principe dispositif, c'est cette considération qui doit guider le choix du critère opérant pour déterminer l'étendue de l'office du juge en matière de relevé d'office des moyens de droit.

916. Le critère plus pertinent du moyen de pur droit. Outre les difficultés que pose la qualification d'ordre public de certains moyens qui demeure entre les mains du juge³⁹⁵⁹, un autre argument pousse à abandonner ce critère comme élément de détermination de l'étendue de l'office du juge en matière de relevé d'office des moyens. Le juge qui veut soulever d'office

³⁹⁵⁶ Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, n° 300, p. 272 : « *La sanction naturelle de l'ordre public et des bonnes mœurs est la nullité des conventions qui iraient à leur encontre* ».

³⁹⁵⁷ Frédérique EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Université de Rouen, 1994, dactyl., n° 38, p. 55, et n° 47, pp. 67s ; Thierry BONNEAU et Annick DORSNER-DOLIVET, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986. chron. pp. 63 et 64 ; Jacques HÉRON, « Rapport français sur l'ordre public dans le procès », in *L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLIX, 2001, LGDJ, n° 14, p. 953 ; Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 586, p. 487.

³⁹⁵⁸ Henri MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. 235, n° 25.

³⁹⁵⁹ V. *supra* n° 888.

un moyen, même d'ordre public, ne peut le faire que si, notamment, il peut soulever ce moyen en se fondant uniquement sur les faits dans le débat³⁹⁶⁰. Par conséquent, le vrai critère de détermination des contours de l'office du juge ne réside pas dans l'ordre public : la question est de savoir si le moyen est de pur droit. Dans un tel cas, le juge doit avoir l'obligation de relever d'office son application, peu important qu'il relève de l'ordre public ou non³⁹⁶¹. L'article 12 du Code de procédure civile commande au juge de relever le moyen dit de pur droit, c'est-à-dire dans le respect de l'article 7 du même Code, applicable au litige³⁹⁶². Le critère du moyen de pur droit³⁹⁶³ pour délimiter l'office du juge en matière de relevé d'office correspond à la solution la plus efficace pour garantir l'égalité de traitement des justiciables quels que soient leurs moyens financiers, et quel que soit le degré de diligence et de compétence de leur conseil.

³⁹⁶⁰ V. *supra* n° 851.

³⁹⁶¹ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Lucie MAYER, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2022, n° 586, p. 488.

³⁹⁶² Thierry BONNEAU et Annick DORSNER-DOLIVET, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986. chron. 59, p. 65.

³⁹⁶³ V. *supra* n° 849.

Conclusion du Chapitre 2

917. Le principe du contradictoire en France et en Angleterre. Les contours de l'office du juge français et de l'office du juge anglais en matière de faits et de droit conduisent à un constat : en Angleterre, le procès civil est conçu comme un affrontement entre deux parties tant sur le plan des faits que du droit. Cela se manifeste notamment, en matière de faits, à travers les procédures d'*examination* et *cross-examination* et, en ce qui concerne le droit, à travers la tâche pesant sur l'avocat d'exposer l'entièreté du droit positif au juge qui ne dispose pas de la faculté de relever d'offices des moyens. Le débat entre les parties³⁹⁶⁴, qu'il porte sur les faits ou le droit, est donc particulièrement important. De l'échange contradictoire est censée jaillir la vérité du litige. En réalité, le droit anglais de la procédure est si fortement imprégné du principe dispositif selon lequel le procès est la chose des parties qu'il paraît alors cohérent que le juge soit particulièrement en retrait. En revanche, en France, le droit de la procédure civile manifeste des inspirations plus nuancées. Le juge français peut être tenu à l'écart, aussi bien du fait que du droit à travers l'interdiction stricte de modification de l'objet du litige, ou au contraire se voir octroyer des prérogatives importantes dans les deux domaines, par exemple en ordonnant des mesures d'instruction ou en exerçant la faculté de relever d'office des moyens de droit.

918. L'inopportunité de la reconnaissance d'une simple faculté. Une réflexion s'impose sur l'opportunité de la simple faculté octroyée au juge français de relever les moyens de droit. Le juge n'ayant qu'une faculté de relever d'office certains moyens de droit, il est tenu de requalifier les faits litigieux, par exemple un vice caché en défaut de conformité, mais il peut s'arrêter au milieu du raisonnement sans relever d'office l'application de la responsabilité contractuelle pour manquement du vendeur à l'obligation de délivrance. Le juge doit non seulement pouvoir modifier la dénomination juridique de la demande ainsi que son fondement, mais devrait même en avoir l'obligation. Le choix opéré par la Cour de cassation de retenir une faculté de relever d'office les moyens de droit qui ne sont pas d'ordre public a pour conséquence une rupture d'égalité des justiciables devant les tribunaux³⁹⁶⁵ puisque le déroulement du raisonnement juridique idoine dépend de la diligence et des moyens temporels et humains dont disposera la juridiction. Qui dit faculté dit disparité entre les juridictions et donc traitement potentiellement inégal des justiciables se trouvant pourtant dans des situations identiques. Or l'un des premiers facteurs de la justice réside dans le traitement égal des situations identiques.

³⁹⁶⁴ Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t.1, PUAM, 2013, n° 194, p. 356.

³⁹⁶⁵ V. *supra* n° 854.

Lorsque l'office étendu n'est que proposé au juge, certaines juridictions, par manque de moyens financiers et humains ainsi que par manque de temps, s'en tiendront à l'office restreint.

Outre une rupture d'égalité entre les justiciables, l'existence d'une simple faculté n'est pas au service de l'accomplissement par le juge de son office tel qu'il est défini par l'article 12 du Code de procédure civile. Il paraît étonnant d'admettre que le juge relève une qualification juridique, qu'il soit même obligé de le faire, mais qu'il soit autorisé à ne tirer aucune conséquence juridique de cette qualification³⁹⁶⁶. En l'état actuel du droit positif, le juge n'est pas entièrement tenu de trancher le litige « conformément aux règles qui lui sont applicables » mais conformément aux seules règles dont l'application est proposée par les parties³⁹⁶⁷. Ne faudrait-il pas envisager un système entièrement binaire fondé exclusivement sur une dynamique d'obligations et interdictions ? L'obligation serait certainement préférable car elle constitue l'option permettant le meilleur respect de l'office du juge, à savoir trancher le litige selon les règles qui lui sont applicables. En tout état de cause, « [la] faculté ne peut être la seule réponse »³⁹⁶⁸. Lorsque le rôle dynamique est imposé au juge, les justiciables sont assurés de recevoir un traitement égal, et le juge remplit entièrement son office puisqu'il recherche activement le raisonnement juridique idoine.

919. L'utilité contestable du moyen d'ordre public comme critère de l'office du juge : la pertinence du critère du moyen de pur droit. La grande variété de règles d'ordre public, qualification contrôlée par le juge³⁹⁶⁹, encourage à abandonner ce critère pour déterminer les contours de l'office du juge en matière de relevé d'office. En effet, le juge peut alors facilement, en contrôlant la qualification d'ordre public, décider du sort du moyen et ne pas relever d'office un moyen de droit pourtant applicable au litige et qui ne nécessite pas de se fonder sur des faits adventices. La Cour de cassation elle-même a précisé que le critère de l'appartenance d'un moyen à l'ordre public ne permet pas de saisir les contours de l'office du juge en matière de relevé d'office. Il est alors judicieux d'abandonner ce critère et de le

³⁹⁶⁶ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n° 466, p. 350.

³⁹⁶⁷ V. *supra* n° 851.

³⁹⁶⁸ Jacques NORMAND, « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD civ.*, 1991, p. 152.

³⁹⁶⁹ V. *supra* n° 888.

remplacer par un critère plus opérant : celui du moyen de pur droit. Cela constituerait un retour à une procédure civile plus inquisitoire³⁹⁷⁰, dans l'intérêt de l'égalité de tous les justiciables.

920. Revenir à la chose jugée. Ne pas avoir étendu l'obligation de relevé d'office aux moyens de droit permettant de faire droit aux prétentions des parties³⁹⁷¹ se comprend dans une logique d'éviter la surcharge des tribunaux. Néanmoins, cette restriction se justifie difficilement dans un système juridique imposant la concentration des moyens. L'arrêt Césareo a modifié l'office du juge en modifiant la définition de l'autorité de la chose jugée³⁹⁷² : la définition de la chose jugée est devenue factuelle, s'affranchissant du juridique³⁹⁷³. Revenir à la définition traditionnelle de la chose jugée permettrait de considérer qu'une « chose jugée » correspond à une situation qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle et de l'application des règles de droit idoines³⁹⁷⁴, l'un des éléments décisifs de l'office du juge. L'application stricte du principe de concentration des moyens a l'avantage d'évacuer certaines demandes inexactement fondées et donc de décharger les tribunaux, mais les conséquences sont graves pour les justiciables. Cela a d'ailleurs été reconnu par la Cour de cassation, sous l'impulsion de la CJUE, en matière de clauses abusives³⁹⁷⁵. En effet, la CJUE a apporté, par deux arrêts du 17 mai 2022, des précisions quant à l'office du juge national en matière de clauses abusives lorsqu'une décision revêtue de l'autorité de la chose a autorisé une procédure civile d'exécution. Elle a d'abord retenu que l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle, en soi, à ce que le juge national soit tenu d'apprécier, sur la demande des parties ou d'office, le caractère éventuellement abusif d'une clause, même au stade d'une mesure d'exécution forcée, si cet examen n'a pas été effectué par les premiers juges dont la décision est revêtue de l'autorité de

³⁹⁷⁰ Jacques NORMAND, « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *RTD civ.*, 1998, p. 461.

³⁹⁷¹ Qui est une simple faculté, v. *supra*. La question est d'autant plus légitime qu'Henri MOTULSKY faisait remarquer que l'art. 12 ne distingue pas selon que le moyen est d'ordre public ou non ; il n'y a pas lieu de faire une distinction là où la loi n'en fait pas.

³⁹⁷² Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n^{os} 496s, pp. 383s.

³⁹⁷³ Outre l'identité de parties, la demande est maintenant identique lorsque les faits, non juridiquement qualifiés, sont les mêmes, et l'objet de la demande, c'est-à-dire la finalité concrète recherchée, est le même.

³⁹⁷⁴ Morgane REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, vol. 169, Dalloz, coll. NBT, 2017, n^{os} 496s, pp. 383s.

³⁹⁷⁵ Com., 8 fév. 2023, n^o 21-17763, *Bull. civ.* IV, 2023, p. 142, *JCP E*, n^o 7, 2023, act. 189 ; *RD bancaire fin.*, n^o 3, 2023, comm. 69, N. MATHEY ; *JCP G*, n^o 12, 2023, act. 386, M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RD bancaire fin.*, n^o 2, 2023, comm. 51, S. PIÉDELIÈVRE ; *Act. proc. coll.*, n^o 6, 2023, alerte 71, K. SALHI ; *CCC*, n^o 4, 2023, comm. 68, S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RD bancaire fin.*, n^o 3, 2023, comm. 104, C. HOUIN-BRESSAND ; *Europe*, n^o 7, 2023, chron. 4, A.-S. CHONE-GRIMALDI ; *D.*, 2023, p. 1430, S. BARBOT ; *RTD com.*, 2023, p. 449, A. MARTIN-SERF ; *Gaz. Pal.*, n^o 23, 2023, p. 13, J.-J. ANSAULT ; *LPA*, n^o 6, 2023, p. 53, C. CALMETTES ; *Gaz. Pal.*, n^o 7, 2023, p. 24, C. BERLAUD ; *LEDEN*, n^o 4, 2023, p. 3, P. RUBELLIN.

la chose jugée³⁹⁷⁶. Ensuite, la CJUE a précisé que le juge de l'exécution est tenu d'examiner, même d'office, le caractère abusif des clauses contractuelles qui ont servi de fondement à une injonction de payer octroyée par un premier juge dont la décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée³⁹⁷⁷. Dans son arrêt du 8 février 2023, la chambre commerciale a retenu qu'avait méconnu le premier aliéna de l'article 132-1 du Code de la consommation³⁹⁷⁸, le juge de l'exécution qui n'avait pas, à la demande formulée pour la première fois devant lui par le consommateur, examiné le caractère abusif de la clause d'exigibilité anticipée des prêts notariés fondant la saisie immobilière litigieuse, alors même que le juge-commissaire ne s'était pas livré à cette appréciation dans sa décision revêtant l'autorité de la chose jugée. La décision a depuis été confirmée par d'autres chambres de la Haute juridiction³⁹⁷⁹.

Ce tempérament à la concentration des moyens et ce recul de l'autorité de la chose jugée amorcés en matière consumériste montrent les limites du principe de concentration. Ce dernier est susceptible d'empêcher, *in fine*, le justiciable d'obtenir l'application du droit applicable à sa situation. Cela revient à traiter le symptôme et non la cause, en niant le véritable sens de l'article 12 du Code de procédure civile. Or il est difficilement acceptable d'interpréter les dispositions législatives à la lumière des moyens limités octroyés à la justice étatique. Cela doit nécessairement amener à s'interroger sur l'attribution aux tribunaux des moyens adaptés pour assurer leur bon fonctionnement et permettre aux juges de remplir pleinement leurs missions.

³⁹⁷⁶ CJUE, Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *D.*, 2023, p. 1282, A. LEBORGNE ; *D.*, 2023, p. 616, H. AUBRY ; *D.*, 2022, p. 1162, G. POISSONNIER ; *CCC*, n° 7, 2022, comm. 126, S. BERHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 7, 2022, comm. 252, V. BASSANI-WINCKLER ; *JCP N*, n° 5, 2023, 1022, P. SIMLER ; *JCP E*, n° 10, 2023, 1069, P. SIMLER.

³⁹⁷⁷ CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *CCC*, n° 4, 2023, comm. 68, S. BERHEIM-DESVAUX ; *CCC*, n° 7, 2022, comm. 126, S. BERHEIM-DESVAUX ; *Europe*, n° 7, 2022, comm. 252, V. BASSANI-WINCKLER ; *D.*, 2023, p. 616, H. AUBRY ; *D.*, 2022, p. 1162, G. POISSONNIER.

³⁹⁷⁸ Devenu l'al. 1^{er} de l'art. 212-1 du C. conso.

³⁹⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *JCP G*, n° 26, 2023, act. 799, C. LAPORTE ; *RD bancaire fin.*, n° 4, 2023, comm. 134, S. PIÉDELIÈVRE ; *Procédures*, n° 6, 2023, comm. 172, R. LAHER ; *CCC*, n° 6, 2023, comm. 105, S. BERHEIM-DESVAUX ; *LEDC*, n° 4, 2023, p. 1, C.-M. PÉGLION-ZIKA ; *Gaz. Pal.*, n° 25, 2023, p. 37, L. LAUVERGNAT ; *Gaz. Pal.*, n° 22, 2023, p. 8, S. PIÉDELIÈVRE ; *D. actu.*, 19 avril 2023, DARGENT.

Conclusion du Titre 2

921. Des moyens en adéquation avec l'office du juge. Il est, d'une part, souhaitable afin de respecter l'office du juge qui est de trancher le litige en vertu des règles qui lui sont applicables, et d'autre part, bénéfique pour les justiciables, de donner aux tribunaux les moyens de faire face aux actions en justice en accordant des moyens financiers et humains plus importants au service public de la justice. Le relevé d'office dans le respect du contradictoire, qui doit en principe permettre d'établir la solution adéquate au litige et qui est l'expression de l'office du juge dans toute son étendue, ne peut être efficace dans un contexte de surcharge des tribunaux. En pratique, le magistrat peut par exemple avoir une expérience mitigée de la réouverture des débats³⁹⁸⁰ notamment car celle-ci allonge le délai du procès. De façon plus générale, la lecture qui est faite de l'office du juge du fond par la Cour de cassation semble avant tout tournée vers les objectifs de célérité de la justice et de désengorgement des tribunaux. Or, si ces éléments revêtent une importance indéniable, ils ne peuvent orienter à eux seuls les contours de l'office du juge³⁹⁸¹.

L'augmentation du nombre de magistrats, de juristes assistants et de greffiers permettrait de faire face au grand nombre de litiges dont sont saisies les juridictions françaises et de leur donner un traitement satisfaisant. D'après le rapport « Systèmes judiciaires européens. Rapport d'évaluation de la CEPEJ » publié en 2022 par la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice avec des données datant de 2020³⁹⁸², la France compte 11,2 juges professionnels pour 100 000 habitants contre 25 en Allemagne³⁹⁸³. La somme allouée au système judiciaire en

³⁹⁸⁰ Entretien avec un magistrat souhaitant rester anonyme, nov. 2022.

³⁹⁸¹ Evelyne SERVERIN, « La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion », in Emmanuel JEULAND et Laurence FLISE (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 65, 2015, p. 108 : les propos de l'auteure concernent spécifiquement les politiques d'augmentation des pouvoirs du juge en matière de direction de l'instance, par le biais notam. d'une procédure écrite simplifiée prévue par l'art. 446-2 al. 2 CPC, ou encore la multiplication des délais à respecter en matière d'appel depuis le décret n°2009-1524 du 9 déc. 2009, décret « Magendie », *JORF* n° 0287 du 11 déc. 2009, texte n° 8. Néanmoins, cette analyse est transposable à la lecture qu'a réalisé la Cour de cassation de l'art. 12 CPC à travers l'arrêt Dauvin et de la répartition des pouvoirs dans le procès civil à travers l'arrêt Césareo.

³⁹⁸² CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens. Rapport d'évaluation de la CEPEJ. Cycle d'évaluation 2022 (données 2020). Partie 1 : Tableaux, graphiques et analyse ». [En ligne] <https://rm.coe.int/cepej-rapport-2020-22-f-web/1680a86278> (page consultée le 17/01/2023)

³⁹⁸³ CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens. Rapport d'évaluation de la CEPEJ. Cycle d'évaluation 2022 (données 2020). Partie 1 : Tableaux, graphiques et analyse », p. 46. [En ligne] <https://rm.coe.int/cepej-rapport-2020-22-f-web/1680a86278> (page consultée le 17/01/2023) Cela représente une légère augmentation pour les deux pays puisqu'en 2020, la France comptait 10,9 juges professionnels pour 100 000 hab. contre 24,5 en Allemagne, cf. CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens. Rapport d'évaluation de la CEPEJ. Cycle d'évaluation 2020 (données 2018). Partie 1 : Tableaux, graphiques et analyse », p. 46. [En ligne] <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc056> (page consultée le 07/11/2022)

France est de 72,53 euros par habitant contre 140,73 en Allemagne³⁹⁸⁴. Les chiffres de l'Angleterre et de l'Ecosse pour l'année 2020 ne sont pas renseignés. En 2018, l'Angleterre et l'Ecosse comptaient 3,10 juges professionnels par tranche de 100 000 habitants³⁹⁸⁵. Ce faible chiffre s'explique surtout par la grande différence de conception de la magistrature en Angleterre : une grande partie du contentieux civil est traitée par des juges non professionnels. La valeur médiane du nombre de juges relativement au nombre d'habitants est évaluée à 17,6 juges par tranche de 100 000 habitants. La France se situe largement en-dessous. En 2020, la somme totale allouée au système judiciaire était de 69,5 euros par habitant contre 130 euros par habitant en Allemagne et 76,3 au Royaume-Uni. Le rapport « Rendre la justice aux citoyens » paru en avril 2022 à la suite des États généraux de la justice³⁹⁸⁶ confirme que les tribunaux civils ne peuvent plus faire face à l'augmentation considérable des affaires dont ils sont saisis. Le Rapport constate que « [d]ébordée, la justice civile ne parvient plus à trancher les litiges dans des conditions décentes »³⁹⁸⁷. Il explique cette situation par l'importante diminution des effectifs de magistrats chargés de traiter les litiges civils. Selon le rapport « Bilan actualisé des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives » de l'Inspection Générale de la Justice paru en juillet 2019, plus de la moitié des cours d'appel françaises sont en sous-effectif depuis 2014, les chambres de ces juridictions fonctionnant selon un « *mode dégradé* » privilégiant la réponse aux affaires urgentes et nécessitant l'adaptation constante du personnel³⁹⁸⁸. Ce rapport révèle qu'entre 2009 et 2020, l'affectation des juges au traitement des litiges civils exprimée en équivalents temps plein annuel travaillé (ETPT) de magistrats a considérablement diminué dans la grande majorité des cours d'appel³⁹⁸⁹. Le budget de la justice aurait connu une augmentation de 27,97% entre 2007 et 2017³⁹⁹⁰. Cependant, sur

³⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 20.

³⁹⁸⁵ CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens. Rapport d'évaluation de la CEPEJ. Cycle d'évaluation 2020 (données 2018). Partie 1 : Tableaux, graphiques et analyse », p. 46. [En ligne] <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc056> (page consultée le 07/11/2022)

³⁹⁸⁶ COMITÉ DES ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA JUSTICE, « Rendre la justice aux citoyens. Rapport du comité des États généraux de la justice (Octobre 2021- avril 2022) ». [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/285620.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁸⁷ COMITÉ DES ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA JUSTICE, « Rendre la justice aux citoyens. Rapport du comité des États généraux de la justice (Octobre 2021- avril 2022) », n° 1.1.1.2, p. 42. [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/285620.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁸⁸ INSPECTION GÉNÉRALE DE LA JUSTICE, « Rapport. Bilan actualisé des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives », juill. 2019, p. 45. [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/271978.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁸⁹ INSPECTION GÉNÉRALE DE LA JUSTICE, « Rapport. Bilan actualisé des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives », juill. 2019, p. 131. [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/271978.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁹⁰ COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, « Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par la

la même période, les effectifs de magistrats « *n'ont pas enregistré une progression dans des proportions comparables* »³⁹⁹¹. Selon la Cour des comptes³⁹⁹², cela s'explique notamment par « *une sous-exécution récurrente des plafonds d'emplois de magistrats* » ce qui signifie que le ministère de la justice donne rarement un plein effet à l'autorisation budgétaire et aux emplois votés en lois de finances par le législateur, ce qui empêche les augmentations des effectifs de se concrétiser. L'augmentation des effectifs prévisionnels reflète la prise en compte par le législateur de la problématique de l'insuffisance des effectifs des magistrats. Seule l'exécution fidèle de cette augmentation pourra permettre aux juges de réaliser pleinement leur office tel qu'il est fixé par le Code de procédure civile. Un projet de loi³⁹⁹³ issu des États généraux de la Justice est actuellement à l'étude par une commission mixte paritaire, dans le cadre d'une procédure législative accélérée prévue par l'article 45 de la Constitution de 1948. Le projet de loi prévoit notamment l'augmentation des moyens et humains et financiers accordés au ministère de la justice. Il faut espérer que cette nouvelle augmentation sera pleinement mise en œuvre.

mission d'information sur le redressement de la justice », n° 495, 4 avril 2017, p. 37. [En ligne] <https://www.senat.fr/rap/r16-495/r16-4951.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁹¹ INSPECTION GÉNÉRALE DE LA JUSTICE, « Rapport. Bilan actualisé des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives », juill. 2019, n° 1.4.2, p. 114. [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/271978.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁹² COUR DES COMPTES, « Rapport de la Cour des comptes Approche méthodologique des coûts de la justice. Enquête sur la mesure d'activité et l'allocation des moyens des juridictions judiciaires. Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale », déc. 2018, p. 22. [En ligne] <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-01/20190128-approche-methodologique-couts-justice.pdf> (page consultée le 17/01/2020)

³⁹⁹³ Projet de loi d'orientation et programmation du ministère de la justice 2023-2027.

Conclusion de la Partie 2

922. Le souci de la justice contractuelle à travers le contrôle du contenu du contrat.

Le juge français s'est vu octroyé de très nombreux outils juridiques qui lui permettent d'agir sur le contrat déséquilibré dès sa formation, que ce soit par l'anéantissement de ce contrat ou par sa réécriture partielle. Ces mécanismes juridiques sont multiples et variés en droit français, et ne trouvent pour certains pas d'équivalents en droit anglais. En outre, la sanction des clauses abusives, outil commun au droit français et au droit anglais, est exercée avec plus de zèle par le juge français que par le juge anglais. En ce qui concerne les déséquilibres nés lors de l'exécution du contrat, il semble que les juges français et les juges anglais montrent une grande prudence. Les contentieux de la force majeure ou de l'imprévision révèlent cette réserve judiciaire dans la mesure où ils laissent une large place à la liberté contractuelle. La consécration de la révision pour imprévision est peut-être annonciatrice d'un éventuel accroissement de l'intervention judiciaire française. En tout état de cause, elle montre une nouvelle prise en compte par le droit français des contrats d'une situation pouvant générer un important déséquilibre au sein du contrat. Globalement, la diversité des outils mis à la disposition du juge français pour rétablir l'équilibre entre les prestations des parties montrent un souci accru de justice contractuelle. Par contraste, le juge anglais semble se préoccuper beaucoup moins de remédier aux déséquilibres *ab initio*, nés d'une différence importante entre le pouvoir de négociations de chacune des parties. Une telle position révèle la survie encore aujourd'hui en droit anglais de la conception traditionnelle du contrat comme la chose des parties, tandis que le droit français a modernisé sa conception plus prendre en compte la profonde modification de la réalité contractuelle.

923. Le rôle du juge et de la justice dans la société. Le Rapport sur la Cour de cassation 2030³⁹⁹⁴ contient plusieurs propositions pour l'amélioration du fonctionnement de la Haute juridiction. Par ces propositions figure la question d' « *assurer une veille intellectuelle sur des "sujets d'intérêt public majeur"* », que la commission invite la Cour à énumérer dans une liste pour envisager des pistes de réflexion³⁹⁹⁵. La commission présente déjà quelques sujets de première importance, tels que les atteintes à l'environnement ou la révolution numérique. Le contrat ne figure pas parmi les sujets énumérés. La raison en est peut-être que le contrat a déjà

³⁹⁹⁴ André POTOCKI (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur le Cour de cassation 2030*, juill. 2021. [En ligne] <https://www.courdecassation.fr> (page consultée le 08/06/2023)

³⁹⁹⁵ *Ibid.*, n° 3.1.2, p. 59.

concentré toute l'attention à un certain moment et a déjà connu une crise considérable³⁹⁹⁶ qui réside notamment dans la remise en question du modèle traditionnel selon lequel les parties sont systématiquement en mesure de négocier à armes égales. Une nouvelle définition du contrat s'est donc faite jour, plus moderne, ce qui a incité le juge à s'immiscer plus dans la relation contractuelle afin de déceler et de corriger, par la réécriture, certaines injustices.

924. La réécriture du contrat, une nouvelle conception de la force obligatoire du contrat. Constaté que le juge dispose d'un office étendu en ce qu'il a le pouvoir en de maintes occasions de procéder à la réécriture du contrat ne signifie pas qu'il faille nécessairement s'en inquiéter. Ainsi que le fait remarquer Mustapha MEKKI, la révision est un « *moyen de protéger la pérennité du lien contractuel encore utile socialement et économiquement* »³⁹⁹⁷. La réécriture du contrat est synonyme de la survie du contrat et n'est pas forcément une menace pour celui-ci. Jean CALAIS-AULOY écrit : « *L'élimination des clauses abusives dans les contrats de consommation déroge-t-elle au principe de l'autonomie de la volonté ? On pourrait à première vue le penser, y voyant une atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire des contrats. Ce n'est pas mon opinion. J'observe, en effet : que l'exigence de bonne foi a toujours accompagné le principe de l'autonomie de la volonté ; que le consentement global du consommateur ne signifie pas que celui-ci connaît, comprend et accepte toutes les clauses du contrat. Loin de déroger au principe de l'autonomie de la volonté, l'élimination des clauses abusives peut être considérée comme un développement de ce principe* »³⁹⁹⁸. Ce raisonnement est transposable aux autres mécanismes de révision et de réécriture du contrat. Qu'il s'agisse de la révision pour imprévision, de la découverte d'obligations implicites, de la révision du prix excessif, de la révision des clauses pénales, la sanction vise toujours à extraire l'anomalie qui affecte le contrat tout en permettant sa survie ce qui est bénéfique aussi pour les parties. Le Professeur Marie-Ève PANCRAZI-TIAN montre que le juge est investi d'une mission de protection du lien contractuel³⁹⁹⁹ qui s'exprime notamment dans la révision pour imprévision, la révision du prix ou sa réfaction, et la révision des clauses pénales⁴⁰⁰⁰. Le pouvoir judiciaire

³⁹⁹⁶ Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, 260 p.

³⁹⁹⁷ Mustapha MEKKI, « Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G*, n° 50, 2010, doct. 1257.

³⁹⁹⁸ Jean CALAIS-AULOY, « Clauses abusives : le concept » in *La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire*, 20 mars 2009 [En ligne] <http://www.clauses-abusives.fr/categorie/colloque-du-trentenaire/> (page consultée le 12/08/2021)

³⁹⁹⁹ Marie-Ève PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, coll. IDA, 1996.

⁴⁰⁰⁰ *Ibid.*, sur la réduction du prix, v. n° 118, p. 109, sur la réfaction du prix, v. n° 425, p. 345, et sur la révision pour imprévision, v. n° 450, p. 361.

de réécriture du contrat ne doit pas être vu nécessairement comme une menace pour le contrat. Il est vrai que traditionnellement conçu, le contrat, intangible et revêtant force obligatoire dans sa forme choisie par les parties, ne devrait souffrir de révisions de la part du juge. Néanmoins, « [c'est] *encore respecter la force obligatoire du contrat que d'essayer de respecter le but voulu par les parties* »⁴⁰⁰¹. En effet, « *dans tout ceci, il est possible de découvrir une activité judiciaire, non pas hostile, mais au contraire favorable à la loi contractuelle : dans les contrats successifs de longue durée, la loi que constitue l'accord des volontés n'est viable que souple ; c'est sauver le contrat que de lui permettre de survivre, adapté, à des circonstances qui en empêchent l'exécution, tel qu'initialement conclu* »⁴⁰⁰². Il est possible d'entrevoir une conception renouvelée de la force obligatoire du contrat à travers l'intervention du juge qui fait en sorte d'adapter le contenu du contrat à l'évolution des circonstances qui entourent sa conclusion.

925. Le souci de la justice contractuelle à travers le contrôle du procès relatif au contrat. En vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge français a vocation à intervenir de façon considérable dans le litige contractuel. Cet élan est pourtant freiné par une lecture de l'article 12 du Code de procédure civile opérée par les arrêts Césareo⁴⁰⁰³ et Dauvin⁴⁰⁰⁴ qui semble avant tout fondée sur le souci de désengorger les tribunaux aujourd'hui particulièrement surchargés. Le juge du fond est invité « *à économiser son temps [...] en renonçant à user des pouvoirs dont il dispose en matière de recherche de la vérité* »⁴⁰⁰⁵, qu'il s'agisse des faits mais également des règles de droit qui leur sont applicables. Cette lecture ne correspond pas au véritable office du juge civil dont le domaine privilégié est le droit et dont la mission est en principe de trancher le litige selon les règles de droit qui lui sont applicables⁴⁰⁰⁶,

⁴⁰⁰¹ Mustapha MEKKI, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G*, n° 49, 2010, doct. 1219.

⁴⁰⁰² Laurent AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. Constit.*, n° 17, 2005, Dossier : loi et contrat. [En ligne] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-parties> (page consultée le 15/04/2019)

⁴⁰⁰³ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

⁴⁰⁰⁴ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156 obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

⁴⁰⁰⁵ Evelyne SERVERIN, « La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion », in Emmanuel JEULAND et Laurence FLISE (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 65, 2015, p. 116.

⁴⁰⁰⁶ Art. 12, al. 1^{er} CPC.

c'est-à-dire de retenir la solution idoine avec les éléments de faits et de preuve qui lui sont présentés. Augmenter les moyens humains, financiers et techniques mis à la disposition des juridictions permettraient de rétablir le véritable office procédural des juges qui ne seraient plus dans l'urgence de rendre des décisions. Les magistrats seraient alors en mesure de relever d'office et de prendre le temps de rouvrir les débats pour inviter les parties à présenter leurs observations, et ainsi de mettre en œuvre la nouvelle conception moderne du contrat adoptée par le droit substantiel et empreinte d'un souci de justice contractuelle.

Conclusion générale

926. Des cultures juridiques bien ancrées : des *legal transplants* partiels. Cette étude du droit français et du droit anglais des contrats a mis en exergue de profondes différences entre le droit français et le droit anglais. Ces différences révèlent d'abord des cultures juridiques différentes et relativement bien ancrées. Si la comparaison a permis de montrer que le droit français et le droit anglais se sont tous les deux enrichis par l'emprunt mutuel de correctifs destinés à assouplir leurs positions traditionnelles en matière contractuelle, les *legal transplants* observés sont partiels. Par exemple, la personne raisonnable et plus largement la notion de *reasonableness* sont omniprésentes en droit anglais, notamment en matière d'interprétation du contrat. La raison est une source du droit anglais car les juges anglais y ont recours de façon explicite lorsqu'ils ne disposent pas de *precedent* pour les guider dans la solution à apporter à un litige⁴⁰⁰⁷. Or si le standard juridique du raisonnable a été importé depuis le Royaume-Uni dans le droit français, il ne s'agit pas de la même notion. D'une part, la lecture raisonnable d'un contrat est le principe du droit anglais, alors qu'elle est l'exception du droit français. D'autre part, l'étude du contentieux de l'interprétation du contrat montre que l'homme raisonnable tel qu'il est conçu par le juge anglais n'est pas l'homme raisonnable tel qu'il est conçu par le juge français. La personne raisonnable du droit anglais est un juge lettré et particulièrement prudent, très proche en réalité de la personne du juge. En revanche, la personne raisonnable du droit français est plus proche d'un justiciable non-juriste. Pour ces deux raisons, il serait inexact de dire qu'il y a un strict *legal transplant* du Royaume-Uni vers la France.

927. L'étendue très inégale de l'office des juges français et des juges anglais. Cette étude révèle également que, dans de très nombreux contentieux, le juge français dispose d'un pouvoir d'intervention accru par rapport au juge anglais qui intervient très rarement dans le contrat. En matière d'interprétation, le juge français dispose d'une marge de manœuvre plus importante que le juge anglais qui ne peut pas, sauf exceptions, rechercher la volonté des parties ailleurs que dans l'*instrumentum*. En ce qui concerne le contrôle de la validité du contrat, le constat est plus nuancé. Les mécanismes qui s'apparentent à des vices du consentement sont plus nombreux en droit anglais, ce qui donne en théorie plus d'occasions au juge anglais

⁴⁰⁰⁷ René DAVID avec la collaboration de Harold Cooke GUTTERIDGE et Ben Atkinson WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, pp. 157s. V. aussi : Henrie FINCH, *Law, or a Discourse Thereof in Four Books*, Londres : (Printed by permission of the Company of Stationers) for C. Adams, J. Starkey, & T. Basset, 1661, p. 75 : « [C]ommon law [is] nothing else but common reason »; « [I]a common law [n'est] rien d'autre que la raison courante ».

d'anéantir un contrat en raison d'un consentement vicié. Cependant, ces vices sont conçus de façon assez restrictive, notamment ceux de *duress* et *mistake*. De façon similaire, en matière de licéité du contenu du contrat, la conception de l'ordre public retenue par les juges anglais est bien plus restrictive que celle retenue par les juges français, ce qui donne à ces derniers un contrôle accru sur le contrat. Il en va de même en ce qui concerne l'intervention judiciaire sur le contenu contractuel au nom de la justice contractuelle.

928. L'interventionnisme du juge français guidé principalement par le souci de justice contractuelle. Les interventions du juge français sur le contenu du contrat sont plus nombreuses que celles du juge anglais. Elles se font notamment au service de la justice contractuelle. En ce qui concerne d'abord le contenu initial du contrat, le développement de la cause comme outil de sanction de la contrepartie dérisoire a offert au juge de multiples occasions d'intervention. À l'inverse, la *consideration* est restée fidèle à son rôle traditionnel de contrôle de la simple existence de prestations réciproques. Le contrôle de la prestation monétaire à travers les mécanismes de lésion en matière immobilière, d'abus dans la fixation du prix et d'engagement disproportionné de la caution sont autant d'outils juridiques mis en œuvre par le juge français et sans équivalents fonctionnels en droit anglais. La révision de la clause pénale est certes connue du juge anglais mais il ressort de la confrontation des solutions retenus par les juges français et les juges anglais que ces derniers sont réticents à modifier le montant stipulé. En outre, les juges anglais ont une conception stricte de la notion de clauses abusives issue du droit de l'Union Européenne et font preuve d'une grande réserve en la matière. Enfin, en ce qui concerne les problèmes soulevés par le contrat au stade de son exécution, la *frustration* du contrat est l'équivalent fonctionnel de la révision pour imprévision, consacrée en droit français par la révision du 10 février 2016. La *frustration* a vu son champ d'application se réduire au point d'être aujourd'hui virtuellement inexistante en droit positif anglais. Le juge français intervient également de façon plus fréquente dans le contrat au nom de l'ordre public parce que l'ordre public est défini plus largement que la *public policy*. Si la fonction traditionnelle de l'ordre public n'est certes pas de protéger la justice contractuelle, un nouvel ordre public de protection s'est développé qui impose une vigilance particulière, parfois paternaliste, lorsque certaines catégories de contractants sont concernées telles que les salariés ou les consommateurs. Il ressort de la comparaison de ces contentieux que le juge français est largement investi par le droit positif issu des dispositions du Code civil dans sa nouvelle rédaction, d'une importante mission de protection de la justice contractuelle, ce qui n'est pas le cas du juge anglais.

929. L'intervention plus diversifiée du juge français. En matière d'intervention judiciaire sur le contenu du contrat, il faut aussi retenir que l'intervention du juge anglais est rare, mais systématiquement radicale. La réécriture du contrat est inconnue du juge anglais, sauf sous la forme de l'élimination d'une clause abusive. Si le juge anglais intervient, il prononce le plus souvent l'anéantissement du contrat, par exemple dans le contentieux de la *frustration* ou de la *termination for breach*. Cette attitude reflète une « *politique de tout ou rien* »⁴⁰⁰⁸ qui n'est plus coutume du droit français. Ce dernier permet souvent au juge d'intervenir sous la forme d'une modification des stipulations contractuelles pour instaurer ou préserver l'équilibre du contrat. Il existe ainsi de nombreux contentieux dans lesquels la sanction est cantonnée à la seule clause illicite, ce qui est le cas du non-écrit pour les clauses abusives ou encore de la sanction de nullité partielle en cas de non-respect des conditions de validité par une clause contractuelle⁴⁰⁰⁹. La révision pour imprévision, la révision des clauses pénales permettent également aux juges de rendre le contrat conforme aux exigences de validité édictée par le droit positif. Ces interventions permettent en réalité de sauver le contrat et de garantir sa pérennité. L'intervention judiciaire ne se fait donc pas forcément à l'encontre du rapport contractuel mais en faveur de celui-ci, ce qui laisse deviner une autre conception de l'office du juge.

Si traditionnellement on considérait que le juge devait être en retrait pour être au service du contrat, une conception plus moderne permet d'envisager que l'intervention du juge se fasse aussi au service du contrat, dans une conception renouvelée. Il est indéniable que le droit anglais est très favorable à la sécurité juridique des conventions et que le droit français est plus soucieux de la justice contractuelle. Le rapport *Doing business* de 2020⁴⁰¹⁰ établit régulièrement un classement des pays qui permettent de développer le plus facilement une activité économique et commerciale. Ce classement est nommé « *Ease of doing business* »⁴⁰¹¹. Le Royaume-Uni figure à la 8^{ème} place tandis que la France figure à la 32^{ème} place⁴⁰¹². La justice contractuelle et la sécurité des conventions sont souvent antinomiques : si le juge français intervient régulièrement dans les contrats pour les anéantir ou pour les réécrire partiellement, une atteinte

⁴⁰⁰⁸ Expression employée à propos de l'évolution du droit des contrat français par Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p. 357.

⁴⁰⁰⁹ V. *supra* n° 159.

⁴⁰¹⁰ WORLD BANK GROUP, *Doing business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies*, 24 oct. 2019. [En ligne] <https://archive.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-reports> (page consultée le 21/07/2023)

⁴⁰¹¹ « La facilité à faire des affaires ».

⁴⁰¹² *Ibid.*, p. 4.

importante est portée à la sécurité des conventions qui peut dissuader les entreprises d'avoir recours au droit français voire de s'implanter en France. Cela dit, la question se pose de savoir quelle sécurité juridique est en jeu. Ainsi que le fit remarquer le Professeur Jean-Pascal CHAZAL au sujet de la reconnaissance d'un vice de violence économique⁴⁰¹³, « assigner au juge la mission de faire respecter le contrat quel que soit le déséquilibre qu'il constate reviendrait à privilégier la sécurité juridique du puissant au détriment de celle du faible ». Lorsque les volontés sont égales, il est censé que le juge se porte garant de la stricte sécurité juridique d'une telle convention, selon la conception traditionnelle du contrat partagée par le droit français et le droit anglais. Toutefois, lorsque les volontés ne sont plus égales, ce qui est une réalité de plus en plus omniprésente en matière contractuelle, la sécurité juridique prend un autre sens. La stricte application de la convention par le juge doit se doubler d'une vigilance de sa part quant à l'existence d'un déséquilibre important dans le contrat. Il faut se féliciter que le droit français des contrats se soit adapté à l'évolution de la réalité contractuelle.

930. L'évolution de l'office du juge français. Avec la réforme du 10 février 2016, Le droit positif français fait état d'un souci accru de justice contractuelle qui a considérablement élargi et transformé l'office du juge français. L'office du juge français demeure certes globalement inchangé en matière d'interprétation du contrat et de vices du consentement, quoique la violence économique ait été formellement reconnue. Cet office a même connu un certain recul en matière d'ordre public dans la mesure où les bonnes mœurs ont aujourd'hui un champ d'application restreint. En outre, les arrêts Césareo⁴⁰¹⁴ et Dauvin⁴⁰¹⁵ limitent considérablement l'office du juge français en matière procédurale, ce qui est regrettable au regard des missions qui sont les siennes. Cependant, pour certains éléments tendant au recul et à la restriction de l'office du juge notamment en matière de validité du contrat, nombres d'autres tendent plutôt vers une extension et une diversification de son office. En témoignent le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux dans le contrat, la consécration des clauses abusives entre professionnels qui sont maintenant sanctionnées, ainsi que

⁴⁰¹³ Jean-Pascal CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014, p. 47.

⁴⁰¹⁴ Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21, *RDI* 2006, 500, obs. P. MALINVAUD ; *D.*, 2006, 2135, L. WEILLER ; *RTD Civ.*, 2006, 825 ; *Procédures*, 2006, n° 10, comm. 201, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2007, II, 10070, comm. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 2007. I. 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 2006. I. 188, obs. MARTIN.

⁴⁰¹⁵ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *JCP G* 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, I, 156, obs. G. BOLARD ; *JCP G* 2009, 319, obs. J. BORÉ ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 327, obs. A. BÉNABENT ; *RDC*, n° 2, 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, É. SAVAUX ; *D.*, 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.*, 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER ; *RDI*, 2008, p. 102, P. MALINVAUD.

l'élargissement considérable de l'office du juge national par le CJUE en matière de clauses abusives entre professionnels et consommateurs. Ces évolutions ont profondément modifié l'office du juge français en matière contractuelle et doivent conduire à dresser un nouveau portrait à la fois du droit positif des contrats et du rôle du juge en matière contractuelle.

931. L'absence de véritable principe d'intangibilité du contrat en droit français. En 1998, le Professeur Denis MAZEAUD écrivait : « *on est bien forcé d'admettre que les principes d'intangibilité et d'irrévocabilité, inscrits dans les alinéas 1 et 2 de [l'article 1134 du Code civil] souffrent, dans notre droit positif, de multiples atteintes qui incitent, sinon à entonner un requiem, du moins à les repenser sérieusement. Certes, il serait outrancier d'affirmer que le principe de la force obligatoire du contrat relève dorénavant du seul droit des professeurs, et qu'il est désormais assigné à résidence dans les amphithéâtres des facultés de droit* »⁴⁰¹⁶. La prévision n'est pas loin de s'être réalisée : la force obligatoire du contrat, en ce qu'elle implique l'intangibilité du contrat, n'est plus un principe du droit positif français. Les possibilités pour les justiciables de solliciter le juge aux fins de réviser le contrat se sont multipliées au cours des dernières décennies, de telle sorte que ce qui constituait initialement un principe s'est transformé en exception. Par contraste avec le droit anglais, il n'est plus possible de considérer aujourd'hui que le droit français des contrats comprend un véritable principe d'intangibilité du contrat qui s'exprimerait avec vigueur dans la majorité des situations. Le droit anglais ne connaît pas des principes énoncés régulièrement à l'image des trois piliers de la théorie générale du contrat franco-allemande, mais si l'on devait résumer la position du droit anglais en matière contractuelle, il serait possible de rappeler les mots de Lord ATKIN dans une décision de la *House of Lords* de 1933 : « *contracts are binding* »⁴⁰¹⁷, « *les contrats sont contraignants* ». Cela correspond à la force obligatoire du contrat et comprend le principe d'intangibilité du contrat qui s'impose avec force au juge anglais. Le préjugé mentionné dans l'introduction relatif au pouvoir normatif du juge anglais, ce qui lui permettrait de s'immiscer dans le contrat⁴⁰¹⁸, est

⁴⁰¹⁶ Denis MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, n° 54, 1998, p. 8.

⁴⁰¹⁷ Lord ATKIN in *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *House of Lords*, 15 déc. 1931, [1931] UKHL 2, [1932] AC 161 : « *it is of paramount importance that contracts should be observed* » ; « *il est primordial que les contrats soient respectés* ». V. aussi : Dionysios KELESIDIS, « Report on the symposium "Information rights and obligations - the impact on party autonomy and contractual fairness" », University of Munster, 21-22 November 2003, *ERPL*, 2004, vol. 12, n° 1, p. 133 : « *Even though it is not expressly recognized by as such by the national contract law statutes, party autonomy constitutes the leading principle of the whole private law in all EU Member States* » : « *Même si elle n'est pas expressément reconnue en tant que telle par les lois nationales sur le droit des contrats, l'autonomie des parties constitue le principe directeur de l'ensemble du droit privé dans tous les États membres de l'UE* ».

⁴⁰¹⁸ V. *supra* n° 3.

renversé. En réalité, le juge anglais demeure très en retrait de la sphère contractuelle tandis que le juge français se montre assez interventionniste.

932. Les incidences sur la viabilité de la théorie générale du contrat. Il convient de se féliciter de la capacité du droit français des contrats à évoluer avec la réalité du contrat. Le postulat de l'égalité entre les contractants ne reflète pas la pratique contemporaine du contrat. Par conséquent, l'autonomie de la volonté reposant sur ce postulat n'est plus un fondement théorique satisfaisant de la notion de contrat en droit français. La théorie générale du contrat, élaborée il y a plus de 250 ans par la doctrine franco-allemande⁴⁰¹⁹ repose sur trois principes fondamentaux découlant de l'autonomie de la volonté : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat, et le principe de bonne foi. La force obligatoire du contrat implique l'intangibilité du contrat. L'office particulièrement étendu du juge français en matière contractuelle remet en question la vigueur du principe d'intangibilité du contrat, ainsi que la force obligatoire du contrat. En effet, le juge est à même, sous réserve que l'une des parties le demande, de réécrire ou d'anéantir le contrat selon des mécanismes très divers. En outre, lorsque le contrat est partiellement réécrit par le juge, il survit avec un contenu renouvelé qui n'est pas celui initialement choisi par les parties.

Le principe de force obligatoire du contrat a donc aujourd'hui pris un autre sens. C'est la théorie générale du contrat dans son ensemble qui est mise à mal par l'évolution du droit français des contrats. Cette théorie ne reflète plus la réalité de son objet, à savoir le droit positif des contrats, car ce dernier s'est adapté à la réalité du contrat. Le développement exponentiel de mécanismes permettant au juge d'anéantir ou de réécrire le contrat a remis en question la nature de « principes fondamentaux » des trois piliers de la théorie générale du contrat. Il est difficile de soutenir aujourd'hui que le contrat est par principe intangible, ou de considérer que la force obligatoire correspond, par principe, au caractère contraignant du contrat dans sa forme initialement rédigée par les parties. Il convient de se demander à partir de quel seuil une règle initialement conçue comme un principe, c'est-à-dire comme englobant le plus grand nombre d'hypothèses, souffre d'un tel nombre d'exceptions qu'elle ne correspond plus à un principe susceptible de fonder une théorie qui expose fidèlement son objet. Le Professeur Christophe JAMIN écrit, après avoir précisé que tout ce qui concerne la formation du contrat est abondamment traité dans les manuels et les cours dispensés à l'Université et fait l'objet d'une « *théorie générale* », que « *le basculement des questions essentielles de la formation à*

⁴⁰¹⁹ V. *supra* n° 1.

*l'exécution du contrat n'est pas simplement factuel et secondaire ; il n'entraîne pas seulement un réarrangement des plans de cours ; il implique de revoir, probablement de fond en comble, notre façon de percevoir l'ensemble du droit des contrats (dont celui applicable à sa formation). Cette révision est d'ailleurs déjà largement à l'œuvre dans la communauté des juristes français par la tension extrême qu'elle exerce sur de nombreux concepts classiques, en même temps qu'elle en fait apparaître de nouveaux »*⁴⁰²⁰. De nombreuses évolutions du droit positif avaient déjà considérablement mis à mal les autres piliers de la théorie générale du contrat, telles que le contrat d'adhésion⁴⁰²¹ ou l'existence d'obligations de contracter qui remettent en question la vitalité du principe de la liberté contractuelle⁴⁰²². De nouvelles théories du contrat ont depuis été proposées⁴⁰²³. Pourtant, il semble aujourd'hui encore difficile de penser le contrat d'une façon renouvelée. La réalité du contrat, ainsi que la réalité de l'office du juge en matière contractuelle, sont obscurcies par l'attachement à la théorie générale du contrat. La présente étude s'est efforcée de mettre en lumière les évolutions qu'a connu le droit français des contrats, en raison de sa volonté de s'adapter à la réalité contemporaine du contrat.

⁴⁰²⁰ Christophe JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA*, n° 54, 1998, p. 25.

⁴⁰²¹ Les contrats dits « d'adhésion » se sont largement développés dans les dernières décennies, v. *supra* n° 292. Ils s'opposent à la figure classique du contrat, dit « de gré à gré ». Le contrat d'adhésion caractérise un recul très important de la liberté contractuelle, dans la mesure où le contractant qui y adhère ne participe pas à l'élaboration des stipulations contractuelles.

⁴⁰²² En matière d'assurance, les propriétaires d'un véhicule terrestre à moteur sont tenus de souscrire un contrat d'assurance responsabilité civile, cf. art L. 211-1s C. des assurances. Il en va de même pour les personnes exerçant une profession libérale, cf. art. L. 1142-2 du C. de la santé publique. En matière bancaire, certains commerçants sont tenus d'ouvrir un compte professionnel, cf. art. L. 613-10 du C. sécurité sociale. Le refus de vente à un consommateur, qui porte atteinte à la liberté de ne pas contracter, est prohibé par l'art. L. 121-11 du C. conso. Tous ces exemples illustrent la fragilisation du principe de liberté contractuelle, et donc de la théorie générale du contrat dans son ensemble.

⁴⁰²³ Diane GALBOIS, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, LGDJ, coll. BDP, 2020, 630 p.

Tableau des équivalents fonctionnels

Est proposé un tableau des équivalents fonctionnels pour indiquer plus facilement au lecteur les mécanismes juridiques équivalents entre les systèmes français et anglais, c'est-à-dire les mécanismes qui servent dans chacun des systèmes à répondre à une même problématique factuelle donnée⁴⁰²⁴. Ce tableau est le résultat d'une simplification des notions juridiques envisagées, qui ne reflète pas la complexité de chacun des mécanismes mentionnés ou les divergences importantes qui peuvent exister entre deux équivalents fonctionnels. Le présent tableau constitue un simple outil visant à faciliter la lecture, notamment pour le juriste peu familier du droit anglais.

Cause objective (contrepartie)	<i>Consideration</i>
Chose jugée	<i>Res judicata</i>
Clauses abusives	<i>Unfair terms</i>
Clause pénale	<i>Liquidated damages clause</i> (licites) <i>Penalty clause</i> (illicite)
Contrat nul	<i>Void contract</i> ou <i>voidable contract</i>
Dol	<i>Misrepresentation</i>
Erreur	<i>Mistake</i>
Force majeure	<i>Frustration</i>
Interprétation du contrat	<i>Interpretation/construction</i>
Mise en état	<i>Disclosure</i>
Objet du litige	<i>Cause of action</i>
Obligations implicites	<i>Implied term</i>
Ordre public	<i>Public policy</i>
Personne raisonnable	<i>Reasonable person</i>
Résolution pour manquement suffisamment grave	<i>Termination for breach</i>
Révision pour imprévision	Aucun
Violence	<i>Duress</i>

⁴⁰²⁴ V. *supra* n° 8 sur la méthode comparative fonctionnelle.

Bibliographie

Droit français

A) Ouvrages généraux, traités, manuels, dictionnaires

- ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., 1992-2000. [En ligne] <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1401>
- ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, 1649 p.
- BARBIÉRI Jean-Jacques, BAUFUMÉ Guillaume, BIGUENET-MAUREL Cécile *et al.*, *Memento Procédure civile*, coll. Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2020, 1277 pp.
- BEIGNER Bernard, BINET Jean-René, THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure, *Introduction au droit*, 8^{ème} éd., LGDJ, coll. Cours, 2022, 576 p.
- BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, 762 p.
—, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, 710 p.
- BERNAULT Carine, LUCAS André et LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2017, 1755 p.
- BONNIER Édouard, *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. 1, Paris : Joubert, 1847-1848, 604 p.
- CAPITANT Henri, LEQUETTE Yves, TERRÉ François, CHÉNEDÉ François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., PUF, coll. Grands arrêts, 2015, 892 p.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, T. II, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2017, 2574 p.
- CASTALDO André et LÉVY Jean-Philippe, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2010, 1620 p.
- CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, ANALYSE ET TRAITEMENT INFORMATIQUE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, Paris : Gallimard, 1994, 16 tomes. [En ligne] <https://www.cnrtl.fr/definition>
- CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge, MAYER Lucie, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^{ème} éd., Dalloz, coll. précis, 2022, 2000 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2022, 482 p.
- CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., coll. Dictionnaires Quadrige, PUF, 2022, 1136 p.
- DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 8^{ème} éd., 2018, 507 p.
- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau, 1923-1933, 756 p.

- DEMOLOMBE Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris : Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1869, 663 p.
- DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2012, 928 p.
- DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2021, 396 p.
- ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd., Flammarion, coll. Champs université, 2019, 392 p.
- FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2022, 588 p.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021, 928 p.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, T. 1*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, 1244 p.
- GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle, *Droit privé romain*, 3^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2009, 446 p.
- GHESTIN Jacques et BARBIER Hugo, *Introduction générale, Tome 1. Droit objectif et droits subjectifs, Sources du droit*, 5^{ème} éd., LGDJ, coll. Traités, 2018, 858 p.
- GLASSON Ernest-Désiré, TISSIER Albert, MOREL René, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1925 – 1936.
- GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2020, 1150 p.
- GUINCHARD Serge, FERRAND Frédérique, CHAINAIS Cécile, MAYER Lucie, *Procédure civile*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, 900 p.
- JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français, t. II. Théorie générale des obligations. Le spricnipaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Paris : Sirey, 1938-1939, 1215 p.
- LITTRÉ Émile, *Dictionnaire de la langue française*, Paris : L. Hachette, 1873-1874. [En ligne] <https://www.littre.org/definition>
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., LGDJ, 2022, 904 p.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2022, 784 p.
- MALINVAUD Philippe et BALLAT Nicolas, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. Manuel, 21^{ème} éd., 2021, 569 p.
- MALINVAUD Philippe, Mustapha MEKKI et Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2021, 976 p.
- MESTRE Jacques, BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, RODA Jean-Christophe (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^{ème} éd., Lextenso, 2018, 944 p.
- POTHIER Robert Joseph, *Traité des obligations*, 1824-1825, Paris : Béchét aîné, 754 p.
- TERRÉ François, SIMLER Phillipe, LEQUETTE Yves, CHÉNEDÉ François, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2022, 912 p.
- TESTU François-Xavier, *Contrats d'affaire 2010-2011*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 2010, 736

p.

B) Ouvrages spéciaux, mélanges et thèses

- ALBIGES Christophe, *De l'équité en droit privé*, t. 329, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, 383 p.
- AMIAUD André, BECK Alexander *et alli.*, *Aequitas und bona fides Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius. Mélanges Simonius*, Bâles, Basel : Helbing Lichtenhahn, 1955, 435 p.
- ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, 315 p.
- AUBIJOUX IMARD Patricia, *Le dialogue dans le procès*, Lille : Atelier National de Reproduction des Thèses, 1999, 436 p.
- AUDRY Johanna, *La professionnalisation du juge*, Thèse, Université de Toulon, 2016, dactyl., 656 p. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01578606/document>
- AUGSBURGER-BUCHELI Isabelle, *Le code civil neuchâtelois, 1853-1855 : étude de l'élaboration et de la structure d'un code civil qui a pour modèle le code civil français*, Neuchâtel : Ides et Calendes (éd.), 1988, 196 p.
- BAUGARD Dirk, *La sanction de requalification en droit du travail*, Paris : IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, 2011, 686 p.
- BERTHIAU Denis, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 320, 1999, 475 p.
- BOLARD Vincent, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Lille : Atelier National de Reproduction des Thèses, 2008, 434 p.
- BONNEMAISON Jane-Laure, *La responsabilité juridictionnelle*, Thèse, Université Paul Verlaine - Metz, 2011, dactyl., 313 p. [En ligne] <https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01749170/document>
- BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *La cassation en matière civile*, Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2023, 864 p.
- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 1923, Dalloz, 494 p.
- CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, *Le fait et le droit : études de logique juridique*, Bruxelles : É. Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches logiques, 1961, 278 p.
- CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2016, 1093 p.
- c) CHAPUT Jade, *La collégialité dans le procès civil*, Thèse, Université de Pau, 2019, dactyl.
- CHARTIER Yves, *La Cour de cassation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1999, 142 p.
- CHAUVERON Pierre DE, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, Paris : A. Rousseau, 1908, 167 p.
- CHEVALLIER Jacques (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, coll. CURAPP, 1994.
- CHÉNEDÉ François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - Innovations – Perspective. 2019-2020*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Dalloz référence, 2018, 360 p.

- COUMAROS Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : étude critique de la conception classique*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931, 332 p.
- CUMYN Michelle, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, t. 376, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002, 300 p.
- DAVASSE-BONTE Cécile, *Le rôle du juge dans la rupture du contrat : étude de droit civil et de droit du travail*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 2009, 430 p.
- DESHAYES Olivier, GÉNICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, 1080 p.
- DESSENS André, *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Imprimerie F. Boisseau, 1934, 259 p.
- DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, 477 p.
- DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, 271 p.
- DOKA BOURA Aude, *Le juge du contrat et la clause résolutoire*, Thèse, Université de Nantes, 2017, dactyl., 359 p. [En ligne] <http://archive.bu.univ-nantes.fr/pollux/show.action?id=18962ce1-a92f-4463-a9df-0531f6f693b5>
- DROGOUL F., *Essai d'une théorie générale des nullités, étude de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1902, 269 p.
- DROSS William, *Clausier dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2020, 920 p.
- DROUOT Guillaume, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2016, 401 p.
- EUDIER Frédérique, *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Université de Rouen, 1994, dactyl., 1130 p.
- FAYE Ernest, *La Cour de cassation - Traité de ses attributions, de sa compétence, de la procédure observée en matière civile suivi du Code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris : A. Chevalier-Marescq, 1903, 728 p.
- FISCHER Jérôme, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2004, 442 p.
- FONTAINE Marcel et LY Filip DE (dir.), *Droit des contrats internationaux, Analyse et commentaire de clauses*, Paris : Forum Européen de la Communication, et Bruylant, 2^{ème} éd., 2003, 715 p.
- FROSSARD Jean, *La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat*, t. 67, LGDJ, coll. Droit privé, 1965, 319 p.
- GADBIN-GEORGE Géraldine (dir.), *Glossaire de droit anglais. Méthode, traduction et approche comparative*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2019, 466 p.
- GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, 508 p.
- GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2006, 380 p.
- GÉNIAUT Benoit, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*,

- vol. 86, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, 474 p.
- GHESTIN Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 41, 1985, 371 p.
- GÉLOT Bertrand, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, Paris : LGDJ, 2003, 400 p.
- GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 960 p.
- GILLOTOT Annelieke, *Relevé d'office du juge et droit de la consommation*, Thèse, Université d'Avignon, 2014, dactyl., 687 p. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01189277/document>
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé français : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau (éd.), 1912, 470 p.
- GOUT Olivier, *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 1999, 552 p.
- GRAS Nicolas, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, dactyl., 2014, 632 p. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01168586>
- GRYNBAUM Luc et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, 216 p.
- GUÉVEL Didier, *Essai sur une tendance contemporaine : la dispersion de la fonction juridictionnelle*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 1990, 550 p.
- GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, t. 218, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, 614 p.
- GUTIERREZ Placido, *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'équité pour le progrès du droit international*, Thèse, Toulouse, 1972, dactyl., 197 p.
- HORTALA Solenne, *Les obiter dicta de la Cour de cassation Étude de la jurisprudence civile*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2019, 536 p.
- JACQUES Philippe, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, 2005, 1008 p.
- JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Aix-Marseille : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2004, 745 p.
- JAPIOT René, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Paris : La Mémoire du droit, 2017, coll. Collection de la Faculté Jean-Monnet, 964 p.
- JEULAND Emmanuel et FLISE Laurence (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 65, 2015, 161 p.
- JOUARY Philippe, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Thèse, Université Paris I, 2002, dactyl., 733 p.
- KERBAOL Gwenola, *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 2004, 669 p.
- KHALIL Ahmed, *La rectification des jugements civils. Contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 1988, 625 p.

- LAGADEC Alain, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse, Université de Toulon, 2017, dactyl., 228 p. [En ligne] <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02181938/document>
- LAMOUREUX Marie, *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 1, Aix-Marseille : PUAM, 2006, 476 p.
- , *L'aménagement du pouvoir du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, T. 2, Aix-Marseille : PUAM, 2006, 332 p.
- LARDAUD-CLERC Caroline, *Le changement de comportement du créancier en cours d'exécution du contrat. Étude de droit français et anglais*, Thèse, Université Lyon 3, dactyl., 2015, 626 p.
- LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, coll. « Partage du savoir », 2005, 248 p.
- LE TOURNEAU Philippe, *La règle "nemo auditur"*, t. 108, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 1970, 302 p.
- LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2005, 476 p.
- MALPEL-BOUYJOU Caroline, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, vol. 134, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque Thèses, 2014, 588 p.
- MARTIN Xavier, *Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 2^{ème} éd., 2002, Dominique Martin Morin (éd.), 300 p.
- MARTY Gabriel, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris : Sirey, 1929, 388 p.
- MAURIN Lucien, *Contrat et droits fondamentaux*, t. 545, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2013, 514 p.
- MAZEAUD Denis, *La clause pénale*, t. 223, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, 448 p.
- MERCADAL Barthélémy, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, coll. Dossier pratique, 2016, 408 p.
- MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat, *De l'Esprit des loix, ou Du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, t. 1, A. Geneve, 1748-1750, 466 p.
- MORTET Charles, *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, Paris : Typographie Lahure, 1878, 215 p.
- MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, 183 p.
- MOULY-GUILLEMAUD Clémence, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, t. 460, LGDJ, coll. Thèses, 2006, 592 p.
- MOURY Jacques, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile*, Lille : Atelier National de Reproduction des Thèses, 1987, 253 p.
- MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2017, 454 p.
- NAUDET-SÉNÉCHAL Marie, *Le juge unique : essai d'une théorie générale*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 2001, 774 p.

- NORMAND Pierre, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 65, 1965, 526 p.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, vol. 19, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, 553 p.
- PANCRAZI-TIAN Marie-Eve, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, 439 p.
- PAVIA Marie-Luce (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003, 218 p.
- PÉRÈS-DOURDOU Cécile, *La règle supplétive*, t. 421, LGDJ, coll. Thèses, 2004, 704 p.
- PETIT Emmanuelle, *La mission de conciliation du juge : réflexions sur l'office du juge*, Lille : Atelier national de reproduction des thèses, 2008, 500 p.
- PICOD Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989, 254 p.
- POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006, 608 p.
- PORTALIS Frédéric, *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris : Joubert, 1844, 495 p.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris : Joubert, 1844, 599 p.
- RANOUIL Véronique, *L'Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, 165 p.
- ROUSPIDE-KATCHADOURIAN Marie-Noëlle, *Le juge et le contrat de travail : essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 2014, 487 p.
- SAIDANI Hariz, *La rupture du contrat*, Université de Toulon, 2016, dactyl., 433 p.
- SAIGET Jacques, *Le Contrat immoral*, Jouve, 1939, 408 p.
- SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion de bonnes moeurs en droit civil*, Castéra, 1941.
- SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand. (Art. 116 à 144)*, Paris : Pichon, 1901, 421 p.
- SERLOOTEN Claire, *La standardisation en droit des contrats*, Thèse, Université Toulouse 1, dactyl., 2008, 801 p.
- SIMLER Philippe, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969, 511 p.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, t. 337, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, 651 p.
- TCHAVADAROFF Lubomir, *De la notion des Bonnes mœurs*, Toulouse, 1927, 148, p.
- TERNYNCK Élise, *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des technologies de l'Information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, Thèse, Université Lille 2, 2014, dactyl., 607 p.
- TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ-Lextenso éd., coll. Anthologie du droit, 2014, 614 p.
- THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2011,

552 p.

THIRION Jean, *L'avènement de l'equity comme source de droit*, Thèse, Paris, 1951, dactyl., 174 p.

TISON Robert-Henri, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français : (étude de droit interne)*, Paris : Éditions Domat-Montchrestien, 1931, 197 p.

VALICOURT (de) Eliane, *L'erreur judiciaire*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, 489 p.

WEILLER Laura, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2004, 582 p.

C) Articles et fascicules

1) Sources en français

AGOSTINI Éric, « L'équité », *Recueil Dalloz*, 1978, chronique 7.

AGUILAR VIEIRA DE Iacyr, « L'excessive onérosité et l'imprévisible », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, coll. Mélanges, 2018, p. 1.

ALBIGES Christophe, « L'équité », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2017, (actualisation janvier 2019).

ALFREDO Pierre, « Droit des affaires - Usages - Chronique par l'Institut des Usages », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 43-44, 2019, chron. p. 1482.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », n° 6, *Defrénois*, 2002, p. 355.

ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 771.

—, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017, (actualisation mai 2018).

—, « Le juge et l'inexécution du contrat », in François COLLART DUTILLEUL, Cédric COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p. 103.

—, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot. Professeurs, avocat, juge au service du droit des affaires*, 2011, Dalloz-Litec, p. 61.

—, « Article 1142 : violence économique », *Revue des contrats*, n° 3, 2015, p. 747.

ANDRIEUX Albin, « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Les Petites Affiches*, n° 167, 2016, p. 6.

ANTONMATTEI Paul-Henri, « Ouragan sur la force majeure », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 7, 1996, I, doct. 3907.

ARSAC-RIBEYROLLES Audrey, « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », *Les Petites Affiches*, n° 20, 2006, p. 10.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *Revue des contrats*, n° 3, 2007, p. 983.

- AUBERT Jean-Luc, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1115.
- AUQUE Françoise, « Retour du juge par la loi, L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil », *Actualité juridique droit immobilier*, n° 3, 2016, p. 184.
- AYNÈS Laurent, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, 1999, p. 17.
—, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel (Dossier : loi et contrat)*, n° 17, 2005 [En ligne] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-parties>
- BAKOUCH David, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 29-34, 2012, act. 851.
- BARBIER Hugo, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et Patr.*, n° 240, 2014, p. 50.
- BALAT Nicolas, « Forclusion et prescription », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 751.
- BARRET Olivier et BRUN Philippe, « Vente : effets », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2020, (actualisation juillet 2020).
- BEIGNIER Bernard, « Portalis et le droit naturel », *RHFD*, 1988, p. 77.
- BERENGER Julien, « Agents et mandataires sportifs : quelle régulation en France ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, dossier 38.
- BIOY Xavier, « Quelles lectures théoriques de la qualification » in *Les affres de la qualification juridique*, NICOD Marc (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Édition, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2015, p. 11.
- BLANC Nathalie, « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 394.
- BLÉRY Corinne, « Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence », *Procédures*, n° 2, fév. 2011, alerte 5.
- BLÉRY Corinne et RASCHEL Loïs, « Droit à l'expertise : reconnaissance inavouée d'un nouvel accroc à la répartition des rôles du juge et des parties », *Procédures* n° 4, 2011, alerte 17.
- BLOND Carole, « Réflexions sur l'opportunité, pour l'assistant victime, du recours à la convention d'assistance bénévole », *Les Petites Affiches*, n° 139, 1999, p. 10.
- BOLARD Georges, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 30, 28 juillet 1993, doct. 3693.
—, « L'office du juge en procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, n° 13, 2017, pp. 78s.
- BONNECASE Julien, « La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 91.
- BONNEAU Thierry et DORSNER-DOLIVET Annick, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *Recueil Dalloz* 1986. chron. 59.
- BORÉ Jacques, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturaison des actes », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, p. 249.
- BORÉ Jacques et BORÉ Louis, « Pourvoi en cassation », in *Répertoire procédure civile*, GUINCHARD Serge (dir.), déc. 2015 (actualisation juillet 2020), Dalloz.
- BOUTHINON-DUMAS Hughes, « Les contrats relations et la théorie de l'imprévision », *Revue*

- internationale de droit économique*, 2001, p. 339.
- BREDIN Jean-Denis, « La loi du juge », in *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, 1982, Litec, p. 15.
- BRETZNER Jean-Daniel et BARRAL Gwennhaëlle, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *Actualité Juridique Contrat*, 2016, p. 415.
- BROS Sarah, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 960.
- BUCHER Charles-Edouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2016, Dossier 6.
- BÜRGE Alfons, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 1.
- CADIET Loïc, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, 1998, p. 87.
- , « Les enjeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23.
- , « Observations conclusives », colloque organisé par la cour d'appel de Rouen le 5 mai 2000, *Gazette du Palais*, 6-7 sept. 2000, p. 1470.
- , « Efficience versus équité ! », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, 2004, Bruxelles : Bruylant, p. 25.
- , « Fasc. 500-95. Les clauses relatives aux litiges », in *Jurisclasseur Procédure civile*, 12 sept. 2016, (actu. 14 avril 2022).
- CATALA Pierre, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois*, n° 21, 2008, p. 2365.
- CATTALANO Garance, « La validité du contrat », *Actualité Juridique contrat*, 2018, p. 257.
- CAUCHY Maxime et DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1313.
- CAYROL Nicolas, « Fasc. 20 : Régime Général des Obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Indexations », in *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 18 septembre 2017, (actualisation 6 novembre 2019).
- CÉDRAS Jean, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in *Rapport annuel de la Cour de cassation. L'égalité*, La documentation Française, 2003, p. 186.
- CHAGNY Muriel et BERLEMONT Jérémy (dir.), « 3936 - Clause de benchmarking », in *Le Lamy droit économique*, Lamy, mis à jour nov. 2020.
- CHANTEPIE Gaël, « De la nature contractuelle des contrats-types », *Revue des contrats*, n° 3, 2009, p. 1233.
- , « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *Revue des contrats*, n° 3, 2012, p. 989.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, « 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, p. 225.

- CHAUVEL Patrick, « Dol », *in Rép. Civ.*, Dalloz, fév. 2019, (actu. sept. 2022).
- CHAZAL Jean-Pascal, « Théorie de la cause et justice contractuelle », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 29, 1998. I. 152.
- , « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Droit et patrimoine*, n° 240, 2014, p. 47.
- CHÉNEDÉ François, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2008, 558 p.
- CORNU Gérard, « Jurisprudence en matière civile. Contrats spéciaux, », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971, p. 166.
- COTTEREAU Vincent, « La clause réputée non écrite », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 1993, doct. 3691.
- CROCQ Pierre, « Sûretés et proportionnalité », *in* Bernard ABRY, Jean-Luc AUBERT, Jacques BÉGUIN, *et alli.*, *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, coll. Mélanges, 2006, p. 291.
- CROZE Hervé, « Le juge doit-il dire le droit ? », *Mélange en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2010, n° 10, p. 225.
- DADOUN Armand, « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 2016, p. 139.
- DANET Anaïs, « Principes directeurs du procès », *in Répertoire de procédure civile*, octobre 2020 (actualisation janvier 2023).
- DARCY Gilles, « Regard elliptique sur l'office du juge », *in* Christian PONCELET *et al.*, *Acte du colloque des 29 et 30 septembre 2006 - L'Office du juge*, p. 528. [En ligne] <https://www.senat.fr>
- DAVID René, « La doctrine, la raison, l'équité », *Revue de la recherche juridique*, 1986, p. 109.
- , « Cause et consideration », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II., 1960, Dalloz-Sirey, p. 111.
- DÉFOSSEZ Michel, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause de l'obligation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, p. 521.
- DELEBECQUE Philippe, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *La Gazette du Palais*, 1997.2. doct. 1184.
- DELPECH Xavier, « Florilège sur la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », note Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10921, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 271, *Recueil Dalloz* 2005, p. 2276.
- DÉPREZ Jean, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français. A. Droit privé » *in Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 16, n° 4, 1964, p. 769.
- DESDEVICES Yves, « Équité et conciliation », *in De Code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, p. 209.
- DESHAYES Olivier, GENICON Thomas *et* LAITHIER Yves-Marie, « La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats ? », *European Review of Contract Law*, n° 13, 2017,

p. 418

DESLAURIERS-GOULET Charlotte, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Cahiers de droit*, vol. 55, n° 4, 2014, p. 923.

DIESSE François, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *Revue de droit des affaires internationales*, 1999, p. 737.

DISSAUX Nicolas, « Les fossoyeurs des bonnes mœurs », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2201.

DORCHIES Olivier, « Pratique contractuelle. La clause d'intégralité dans les contrats informatiques et télécoms », *Communication - Commerce électronique*, n° 1, 2016, p. 2.

DRAND Céline, « Le caractère législatif de l'adage Interpretatio cessat in claris en droit français des contrats », *Scientia Juris*, n° 2, 2013, in *Revue du droit on line*, 2013. [En ligne] <https://www.revuegeneraledudroit.eu>

—, « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIe au XVIIIe siècle », *Revue des contrats*, 2015, p. 611.

DUPICHOT Jacques, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit "guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, Deffrénois, coll. Les Mélanges, 1979, p. 179.

DUPONT Nicolas, « Des actions en garantie des vices cachés et de celles fondées sur le dol : quelle articulation ? Pour quel intérêt ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2021, étude 4.

DURAND Paul, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *Recueil Dalloz*, 1956, p. 73.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2013, p. 669.

—, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 384.

EUDIER Frédérique, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, 2005, LGDJ, p. 225.

EYRAUD Anne-France, « Le dol exclut l'application de l'adage "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 3, 2005, II 10006.Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151,

FABRE-MAGNAN Muriel, « Critique de la notion de contenu du contrat », *Revue des contrats*, 2015, p. 639.

FADEUILHE Pierre, « Social - Actualité jurisprudentielle - Rupture conventionnelle et liberté de consentement », *Soc.*, 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Juris associations*, 2020, n° 613, p. 40.

FAGES Bertrand, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et Patrimoine*, n° 72, 1999, p. 82.

—, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2386.

- , « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 153.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, n° 1, 2004, p. 67.
- FÉDOU Jean-François, « Le juge et la révision du contrat », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 382.
- FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 516.
- FLEURY Pauline, « Prêt libellé en franc suisse et clause de remboursement en devise étrangère : nouvelle illustration », *Civ. 1^{ère}*, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 170, 2019, n° 6174.
- FONTAINE Marcel, « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *Droit et pratique du commerce international*, 1976, p. 42.
- FOYER Jacques, « Les bonnes mœurs », in *1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495.
- FRELETEAU Barbara, « La maxime Nemo auditur a-t-elle survécu à la réforme du droit des contrats ? », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1052.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 92, suppl. juillet-août 1996, p. 13.
- FROMION-HEBRARD Benoît, « Le prix du silence ou l'art de savoir se taire », *Civ. 1^{ère}*, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *Les Petites Affiches*, n° 242, 2000, p. 14.
- GARAUD Éric, « Le respect des droits et libertés fondamentaux », in Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy droit civil, 2021, n° 1072 (actu. juin 2022).
- GAUTIER Pierre-Yves, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 130.
- , « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patri.*, 2014, n° 240, p. 70.
- , « Vers une refonte de l'ordre public en matière de nullités », *Revue des contrats*, n° 3, 2019, p. 143.
- GÉNICON Thomas, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 44.
- GÉRAUD-LLORCA Edith, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in CHEVALLIER Jacques (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, coll. CURAPP, 1994, p. 61.
- GHESTIN Jacques, « L'utile et le juste dans les contrats », in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26, Sirey, 1981, p. 35.
- , « L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français », in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Larcier, 1994, p. 203.

- , « L'annulation d'office d'un contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Drat. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 593.
- , « En relisant “De la cause des obligations” de Henri Capitant », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 115.
- , « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 41, 2006. I. 177.
- , « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 49, 2006. I. 194.
- , et SERINET Yves-Marie, « L'erreur » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2017, (actualisation mai 2018).
- GOUQUET Jean-Jacques et PRIMAULT Didier, « Les agents dans le sport professionnel : analyse économique », *Revue Juridique et Économique du Sport*, 2006, n° 81, p. 7.
- GOUT Olivier, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 549.
- GRAYOT-DIRX Stéphanie et DELACOURT Sylvie, « Le rôle du juge en matière de preuve », *Gazette du Palais*, n° 363, 2015, p. 3.
- GRIMALDI Cyril, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *Revue des contrats*, n° 2, 2008, p. 207.
- , « La valeur normative des directives d'interprétation », *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 154.
- , « La fixation du prix », *Revue des contrats*, n° 3, 2017, p. 558.
- GRUA François, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 20 : Régime Général des Obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Indexations », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 18 sept. 2017, (actualisation Nicolas CAYROL, 6 nov. 2019).
- GUÉGUEN Jean- Marie, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *Recueil Dalloz*, 1999, chron. 352.
- GUILLEMAIN Maïté, « Fascicule n° 666 : Droit d'auteur. Contrat d'exploitation », *Jurisclasseur Commercial*, LexisNexis, 2 novembre 2016.
- GUTMANN Daniel, « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Revue histoire de la Justice*, 1998, p. 141.
- GUTSUNAEVA Alina, « La recherche d'un équilibre protecteur en matière contractuel », in Anne-Sophie SIEW-GUILLEMIN, Alexandra BAILE, Cédric CHAPPELLE, Caroline FABRE (dir.), *Équilibre(s) et déséquilibre(s) en droit*, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, p. 217.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « La naissance de l'obligation de sécurité », *La Gazette du Palais*, 1997.2. doctr. 1176.
- HAUSER Jean, « L'ordre public et les bonnes mœurs », in Pauline Rémy-CORLAY et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Actes, Thèmes & commentaires, 2003, p. 105.
- HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, et PIETTE Gaël, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Rép. civ.*, fév. 2019, (actu. sept. 2022).

- HEINICH Judith, « L'article 1195 du code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 », in Bertrand FAGES (dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, 2018, n° 1875, (actu. juin 2022).
- HEUGAS-DARRASPEN Henri, « L'établissement de crédit prêteur a une responsabilité spécifique à l'égard de l'emprunteur profane, plus étendue qu'à l'égard de l'emprunteur averti », *Civ. 1^{ère}*, 12 juill. 2005, n° 03-10921, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 271, *Revue de droit immobilier* 2006, p. 123.
- HOCQUET-BERG Sophie, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *La Gazette du Palais*, 1996.1. doct. 32.
- HOUTCIEFF Dimitri, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2021, p. 757.
- HYDE Aurore-Angélique, « 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 Théodore, « L'ambiguïté dans les contrats », *Recueil Dalloz*, 1976, chronique 153.
- JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil », *Droit et patrimoine*, 1998, p. 46.
- , « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *Les Petites Affiches*, n° 54, 1998, p. 25.
- , « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441
- JARROSSON Charles, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in Jacques MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels : colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1990, p. 141.
- JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Le contrat. Journées brésiliennes 2005*, t. LV, Société de législation comparée, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, p. 1.
- JEANNEAU Benoît, « Le traitement de l'équité en droit français », in *Les travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 33, 1970, Paris : Cujas, p. 21.
- JOSSERAND Louis, « Le contrat dirigé », *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1933, chronique, p. 89.
- JOURDAIN Philippe, « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *Revue trimestrielle de droit civil* 1994, p. 871.
- KAYSER Pierre, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *Revue de la recherche juridique*, 1999, p. 13.
- , « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », *Revue de la recherche juridique*, 2001, p. 15.
- KENDÉRIAN Fabien « Précisions de la Cour de cassation sur la nature et le champ d'application du droit de préemption du locataire commercial », *Civ. 3^{ème}*, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2018, p. 605.
- , « Baux commerciaux », *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103 et *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 19, 1151.

- , « Épilogue de la saga judiciaire sur le sort des « loyers Covid » : les loyers sont dus ! », *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2022, p. 435.
- LAGARDE Xavier, « L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes », *Les Petites Affiches*, n° 70, 2007, p. 6.
- , « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *Recueil Dalloz*, 2007, chron. 740.
- , « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 469.
- d) LASSERRE-KIESOW Valérie, « La vérité en droit civil », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 907.
- LATINA Mathias, « Contrat : généralités – Sources du droit des contrats » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017.
- , « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2180.
- LAMOUREUX Marie, « L'interprétation des contrats de consommation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2848.
- LÉAUTÉ Jacques, « Les contrats types », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1953, p. 429.
- LE TOURNEAU Philippe, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 298.
- LE TOURNEAU Philippe et Mathieu POUMARÈDE, « Bonne foi », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017, actualisation avril 2019.
- LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éditions du Juris-classeur, coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, p. 643.
- LEGROS Robert, « Considérations sur le fait et le droit », *Revue de Droit pénal et de criminologie*, 1961-1962, p. 1.
- LEVENEUR Laurent, « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, n° 58, 1998, p. 69.
- LEQUETTE Suzanne, « La notion de contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 3, 2018, p. 541.
- LEQUETTE Yves, « De l'efficacité des clauses de hardship », in Sarah BROS et Blandine MALLETT-BRICOUT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, pp. 266s.
- LIBCHABER Rémy, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1185.
- LINDON Raymond, « À chaque tribunal sa vérité », *La Semaine Juridique*, 1967, I, 2081, p. 9.
- LICARI François-Xavier, « Fascicule unique : Contrat. – Inexécution du contrat. – Réduction de prix », *Jurisclasseur Civil Code*, LexisNexis, 11 mars 2018, (actualisation 31 août 2019).
- LUBY Monique, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, 2001, chron. 3.
- LUCAS-PUGET Anne-Sophie, « La clause d'intégralité », *Responsabilité civile et Assurances*, n° 5, 2016, formule 5, p. 38.

- LY Filip DE, « Les clauses d'intégralité dans les contrats internationaux », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, p. 719.
- LYON-CAEN Antoine, « Le droit et la gestion des compétences », *Droit social*, n° 6, 1992, p. 573.
- MALABAT Valérie, « Pas de nullité sans texte... civil », *Revue des contrats*, n° 1, 2018, p. 159.
- MALAURIE Philippe, « L'office du juge et les moyens d'ordre public », *Recueil Dalloz* 1956, p. 517.
- MARCHADIER Fabien, « Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? », *Revue des contrats*, n° 3, 2016, p. 518.
- MARKESINIS Basil, « La notion de consideration dans la Common Law. Vieux problèmes et nouvelles théories », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, p. 735.
- , « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 4, 2001, p. 823.
- MARTENS Paul, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Buylant, 1992, p. 49.
- MARTIAL-BRAZ Nathalie, « L'objectivisation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et "l'interprétation in favorem" », *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 193.
- MARTIN Anne-Cécile, « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *Revue des contrats*, n° 2, 2019, p. 128.
- MARTIN Raymond, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 1983, I, 3100.
- , « Retour sur la distinction du fait et du droit », *Recueil Dalloz*, 1987, p. 308.
- , « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 163.
- , « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 308.
- , « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 20.
- , « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1444.
- , « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2201.
- MARTIN Didier R., « Droit bancaire », note Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ. IV*, n° 77, *Recueil Dalloz* 2009, p. 1044.
- MARTIN Xavier, « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 60, n° 4, 1982, p. 589.
- , « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD*, vol. 60, n° 4, 1982, p. 589.
- MARTZLOFF F., « L'équité devant le juge civil français », in FRYDMAN Patrick (dir.), *Justice, médiation et équité, Colloque Droit et démocratie*, 1992, Doc. fr., p. 57.
- MATHEY Nicolas, « Fascicule 20 : Période Précontractuelle.- Les négociations », *JurisClasseur*

- Contrats - Distribution*, LexisNexis, 27 juin 2019.
- MAUMONT Bertrand, « Déchéance du droit aux intérêts du prêteur. Le relevé d'office à l'épreuve de la prescription », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 21, 2018, 1260.
- MAUREL Émilie, « Pour une autonomie de l'abus de dépendance en droit des contrats », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 178, 2022, p. 28.
- MAURY Jacques, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1951, p. 485.
- MAZEAUD Denis, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 23.
- , « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *Les Petites Affiches*, n° 54, 1998, p. 8.
- , « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et la Commission Lando », in Christophe ALBIGES, Marie-Élisabeth ANDRÉ et al., *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.
- , « La cause », in *1804-2004. Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p. 451.
- , « La révision du contrat » *Les Petites Affiches*, n° 129, 2005, p. 4.
- , « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français », *Revue des contrats*, n° 3, 2010, p. 1076.
- , « Les sanctions droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in Cécile CHAINAIS, Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction : entre technique et politique, vol. 1*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 235.
- , « Sur les standards », *Revue de Droit d'Assas*, n° 9, 2014, p. 35.
- , « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 187.
- , « La place du juge en droit des contrats », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 353.
- , « Le nouveau droit des obligations : observations conclusives », *Revue des contrats*, n° Hors-série, 2018, p. 65.
- MAYMONT Anthony, « La violence économique : une réalité consacrée ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 120, 2014, p. 8.
- MEKKI Mustapha, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 49, 2010, doct. 1219.
- , « Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 2010, doct. 1257.
- , « Fasc. 20 : MANDAT. – Obligations du mandant.– Effets entre les parties.– Effets à l'égard des tiers », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 27 mai 2010, (actualisation 12 septembre 2012).
- , « Qui dit contractuel dit juge », *Gazette du Palais*, n° 14, 2016, p. 3.

- , « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 400.
- , « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *La Semaine Juridique Édition Notariale*, n° 3, 2017, act. 157.
- , « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 900.
- MERCADAL Barthélémy, « L'ordre public dans la réforme du droit des contrats », *Éditions Francis Lefebvre*, 2018. [En ligne] [L'ordre public dans la réforme du droit des contrats - Éditions Francis Lefebvre \(efl.fr\)](http://www.efl.fr)
- MESTRE Jacques et LAUDE Anne, « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.
- MESTRE Jacques, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éditions du Juris-classeur, coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, p. 677.
- MIGNOT Marc, « Fascicule unique : Vente.- Obligations du vendeur.- Interprétation du contrat », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 27 janvier 2020.
- , « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *Les Petites Affiches*, n° 96, 2016, p. 6.
- MOLFESSIS Nicolas, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Les Petites Affiches*, n° 117, 1998, p. 21.
- , « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 52, 2015, p. 1415.
- MONTOUX Danielle, « Fasc. 20 : Indexation. – Applications pratiques », in *JurisClasseur Notarial Formulaire*, LexisNexis, 16 juin 2000, (actualisation 15 mars 2017).
- MOTULSKY Henri, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Recueil Dalloz*, 1964, chron. 235, p. 237.
- MOURY Jacques, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1209.
- , « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *Recueil Dalloz* 2017, p. 1209
- NAJJAR Ibrahim, « La notion d'ensemble contractuel », in *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, LexisNexis/Litec, 2004, p. 509.
- NÉRON Sylvain, « Le standard, un instrument juridique complexe », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 38, 2011, doct. 1003.
- NIBOYET Jean-Paulin, « La révision des contrats par le juge, rapport général », in *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, Société de législation comparée, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 1937, p. 2.
- NORMAND Jacques, « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 152.
- , « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 461.

- , « Les fonctions des référés » in Jacques VAN COMPERNOLLE et Giuseppe TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1999, p. 73.
- OMMESLAGHE (van) Pierre, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *Rev. crit. jur. Belge*, 1970, p. 328.
- OPPETIT Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Journal de droit international*, n° 4, oct. 1974, p. 794.
- , « Portalis philosophe », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 331.
- PARLEANI Gilbert, « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *Actualité Juridique Contrat*, 2019, p. 149.
- PARANCE Béatrice, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit après les arrêts du 12 juillet 2005 », *Civ. 1^{ère}*, 12 juill. 2005, n° 03-10921, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 271, *Recueil Dalloz* 2005. 3094.
- PERDRIAU André, « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ? », *La Gazette du Palais*, n° 2, 1996, doct. 1388.
- PELLET Sophie, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 24, 2016, act. 676.
- PÉRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 16, 2016, p. 454.
- PETIT Bruno, Sylvie ROUXEL et Nathalie RZEPECKI, « Art. 1140 à 1143 - Fasc. unique : Contrat. – Vice du consentement. – Violence », in *JurisCl. Civil Code*, LexisNexis, 15 avril 2023.
- PICARD Etienne, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 902.
- PICOD Yves, *Jurisclasseur Civil Code*, « Fasc. unique : Contrat. – Effets du contrat. – Imprévision », LexisNexis, 2018, (actualisation 1^{er} sept. 2020).
- , « Fasc. unique : Contrat. – Force obligatoire du contrat. – Bonne foi », in *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 20 nov. 2019, (actualisation 1^{er} sept. 2020).
- PIERRE-MAURICE Sylvie, « Requête conjointe », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, avril 2008 (actu. déc. 2019).
- PIGNARRE Geneviève, « Que reste-t-il des bonnes moeurs en droit des contrats ? “Presque rien ou presque tout ?” », *Revue des contrats*, n° 4, 2005, p. 1290.
- PONCELET Christian, « Ouverture », in Christian PONCELET et al., *Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006 - L'Office du juge*, organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006. [En ligne] [https:// www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf](https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)
- POSEZ Alexis, « Pas de nullité sans texte : Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », *Revue des contrats*, n° 1, 2018, p. 163.
- RADÉ Christophe, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Revue du droit social*, 2002, p. 931.
- RAWACH Eid, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 223.
- REGNAULT Sébastien, « Les avatars de la clause d'indexation (I). Le droit classique de la clause d'indexation », *Actualité Juridique Contrat*, 2018, p. 118.

- RENARD Georges, « Le Fait et le Droit » in *Le Droit, la logique et le bon sens : Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (2^e série)*, Paris : L. Tenin, 1925, 408 p.
- RENET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 199.
- , « Le juge et la révision du contrat », *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 373.
- , « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 1, p. 1771.
- , « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *Revue des contrats*, n° 2, 2019, p. 106.
- ROUVIÈRE Frédéric, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017 p. 529.
- , « La remise en cause du contrat par le juge », in LARDEUX Gwendoline, (dir.) *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 41.
- , « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il impératif juridique ? », *RTD civ.*, 2020, p. 738.
- ROZÈS Louis, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Revue du droit social*, 1977, p. 311.
- SAK Hans, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *Revue de la Recherche Juridique*, 2002, p. 1679.
- SANTA-CROCE Muriel, « Fasc. 70 : Contrats Internationaux. – Domaine de la loi du contrat. – Interprétation du contrat. – Exécution en nature des obligations », in *JurisClasseur Civil Code*, 1^{er} mars 2008, (actualisation 30 avril 2018).
- SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha et AUBRY Hélène, « Recodification du droit de la consommation - À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 15, 2016, act. 319.
- SÉRAPONIAN Jimmy et AUBERT Théotime, « Fasc. 1000-60 : Recours en révision. – Recevabilité », in *JurisClasseur Procédure Civile*, LexisNexis, 26 février 2019.
- SÉRIAUX Alain, « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Litec-Dalloz, p. 299.
- SIMLER Philippe, « Art. 1188 à 1192 - Fasc. 10 : Contrat. – Interprétation du contrat. – L'instrument : notion, normes, champ d'application », in *Jurisclasseur Civil Code*, LexisNexis, 4 mai 2017.
- , « Fasc. n° 31 : Contrat.- Interprétation des contrats.- La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », in *Juriscl. Notarial Répertoire*, LexisNexis, 4 mai 2017.
- SOLEIL Sylvain, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, 2009, vol. 1, n° 19, p. 225.
- STASIAK Frédéric, « Le fondement de la réparation du dommage résultant d'une assistance bénévole au regard des tendances actuelles de la jurisprudence civile », *Les Petites Affiches*, n° 89, 1996, p. 9.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *Actualité Juridique Contrats d'affaires*, 2015, p. 262.

- , « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des Contrats*, n° Hors-série, 2016, p. 30.
- STORCK Michel, « Différence entre obligation d'information et obligation de conseil à la charge du commercialisateur d'OPCVM », obs. Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ. IV*, n° 77, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2008, p. 592.
- TAISNE Jean-Jacques, « Art. 2247 à 2254 - Fasc. unique : Prescription. – Conditions : Invocation, renonciation, aménagement conventionnel », in *JurisClasseur Civil Code*, 1^{er} déc. 2021.
- TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, p. 403.
- TERRÉ François, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 21.
- TEYSSIER Céline, « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », *CCC*, n° 6, 2023, étude 7.
- THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 357.
- TOUFFAIT Adolphe et TUNC André, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 487.
- TRICOT Daniel, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *Revue des contrats*, n° 1, 2015.
- TUNC André, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit, Séminaire de Liège, 21 et 22 oct. 1977*, Liège : Université de Liège, 1978, p. 281.
- , « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n° 9, 1998, p. 123.
- , « Équité », in *Encyclopædia Universalis*, t. 8, Paris : Encyclopædia universalis, 2008, p. 848.
- VAN OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1980, p. 7.
- VELARDOCCHIO Dominique, « Clause d'intégralité », *Droit et Patrimoine*, n° 114, 2001, p. 45.
- VIVANT Michel (dir.), « 1696 - Clause de "benchmarking" » in *Le Lamy droit du numérique*, Lamy, mis à jour avril 2020.
- VOULET Jacques, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 1971. I. 2410.
- WITZ Claude, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2020.
- XAVIER Charles, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? » in Jean-Pierre ANCEL, Jean BARTHÉLÉMY, et al., *Mélanges en honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 511.
- ZAKI Magdi Sami, « Définir l'équité », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 35, 1990, p. 87.
- ZÉNATI Frédéric, « Le juge et l'équité », in *Annales de la faculté de droit de Lyon*, L'Hermès, 1985-89, p.

ZWEIGERT Konrad, « Des solutions identiques par des voies différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 1, 1966, p. 5.

2) Sources en anglais

BIENENSTOCK Sophie, « The Deterrent Effect of French Liability Law: the Example of Abusive Contract Terms », *Revue d'Économie Politique*, 2019, vol. 129, n° 2, p. 205.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Termination of Contract: A Missed Opportunity For Reform », in John CARTWRIGHT, Simon WHITTAKER and Stephen VOGENAUER (dir.), *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Hart Publishing, 2009, p. 169.

GILIKER Paula, « The influence of EU and European Human Rights law on English private law », *ICLQ*, vol. 64, n° 2, 2015, p. 237.

LAMBERTERIE Isabelle DE, « The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts, 2 : French report », in Donald HARRIS et Denis TALLON (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, 1989, p. 220.

PHILLIPSON Gavin, « The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? », *The Modern Law Review*, vol. 62, n° 6, 1999, p. 824.

THIBIERGE Louis, « Force majeure and its effects », *International Business Law Journal*, n° 6, 2017, p. 603.

D) Notes et chroniques de jurisprudence

ABRAVANEL-JOLLY Sabine, « Nullité de plein droit d'une transaction pour manquement de l'assureur à son devoir d'information même en l'absence de preuve d'un préjudice : un revirement », Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92 *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2023, p. 2.

ADIDA-CANAC Hugues, VASSEUR Thomas et de LEIRIS Edouard, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 736.

AJACCIO François-Xavier, CASTON Albert et PORTE Rémi, « Interprétation d'une clause d'exclusion », Civ. 3^{ème}, 20 avril 2017, n° 16-13462, inédit, *Gazette du Palais*, n° 30, 2017, p. 52.

ALFANDARI Elie, « Les liaisons dangereuses du droit associatif et du droit immobilier. L'issue : la liberté », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1493.

ALIDOR Bastien, « Éclairages sur le droit de préférence du preneur à bail commercial », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 37, 2018, 1454.

AMAUDRIC DU CHAFFAUT Benjamin et FORGERON Jean-François, « Jurisprudence - Assurances terrestres », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Gazette du Palais*, n° 109, 2001, p. 37.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Glissement d'une concentration des moyens vers une concentration

des demandes », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *Gazette du Palais*, n° 63, 2012, p. 20.

—, « Procédure civile - Droit judiciaire privé – Chronique », Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *La Semaine Juridique - Édition Générale* 2008, I, 138, n° 9.

—, « Le juge et la détermination des clauses abusives », Civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, n° 88-16727, *Bull. civ. I*, 1989, n° 379, p. 255, *Deffrénois*, n° 6, 1991, p. 366.

—, « La fixation des honoraires d'un conseil juridique », Civ. 1^{ère}, 19 juin 1990, n° 88-20266, *Bull. civ. I*, n° 170, p. 120, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 317.

—, « La fixation des honoraires d'un conseil juridique », Civ. 1^{ère}, 19 juin 1990, n° 88-20266, *Bull. civ. I*, n° 170, p. 120, *Deffrénois*, n° 6, 1991, p. 358.

—, « L'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats », Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *Deffrénois*, n° 22, 1993, p. 1377.

—, « Validité de la renonciation aux effets d'une règle d'ordre public », Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ. I*, 1998, n° 120, p. 79 *Deffrénois*, n° 11, 1998, p. 749.

—, « Chronique de jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Deffrénois*, n° 4, 2000, p. 250.

—, « Jurisprudence – Travail », Soc., 5 fév. 2002, n° 99-45861, *Bull. civ. IV*, 2002, n° 54, p. 51, *Gazette du Palais*, n° 117, 2002, p. 17.

—, « Droit des contrats », Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2966.

—, « Droit des contrats », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2836.

—, « Droit des contrats », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 391.

—, « Droit des contrats », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 472.

—, « Droit des contrats », Com., 30 juin 2009, n° 08-14944, inédit, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 224.

—, « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, « Droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 529.

—, « Droit des contrats », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Recueil Dalloz* 2006. 2638.

—, « Droit des contrats », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit « Droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 529.

—, « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 459.

AMRANI-MEKKI Soraya et FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit des contrats. Octobre 2009 - novembre 2010 », Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 472.

AMRANI-MEKKI Soraya et MEKKI Mustapha, « Droit des contrats. janvier 2012 - janvier 2013 », Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n° 188, *Recueil Dalloz* 2013, p. 391.

- ANCEL Pascal, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1386.
- ANDJECHAIRI-TRIBILLAC Sarah, « Bail commercial - La légitimité de la clause de non-concurrence dans les baux commerciaux », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n° 156, p. 103, *Loyers et copropriété*, n° 12, 2016, étude 15.
- ANSAULT Jean-Jacques, « Astreinte : l'astreinte "conventionnelle" est bien une clause pénale », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Gazette du Palais*, n° 325, 2015, p. 15.
- , « L'autorité de la chose jugée mise à mal pour éradiquer les clauses abusives », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Gazette du Palais*, n° 23, 2023, p. 13.
- ASSELIN Maud, « Droit des assurances », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 2022, 1317.
- ATIAS Christian, « Chronique de jurisprudence », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Deffrénois*, n° 12, 2001, p. 795.
- AUBERT Jean-Luc, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ. I*, 2002, n° 218, *Deffrénois*, n° 3, 2003, p. 185.
- , « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ. I*, 2002, n° 218, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 369.
- AUBRY Hélène, « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 617.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 790.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 617.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77, Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 583.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87 et Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 607.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2020, n° 19-11119, inédit, *Recueil Dalloz* 2021, p. 594.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 624.
- , « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 840.
- , « Droit de la consommation », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 607.
- AUGUET Yvan, « "Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité !" », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n° 156, p. 103, *Dr. et Patr.*, n° 91, 2001.

- AUROY Nathalie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2092.
- AUZERO Gilles, Soc., 29 octobre 2002, n° 00-46886, *Bull. V*, n° 327, p. 314, *Lexbase Hebdo édition sociale*, 2002, n° 47.
- , « Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 480.
- AVENA-ROBARDET Valérie, « Le doute profite toujours au consommateur », Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 693.
- , « Assurance de groupe : même explicite, la notice ne suffit plus ! », Ass. Plén. 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. civ. ass. plén.*, 2007, n° 4, p. 9, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 863.
- , « Crédit à la consommation : la première Chambre civile campe sur ses positions », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 947.
- , « La caution doit se méfier de l'autorité de la chose jugée », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364, *Bull. civ. I*, 2010, n° 150, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1780.
- , « Devoir de mise en garde : point de départ du raisonnement des juges », Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 109.
- , « La situation irrémédiablement compromise du débiteur exploitée par la caution », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2308.
- , « Concentration des moyens n'est pas concentration des demandes », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *Dalloz actualité*, 10 juin 2011.
- , « La concentration des moyens n'est pas la concentration des demandes », Civ. 2^{ème}, 16 mars 2017, n° 16-15426, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 366.
- , « L'astreinte conventionnelle est une clause pénale », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Dalloz actualité*, 11 sept. 2015.
- AVOUT (d') Louis, « Droit du commerce international », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285 et Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1934.
- AYNÈS Augustin et DUPICHOT Philippe, « Septembre 2014 – juillet 2015 : Cautionnement à bout de souffle, porte-fort et Dailly dans le vent et réforme du gage des stocks à l'horizon », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Droit et patrimoine*, n° 251, 2015, p. 83.
- AYNÈS Laurent, « Indivisibilité de l'hypothèque et partage en nature », Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, n° 94-13242, *Bull. civ. I*, 1996, n° 63, p. 42, *Defrénois*, n° 6, 1997, p. 401.
- , « La caution peut-elle contester la validité de l'acte de cautionnement alors qu'elle a reçu une injonction de payer revêtue de la formule exécutoire ? », Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, n° 97-19674, *Bull. civ. I*, 2000, n° 11, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 693.
- , « L'erreur provoquée est toujours excusable », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ. III*, 2001, n° 20, p. 17, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3236.
- , « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999,

- Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15 et Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 13.
- AYNÈS Laurent et MAZEAUD Denis, « Rupture unilatérale du contrat », Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *Revue des contrats*, n° 2, 2004, p. 273.
- AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, « Mai-novembre 2010 : Des revirements qui se précisent, par réalisme et logique », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Droit et patrimoine*, n° 200, 2011, p. 69.
- AYEWOUADAN Akodah, « Un fichier client non déclaré auprès de la CNIL est hors du commerce », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Les Petites Affiches*, n° 249, 2013, p. 8.
- BARTHEZ Anne-Sophie, « Violence et cautionnement », Com., 28 janv. 2014, n° 13-10292, inédit, *Revue des contrats*, n° 3, 2014, p. 409.
- BAZIN Éric, « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *Les Petites Affiches*, n° 178, 2005, p. 16.
- , « Retour sur l'office du juge en droit de la consommation : l'abandon du pouvoir régulateur du juge ? », Civ. 1^{ère}, 7 sept. 2022, n° 21-16254, *Bull. civ. I*, p. 275, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 46, 2022, 1373.
- BAKOUCHE David, « La cause du contrat instrument du démantèlement de l'institution du mariage », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 1 – 2, 2012, act. 9.
- BALAT Nicolas, « Le cumul d'actions en droit des obligations », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2020, n° 19-11119, inédit ; *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1819.
- , « Une utilisation discutable de l'intention du législateur et de l'adage specialia generalibus derogant au secours de l'articulation des textes sur les clauses abusives », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue des contrats*, n° 3, 2022, p. 89.
- , « Fin de partie pour les clauses de limitation de valeur des biens dans le déménagement de consommation ? », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Bull. civ. I*, 2019, p. 164, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 181, 2020, n° 6782.
- BARBIER Hugo, « Le prix dérisoire et le défaut de consentement ramenés dans le giron de la nullité relative : la prise des derniers bastions de la théorie classique par la théorie moderne des nullités », Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n° 03-10766, *Bull. civ. I*, 2004, n° 216, p. 181, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 343,
- , « Le fichier de clientèle informatisé non déclaré à la CNIL est hors commerce », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 595.
- , « Épilogue assurantiel de l'affaire Our body : quand l'article 6 du code civil déjoue son article 2 », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178 *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 121.
- , « La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 123.

- , « Les progrès de l'analyse des obligations relatives à la dette d'un tiers hors le cautionnement », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 622.
- , « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 57, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 869.
- , « La responsabilité en cascade des intermédiaires contractuels en cas d'échec du contrat », Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull. civ. I*, 2016, n° 794, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 351.
- , « Des engagements contractuels ou unilatéraux visant la paix des familles ou des affaires : la paix ne s'impose pas, elle se propose, sinon le juge s'oppose ! », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 339.
- , « La nullité simplement relative des cessions de titres à prix dérisoire, source de leur sécurisation ? », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 7, 2016, p. 377.
- , « Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, p. 377.
- , « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat via la sanction des clauses abusives », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, p. 383
- , « La conversion en présomption simple d'une présomption irréfragable établie par une clause de preuve », Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 123.
- , « Par-delà le contrat, l'opération », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n° 58, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 642.
- , « De quelques effets, inattendus et absolutistes, de l'ordre public », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n° 73, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 647.
- , « L'articulation des sanctions contractuelles : entre exclusivité, cumul et inclusion », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n° 73, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 661.
- , « L'indépendance de la faculté de substitution », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 875.
- , « Quelques précisions utiles à propos de l'ordre public surplombant le contrat », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 886.
- , « Vers une interprétation stricte du champ des clauses de conciliation ou de médiation », Civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-15286, *Bull. civ. III*, 2019, p. 39, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 578.
- , « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ? », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 334.

- , « Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164 *Bull. civ. I*, p. 164, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, p. 109.
- , « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 356.
- , « L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2022, p. 124.
- , « Le créancier qui n'a pu profiter de la contrepartie attendue du contrat ne peut invoquer la force majeure », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2022, p. 887.
- , « Le devoir d'indépendance de l'avocat ne l'empêche pas de se prévaloir d'un abus de dépendance », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2022, p. 121.
- , « L'erreur sur les qualités juridiques de la chose », Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 880.
- , « Le relevé d'office du juge est-il imprescriptible ? », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, Com. 28 mars 2018, n° 16-27832, inédit, Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67 et CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 janv. 2018, n° 16/12948, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 904.
- , « Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ? », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 321.
- , « Des dissuasions financières d'exercer sa liberté de ne plus contracter », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 106.
- , « Une clause de déchéance n'est pas une prérogative contractuelle mais relève de la substance des droits et obligations du contrat », Com., 19 juin 2019, n° 17-26635, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 577.
- , « Regain d'incertitude quant au préjudice réparable en cas d'action en seuls dommages-intérêts pour dol », Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 576.
- , « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », Com., 21 juin 2016, n° 14-29874, inédit et Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 847.
- , « Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 890.
- , « La partie empêchée de profiter de sa créance ne peut invoquer la force majeure », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2021, p. 126.

- , « Le juge des référés et le contrat : textes anciens et réforme du droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 854.
- , « Pas d’astreinte dans le contrat mais pas d’astreinte sans contrat », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 102.
- BARBIER Jehan-Denis, « Le droit de préemption du locataire exclut les honoraires de l’agent immobilier », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Gazette du Palais*, n° 40, 2018, p. 61.
- , « Interprétation restrictive d’une transaction », Civ. 3^{ème}, 4 juill. 2019, n° 18-16731, inédit, *Gazette du Palais*, n° 39, 2019, p. 56.
- , « Le refus d’exonérer les commerçants des « loyers Covid » : une décision politique », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Gazette du Palais*, n° 37, 2022, p. 43.
- BARBIER Jehan-Denis, BRAULT Charles-Édouard et BRAULT Philippe-Hubert, « Chronique de jurisprudence », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Gazette du Palais*, n° 49, 2012, p. 23.
- , « Chronique de jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118 *Gazette du Palais*, n° 198, 2010, p. 28.
- BARBIERI Jean-Jacques, « Lait et produits laitiers - Pas de quota dans l’ordre public rural », Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n° 188, *Revue de droit rural*, n° 408, 2012, p. 115.
- BARBIÈRI Jean-François « Mort des associations de commerçants : l’intérêt individuel l’emporte sur le collectif », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Revue des sociétés*, 2011, p. 182.
- , « L’inopposabilité d’une cession de parts non agréée et ses suites », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 7-8, 2018, p. 422.
- , « Composition des SEL d’avocats : le refus de l’interprofessionnalité, une position dépassée ? », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, 2015, p. 78.
- BARBOT Stéphanie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1419.
- , « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 1430.
- BARBOU DES PLACES Ségolène, CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, « Primauté - Application du droit de l’Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87, *Europe*, n° 2, 2019, 1.
- BARRILLON Clément, « Inopposabilité de la cession de parts d’une SNC effectuée en violation d’une clause d’agrément », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 23, 2018, act. 645
- BARRY Stanislas, « Délai biennal de la garantie des vices cachés : forclusion ! », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *Les Petites Affiches*, n° 4, 2022, p. 64.
- BATTEUR Annick « Une solution pragmatique peu morale : l’absence de nullité du contrat de

- courtage matrimonial souscrit par une personne mariée », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, LEFP, n° 11, 2011, p. 1.
- BATTISTINI Patrice, « La vente consentie à un prix indéterminé ou vil est sanctionnée d'une nullité relative », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Les Petites Affiches*, n° 93, 2016, p. 10.
- , « Est illicite la clause limitant la révision du loyer à la baisse au loyer initial contractuel », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Les Petites Affiches*, n° 166, 2017, p. 12.
- , « La potentielle connaissance par l'acquéreur de risques sonores n'exclut pas en soi le dol par manœuvres, les juges du fond devant rechercher si l'acquéreur aurait contracté en l'absence des manœuvres dolosives », Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *Les Petites Affiches*, n° 150, 2015, p. 19.
- BAZAILLE Joséphine, « Nouveau sort pour les clauses d'indexation excluant la réciprocité », Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 3, 2022, p. 2.
- BEAUGENDRE Sébastien, « L'ordre public dans les rapports locatifs », Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, n° 97-17373, *Bull. civ. III*, 1999, n° 123, p. 85, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 733.
- , « Effet suspensif de la force majeure et responsabilité subséquente », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2972.
- BEAUSSONIE Guillaume, « L'extracommercialité relative d'un fichier informatisé de clientèle », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1867.
- BECKER Bernard-Olivier, « Cessions de droits sociaux », Com., 19 juin 2019, n° 17-26635, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 5, 2020, 1034.
- BÉGUIN-FAYNEL Céline, « Point de départ du délai de prescription quinquennale pour défaut d'information et de conseil en assurance emprunteur », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 3, 2022, p. 4.
- BEHAR-TOUCHAIS Martine « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Revue des contrats*, n° 2, 2015, p. 293.
- , « La clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat de franchise », Com., 24 nov. 2009, n° 08-17650, inédit, *Revue des contrats*, n° 3, 2010, p. 921.
- , « Fin de partie pour l'exigence de concentration des moyens en matière de clauses abusives », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 12, 2023, act. 386.
- BEIGNIER Bernard, « Le legs et l'adultère font bon ménage », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Droit de la famille*, n° 12, 2004, comm. 230.
- , « La nullité d'une donation partage ne peut être qu'une nullité relative », Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n° 03-10766, *Bull. civ. I*, 2004, n° 216, p. 181, *Droit de la famille*, n° 11, 2004, comm. 206.
- , « Le legs et l'adultère font bon ménage », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *Droit de la famille*, n° 12, 2004, comm. 230.

- , « Donation entre époux - Clause de révocation de la donation de biens présents en cas de divorce : “marche arrière toute !” », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *Droit de la famille*, n° 5, 2012, comm. 83.
- BÉLAVAL Marie-Laure, ORSINI Isabelle, SALOMON Renaud, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Com., 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. civ. IV*, 2009, n° 92, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2580.
- BELLIVIER Florence et NOIVILLE Christine, « Hadès et le contrat », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Revue des contrats*, n° 2, 2011, p. 605.
- BELMONTE Loetitia, « La contrainte économique dans le giron de la violence », Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Les Petites Affiches*, 2001, p. 17.
- BELVAL (de) Bertrand, « Tierce opposition et arbitrage d’honoraires », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Gazette du Palais*, n° 34, 2020, p. 40.
- BEN HADJ YAHIA Sonia, « Jurisprudence - Consommation », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Gazette du Palais*, n° 13, 2009, p. 20.
- BÉNABENT Alain, « Conformité et vices cachés dans la vente : l’éclaircie », Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993, n° 91-19627, *Bull. civ. I*, 1993, n° 362, p. 252 et Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1993, n° 90-20932, *Bull. civ. I*, n° 302, p. 208, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 115.
- , « L’action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle », Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-18047, *Bull. civ. I*, 1993, n° 159, p. 110, *Recueil Dalloz*, 1993, p. 506.
- , « Conformité et vices cachés dans la vente : l’éclaircie », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, n° 91-16344, *Bull. civ. I*, 1993, n° 287, p. 198, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 115.
- , « Devoir de requalification du juge : oui pour les faits et actes, non pour les actions en justice », Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *Revue des contrats*, n° 2, 2008, p. 327.
- , « Le droit d’héberger ses proches, droit fondamental », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Deffrénois*, n° 23, 1996, p. 1432.
- , « Charge de la preuve et office du juge dans la fixation d’honoraires non préalablement convenus », Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-21161, *Bull. civ. I*, 1997, n° 313, p. 213, *Deffrénois*, n° 6, 1998, p. 405.
- , « Chose jugée ou unicité du procès ? Recevabilité de l’action en nullité d’un contrat après un procès en exécution ou résiliation », Civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, n° 93-16147, *Bull. civ. I*, 1995, n° 172, p. 123, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 121.
- BERLAUD Catherine, « Jurisprudence - Baux commerciaux », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118 *Gazette du Palais*, n° 154, 2010, p. 26.
- , « Jurisprudence - Personne humaine », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Gazette du Palais*, n° 266, 2010, p. 28.
- , « Jurisprudence - Contrats et obligations », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Gazette du Palais*, n° 349, 2011, p. 24.
- , « Jurisprudence - Contrats et obligations », *Gazette du Palais*, n° 292, 2012, p. 23.
- , « La force majeure n’exonère pas la caution de son obligation de somme d’argent », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Gazette du Palais*, n° 275, 2014, p. 18.

- , « Demande de remboursement d'honoraires », Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, *Gazette du Palais*, n° 11, 2023, p. 24.
- , « Assistance bénévole et responsabilité contractuelle », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Gazette du Palais*, n° 4, 2022, p. 26.
- , « Action en responsabilité contre le prêteur : point de départ du délai de prescription », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Gazette du Palais*, n° 4, 2022, p. 24.
- , « L'avocat économiquement dépendant peut invoquer la violence pour annuler la convention », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Gazette du Palais*, n° 2, 2022, p. 26.
- , « Le harcèlement moral ne rend pas nulle la convention de rupture », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Gazette du Palais*, n° 7, 2019, p. 34.
- , « Harcèlement moral : la rupture conventionnelle peut s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *Gazette du Palais*, n° 45, 2013.
- , « Le zèle du tribunal n'est pas récompensé ... », Civ. 1^{ère}, 7 sept. 2022, n° 21-16254, *Bull. civ. I*, p. 275, *Gazette du Palais*, n° 29, 2022, p. 24.
- , « Vice caché des algues sargasses », Civ. 1^{ère}, 7 sept. 2022, n° 21-16254, *Bull. civ. I*, p. 275, Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Gazette du Palais*, n° 23, 2022, p. 25.
- , « Manœuvres dolosives et nullité : le domaine étendu de l'appréciation souveraine », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Gazette du Palais*, n° 16, 2016, p. 32.
- , « Opposition par la caution de la déchéance des intérêts : que venait donc faire la prescription ? », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Gazette du Palais*, n° 22, 2018, p. 51.
- , « Responsabilité pour n'avoir pas introduit un pourvoi à titre conservatoire mais pas de préjudice », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-50056, *Bull. civ. I*, 2019, p. 171, *Gazette du Palais*, n° 11, 2019, p. 44.
- , « Attention à la forme des conclusions d'appel », Civ. 2^{ème}, 30 sept. 2021, n° 19-12244, *Bull. civ. II*, 2021, p. 289, *Gazette du Palais*, n° 36, 2021, p. 40.
- , « Protection du consommateur de crédit », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Gazette du Palais*, n° 12, 2023, p. 29.
- , « Rupture de collaboration libérale : diverses demandes diversement accueillies », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 11, 2019, p. 42.
- , « Assurances terrestres », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n^{os} 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Gazette du Palais*, n° 174, 2011, p. 26.
- , « Qualification, requalification et office du juge », Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ. V*, 2013, n° 45 ; *Gazette du Palais*, 7 mars 2013, n° 66.
- , Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ. V*, 2013, n° 45, *Gazette du Palais*, 2013, n° 66.
- , « Obligation de payer le loyer même en période de fermeture sanitaire », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127,

Bull. civ. III, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Gazette du Palais*, n° 24, 2022, p. 23.

—, « Vente d'un fichier informatisé de données personnelles non déclaré », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ.* IV, 2013, n° 108, *Gazette du Palais*, n° 185, 2013.

—, « L'exposition « Our body/A corps ouvert » et le contrat d'assurance », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ.* I, 2014, n° 178, *Gazette du Palais*, n° 317, 2014, p. 24.

—, « Une société d'experts-comptables ne peut détenir une participation au sein d'une société d'avocats », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ.* I, 2015, n° 6, *Gazette du Palais*, n° 29, 2015, p. 22.

—, « Conséquences de la nullité du contrat de construction », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ.* III, 2015, n° 59, p. 57, *Gazette du Palais*, n° 190, 2015, p. 21.

—, « Complications autour d'une donation-partage », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ.* I, 2015, n° 322, p. 323, *Gazette du Palais*, n° 2, 2016, p. 44.

—, « Qualification d'une clause pénale dans un contrat de location de matériel », Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ.*, IV, 2016, n° 86, p. 105 *Gazette du Palais*, n° 25, 2016, p. 39.

—, « Quelle nullité sanctionne les conditions de validité du mandat ? Revirement de jurisprudence », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Gazette du Palais*, n° 10, 2017, p. 37.

—, « Prescription de l'action en nullité de cession d'actions pour vil prix », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ.* IV, 2016, n° 50, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 15, 2016, p. 35.

—, « Effet de la clause de renonciation à la révision judiciaire du loyer », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ.* III, 2017, n° 45, p. 50 ; *Gazette du Palais*, n° 17, 2017, p. 40.

—, « Action en concurrence déloyale et clause attributive de juridiction », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ.* I, 2017, n° 216, p. 285, *Gazette du Palais*, n° 8, 2019, p. 42.

—, « Location gérance et bail commercial : condition des deux années d'exploitation personnelle », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ.* III, 2018, n° 33, p. 29, *Gazette du Palais*, n° 15, 2018, p. 38.

—, « Cession de parts d'une SNC », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ.* IV, 2018, n° 56 *Gazette du Palais*, n° 22, 2018, p. 54.

—, « Fixation des honoraires de l'avocat : la justification de diligences pour un règlement amiable n'est pas requise », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n^{os} 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ.* II, 2018, n° 106, *Gazette du Palais*, n° 23, 2018, p. 37.

—, « Travaux non compris dans le devis : sanction de l'absence de clause manuscrite », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ.* III, 2018, n° 73, *Gazette du Palais*, n° 25, 2018, p. 33.

—, « L'offre de vente au preneur en cas de vente du local et les honoraires de l'agent immobilier », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ.* III, 2018, n° 76, *Gazette du Palais*, n° 27, 2018, p. 26.

—, « Questions de prescription à propos d'une vente d'immeuble », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ.* III, 2018, p. 401, *Gazette du Palais*, n° 36, 2018, p. 38.

—, « Conditions générales de vente et charge du droit de suite », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *Gazette du Palais*, n° 40, 2018, p. 43.

- , « Rupture de collaboration libérale : diverses demandes diversement accueillies », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 11, 2019, p. 42.
- , « Endossement de chèques bancaires : droit à la preuve et équilibre des intérêts », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *Gazette du Palais*, n° 23, 2019, p. 32.
- , « Présomption irréfragable du caractère abusif de la limitation des obligations du professionnel », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164 *Bull. civ. I*, p. 164, *Gazette du Palais*, n° 3, 2020, p. 30.
- , « Appel : remise en cause de l'autorité de chose jugée par un moyen non soutenu devant le TGI », Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *Gazette du Palais*, n° 12, 2020, p. 35.
- , « Honoraires de l'avocat », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Gazette du Palais*, n° 13, 2020, p. 47.
- , « Conséquence de l'illicéité du contrat entre un avocat et son client », Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ. I*, 2021, p. 85, *Gazette du Palais*, n° 10, 2021, p. 38.
- , « Audience radiophonique et droit de la preuve : la mesure demandée doit être nécessaire et proportionnée », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *Gazette du Palais*, n° 15, 2021, p. 37.
- , « Nature de la caution et régime et conséquences de la solidarité des copreneurs d'une maison d'habitation », Civ. 3^{ème}, 8 avril 2021, n° 19-24874, inédit, *Gazette du Palais*, n° 8, 2021, p. 33.
- , « Délais de prescription pour l'action récursoire du maître d'œuvre contre le vendeur de matériaux », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047, *Bull. civ. III*, 2022, p. 34, *Gazette du Palais*, n° 8, 2022, p. 33.
- , « L'office de qualification du juge de l'exécution : astreinte ou clause pénale ? », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Gazette du Palais*, n° 2260, 2015, p. 25.
- , « Engagement de caution disproportionné et prescription de l'exception », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Gazette du Palais*, n° 7, 2018, p. 38.
- , « Droit européen concernant les clauses abusives vs autorité de chose jugée de la décision d'admission de créance », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Gazette du Palais*, n° 7, 2023, p. 24.
- BERLOZ Pierre, « Le cadavre objet de convention », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Revue des contrats*, n° 2, 2015, p. 361.
- BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Prêts libellés en francs suisses et remboursables en euros : quand la Cour de cassation vient au secours des emprunteurs », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2017, 136.
- , « Crédit immobilier, clause abusive et relevé d'office du juge », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2019, comm. 15.
- , « Le réputé non écrit est une sanction différente de la nullité », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177 *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2019, comm. 112.

- , « Une clause de limitation de valeur insérée dans un contrat de déménagement est irréfragablement présumée abusive », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2020, comm. 52.
- , « Vente - Articulation entre garantie des vices cachés et garantie légale de conformité », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2020, n° 19-11119, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, 2020, p. 149.
- , « Clauses abusives - Quand le droit français de la procédure civile doit se concilier avec le droit européen de la consommation, au nom de l'effectivité », Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2022, 69.
- , « Droit processuel de la consommation - Office du juge et indisponibilité de l'objet du litige : une articulation délicate en droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 7 sept. 2022, n° 21-16254, *Bull. civ. I*, p. 275, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, 2022, 178.
- , « Les clauses de déchéance du terme ou de résiliation de plein droit du prêt fustigées par la première chambre civile de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2023, comm. 89.
- , « Le relevé d'office du juge de l'exécution : comment éradiquer les clauses abusives au stade des procédures civiles d'exécution ? », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2023, comm. 68.
- , « Procédures civiles d'exécution et office du juge : application de la jurisprudence européenne » Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2023, comm. 105.
- BESSON François, « Rapport de François Besson, conseiller à la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Justice et Cassation*, 2022, p. 221.
- BESSON Marie-Laure, « Le mandat de l'agent immobilier à l'aune de la réforme du droit des obligations », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 4, 2017, p. 1.
- BIACCICHETTI Edith, « Pratique du droit des réseaux de distribution. Chronique N° IV », Com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, *Bull. civ. IV*, 2006, n° 9, p. 8, *Les Petites Affiches*, n° 226, 2006, p. 6,
- BIBAL Frédéric, « Les frais médicaux et hospitaliers ne se confondent pas avec les dépenses de santé », Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2018, n° 17-27254, *La Gazette du Palais*, n° 3, 2019, p. 59.
- BIGOT Jean, « Assurance de personnes », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue générale du droit des assurances*, n° 3, 2008, p. 708.
- BIGOT Rodolphe, « L'assurance contre la grêle et l'opposabilité de l'avenant d'assolement », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-50056, *Bulletin Juridique des Assurances*, n° 62, mars 2019, comm. 11.
- BINCTIN Nicolas, « Droit de la propriété intellectuelle », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 12, 2019, doct. 326.
- , « Propriété intellectuelle - Droit de la propriété industrielle », Com., 27 juin 2018, n° 16-27856, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 48, 2018, 1617.
- BIOY Xavier, « Le juge français et la bioéthique : retour sur l'année 2009 », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *Constitutions*, 2010, p. 135.
- BLAISE Damien, « À propos du transfert d'un bail HLM au concubin en situation irrégulière »,

- Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ. III*, 2016, n° 135, p. 141, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 317.
- BLATTER Jean-Pierre, « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2022, p. 874.
- , « Covid-19 et paiement des loyers : la Cour de cassation a tranché ! », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2022, p. 605.
- , « Sort d'une clause d'indexation uniquement à la hausse », Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2022, p. 200.
- , « Droit de préférence du preneur et commission d'agence », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2019, p. 122.
- BLÉRY Corinne, « Concentration des moyens ou des demandes et autorité de chose jugée : rien de bien nouveau sous le soleil... », Civ. 2^{ème}, 27 févr. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58 et Civ. 2^{ème}, 27 févr. 2020, n° 18-23370, *Bull. civ. II*, 2020, p. 59 *Daloz actualité*, 24 avril 2020.
- , « Obligation pour le juge de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 131, 2015, p. 59.
- , « Droit à l'obtention d'une preuve : de la "mesure"... », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309 *Gazette du Palais*, n° 27, 2021, p. 54.
- , « Délicat maniement de la concentration des moyens ou des demandes : preuve par trois », Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 20-21585, *Bull. civ. II*, 2022, p. 123 et Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 21-13062, *Bull. civ. II*, 2022, p. 128, *Gazette du Palais*, n° 25, 2022, p. 37.
- , Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2015, p. 59.
- BLOCH Laurent, « L'ère post-Chronopost : le retour aux sources », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 10, 2010, étude 11.
- , « Conditions de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 12, 2008, comm. 351.
- , « Lien de causalité - Force majeure : le calme après l'ouragan ? », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 6, 2006, étude 8.
- , « Agence de voyages - Voyage au Mexique annulé », *Responsabilité civile et Assurances*, Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ.*, I, 2014, n° 58, n° 6, 2014, 196.
- BLOCH Laurent et HOCQUET-BERG Sophie, « Dommage corporel - Un an de droit du dommage corporel (1er juillet 2021 – 31 juillet 2022) », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2021, n° 19-10058, inédit, *Resp. civ. et assur.*, n° 11, 2022, chron. 2.
- BOFFA Romain, « Actes courants et techniques contractuelles », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 14, 2015, 1112.

- , « Droit des contrats », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 310.
- , « Droit des contrats », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 254.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ. I*, 2021, p. 85, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 310.
- BOFFA Romain, Nathalie BLANC, Manuel GROS, Bernard HAFTEL, Franck LE MENTEC et Jean-Philippe TRICOIT, « Droit du sport », CAA Lyon, ch. 5, 16 août 2012, n° 11LY01377, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 26, 2012, doctr. 751.
- BOLARD Georges, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2008, I, 156.
- BON-GARCIN Isabelle, « Agence de voyages et résiliation du contrat - Dans l'achat d'un circuit touristique, la date de départ constitue un des éléments essentiels du contrat dont le changement peut justifier sa résiliation », Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ.*, I, 2014, n° 58, *Revue de droit des transports et de la mobilité*, n° 2, 2014, 34.
- BONNARDEL Nicolas, « Un phénomène naturel et extérieur à la chose vendue peut-il être constitutif d'un vice caché ? », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1891.
- BONNEAU Thierry, « Mesure d'instruction ordonnée en justice », *Droit des sociétés*, n° 8-9, 2007, comm. 162, Com., 3 avr. 2007, n° 06-12762, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 104.
- , « Prestataire de service d'investissement - Ordres de bourse », Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Droit des sociétés*, n° 8, 2008, p. 190.
- , « Banque - Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 19 – 20, 2017, 532.
- , « Couverture », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Droit des sociétés*, n° 11, 2005, comm. 198.
- , « Secret bancaire - Le banquier peut-il faire obstacle, en se fondant sur le secret bancaire, à une demande de communication de pièces sollicitées en vue de rechercher sa responsabilité ? », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 3, 2018, act. 54.
- BORÉ Jacques, « Da mihi factum, dabo tibi jus. – Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2009, 319.
- BORGA Nicolas, « Quand la caution se heurte au principe de concentration des moyens », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *L'essentiel Droit des entreprises en difficulté*, n° 11, 2011, p. 4.
- BORGHETTI Jean-Sébastien, « La Cour de cassation précise le régime de la responsabilité des résidents à l'égard des EHPAD », Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-19670, *Bull. civ. III*, 2020, p. 55, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 6, 2021, 147.

- , « Les délais applicables à l'action en garantie des vices cachés, ou le parfait casse-tête », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 590.
- BORIES Anouk, « Retour surprenant sur la réparation du préjudice de la victime d'un dol en cas de maintien du contrat », Com., 21 juin 2016, n° 14-29874, inédit, *AJCA*, 2016, p. 386.
- BOSSE-PLATIÈRE Hubert, COLLARD Fabrice, TRAVELLY Benjamin, « Portée d'une déclaration exemptée en présence d'un faux démembrement », *Revue de droit rural*, Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ.* III, 2018, n° 58, n° 466, 2018, comm. 136.
- BOSSU Bernard, « L'utilisation du domicile à des fins professionnelles doit être indemnisée », Soc., 7 avril 2010, n°s 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ.* V, 2010, n° 85, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 517.
- BOUBLI Bernard, « À propos de la réception », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ.* III, 2016, n° 158, p. 166, *Revue de droit immobilier*, 2017, p. 144.
- BOUILLOUX Alain, « Nullité d'ordre public absolue de la clause d'une convention collective prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail du salarié en raison de son âge », Soc., 1^{er} fév. 1995, n° 90-42635, *Bull. civ.* V, 1995, n° 48, p. 35 et Soc., 15 mars 1995, n° 90-46098, *Bull. civ.* V, 1995, n° 86, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 362.
- BOUIRAT Matthieu, « Vente d'un bien rural démembré et droit de préemption de la SAFER », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ.* III, 2018, n° 58, *Defrénois*, n° 41, 2018, p. 37.
- BOULANGER David, « La nouvelle donne de l'indétermination du prix », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 13, 1996, p. 493.
- BOULANGER François, « Le rapport entre contrat de mariage et acte de mariage célébré in extremis », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ.* I, 1995, n° 291, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 233.
- BOULLEZ Nicolas, « Quel est le délai de prescription imparti à l'entrepreneur pour exercer une action récursoire contre le vendeur des matériaux viciés ? », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Gazette du Palais*, n° 17, 2022, p. 60.
- , Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7, *Gazette du Palais*, 1994, doctr. 1241.
- BOULOC Bernard, « Vente. Garantie, Vices cachés, Action rédhibitoire, Délai, Application, Vice caché d'une chose conforme au contrat », Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ.* III, 1991, n° 107, p. 61, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1992, p. 217.
- , « Vente. Garantie, Vices cachés, Action rédhibitoire, Différence avec l'action en inexécution du contrat », Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993, n° 91-19627, *Bull. civ.* I, 1993, n° 362, p. 252, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1994, p. 544.
- , « Vente. Garantie, Vices cachés, Action rédhibitoire, Différence avec l'action en inexécution, Recherche nécessaire », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, n° 91-16344, *Bull. civ.* I, 1993, n° 287, p. 198, *RTRecueil Dalloz com.*, 1994, p. 341.
- , « Vente. Prix, Paiement, Refus, Contestation sur la conformité des marchandises, Contestation sur la qualité (non) », Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-18047, *Bull. civ.*, I, 1993, n° 159, p. 110, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1994, p. 98.

—, Com., 26 avr. 1994, n° 92-13862, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 126, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1994, p. 770.

—, « Transports terrestres. Marchandises, Responsabilité, Clause limitative, Exclusion, Faute lourde, Spécialiste du transport rapide, Tardiveté de la livraison », Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 319.

—, « Crédit à la consommation. Offre préalable. Mentions obligatoires. Fondement. Intérêt exclusif du consommateur », Civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, n° 98-12713, *Bull. civ. I*, 2000, n° 49, p. 34, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2000, p. 705.

—, « Protection demandée par le consommateur. Nécessité », Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2002, n° 195, p. 149, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2003, p. 356.

—, « Mandat. Dépassement par le mandataire du mandat », Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2008, p. 842.

—, « Détermination du prix. Référence à des éléments extérieurs aux parties », Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n° 01-17063, *Bull. civ. I*, 2004, n° 327, p. 272, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, p. 586.

—, « Vente. Garantie, Vices cachés, Action réhabilitaire, Différence avec l'action en nullité pour dol », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1992, p. 218.

—, « Interprétation des contrats. Clause ambiguë. Doute. Bénéficiaire », Civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104, *Bull. civ. II*, 2006, n° 214, p. 223 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2007, p. 435.

—, « Conditions générales des contrats. Clause ambiguë. Interprétation. Sens favorable au consommateur », Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, 2003, n° 19, p. 14, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2003, p. 559.

—, « Vices préexistant à la vente », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2016, p. 836.

—, « Mandat. Validité. Agent immobilier. Limitation dans le temps », Civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 02-16046, *Bull. civ. I*, 2005, n° 363, p. 302, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2006, p. 471.

—, « Agent immobilier. Mandat. Validité. Mentions. Absence », Civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n° 07-21610, *Bull. civ. III*, 2009, n° 80, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2009, p. 801.

—, « Vente. Formation. Nécessité d'un prix », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2016, p. 317.

—, « Vileté du prix. Nullité absolue », Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2008, p. 408.

—, « Étiquetage des produits. Ameublement. Absence de mentions. Nullité », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, p. 585.

- , « Résolution d'un contrat. Force Majeure. Événement imprévisible », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2006. 904.
- , « Contrat d'entreprise. Conditions de validité, Accord préalable sur la rémunération, Nécessité (non) », Com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ. IV*, 1991, n° 43, p. 27, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1991, p. 634.
- , « Contrats et obligations. Objet, Détermination, Nécessité, Domaine d'application, Convention cadre, Contrats ultérieurs », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1996, p. 316.
- , « Vileté du prix. Nullité absolue », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2008, p. 408.
- , « Vente. Prix, Caractère non sérieux, Valeur de la chose vendue supérieure au prix demandé. Appréciation souveraine », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1996, p. 315.
- , « Vente Internationale. Détermination de la loi applicable », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2002, p. 147.
- , « Vente internationale de marchandises. Soumission à la Convention de Vienne. Exclusion. Conditions », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2006, p. 468.
- , « Durée de l'action en garantie pour vices cachés », Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ. III*, 2022, p. 63, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2022, p. 637.
- , « Protection demandée par le consommateur. Nécessité », Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2000, n° 195, p. 149, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2003, p. 356.
- BOURGEON Christian, « L'indétermination du prix : les apports économiques », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 7.
- BOUSEZ Françoise, « Contrat de travail à durée déterminée - Pas de requalification d'office en CDI par le juge », Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ. V*, 2013, n° 45, *La Semaine Juridique – Social*, n° 28, 2013, p. 1293.
- BOUTONNET Mathilde, « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre », CA Nancy, 26 septembre 2007, n° 06/02221, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1120.
- BRAULT Charles-Edouard, « Nullité d'une clause faisant échec à la révision de l'article L. 145-39 du Code de commerce », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Gazette du Palais*, n° 26, 2017, p. 62.

- , « Nullité du contrat de location-gérance et déchéance du droit à renouvellement du bail », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *Gazette du Palais*, n° 26, 2018, p. 50.
- , « Sanction de la clause d'indexation illicite », Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, *Gazette du Palais*, n° 7, 2022.
- BRAULT Philippe-Hubert, « Validité de la clause interdisant, en cours de bail, la fixation du loyer à un niveau inférieur au montant du loyer initial », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Loyers et copropriété*, n° 7-8, 2017, comm. 168.
- , « Sur la déchéance du droit à renouvellement du bail encourue par le preneur du fait de la nullité du contrat de location-gérance », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *Loyers et copropriété*, n° 5, 2018, comm. 125.
- , « Sur le caractère d'ordre public du droit de préférence dont bénéficie le preneur », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Loyers et copropriété*, n° 9, 2018, comm. 201.
- , « Agrément tacite du bailleur », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Loyers et copropriété*, n° 5, 2006, comm. 107.
- BRÉMOND Vincent, « Droit patrimonial de la famille », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2476.
- BRENNER Claude, « Nouvelles précisions sur la décision par laquelle le bâtonnier « arbitre » le montant des honoraires d'un avocat », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Gazette du Palais*, n° 22, 2020, p. 32.
- , « Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 20 – 21, 2012, act. 607.
- , « Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 15, 2012, 1182.
- BRETAUDEAU Philippe, « Réticence dolosive du vendeur et garantie des vices cachés », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *Recueil Dalloz*, 1993, p. 186.
- BRETZNER Jean-Daniel, « Droit de la preuve », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 431.
- , « Droit de la preuve », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208 et Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 157.
- , « Droit de la preuve », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 170.
- BRIÈRE DE L'ISLE GEORGE et DERRUPPÉ Jean, « Loyers civils : chronique de jurisprudence et de législation », Civ. 3^{ème}, 21 nov. 1990 n° 89-15922, *Bull. civ. III*, 1990, n° 236, p. 134, *Revue de droit immobilier*, 1991, p. 264.
- BRIGNON Bastien, « Une interprofessionnalité capitalistique refusée dans une SELARL d'avocats », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *La Semaine*

Juridique - Entreprise et Affaires, n° 7, 2015, 1084.

—, « Annulation d'une cession de titres... pour réticence dolosive ! », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 17, 2016, act. 494.

—, « Les prêts « Helvet Immo » devant la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77, Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78 et Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Actualité Juridique Contrat*, 2017, p. 278.

BUCHBERGER Matthieu, « Cessions de droits sociaux », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 48, 2015, 1577.

BRUN Philippe, « De l'office du juge en matière de modification du fondement juridique de la demande de l'acquéreur insatisfait », Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-16687, *Bull. civ. I*, 2001, n° 225, *Recueil Dalloz* 2002, p. 1002.

—, « Cause illicite de la remise d'un acompte et restitution », Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ. III*, 2004, n° 42, p. 39, *Revue des contrats*, n° 3, 2004, p. 689.

—, « Responsabilité civile », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1929.

—, « Les délais applicables à l'action en garantie des vices cachés, ou le parfait casse-tête », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 585.

—, « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 24.

—, « Responsabilité civile », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 35.

BRUN Philippe, et GOUT Olivier, « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 49,

BRUNET Andrée et Alain GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 1.

BRUSCHI Marc, « Information des consommateurs et formation des contrats », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue des contrats*, 2008, p. 1214.

—, « Information des consommateurs et formation des contrats », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue Lamy Droit des Affaires* 2008, p. 45.

—, « Quand le droit de la consommation se porte au secours du droit des assurances pour protéger l'assuré consommateur... », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 29, 8008, n° 1748.

—, « Information des consommateurs et formation des contrats », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue des contrats*, n° 4, 2008, p. 1214.

BRUSORIO-AILLAUD Marjorie, « Étendue du devoir de mise en garde des établissements de crédits », Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *Les Petites Affiches* n° 86, 2010, p. 9.

BRUTTIN Jean, « La consécration du relevé d'office de la clause abusive », Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022,

- n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *Revue de droit immobilier*, 2022, p. 513.
- BUCHER Charles-Edouard, « Nullité de la clause faisant obligation d’adhérer à une association de commerçants », *Civ. 3^{ème}*, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *L’Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, n° 2, 2019, p. 4.
- , « Baux commerciaux et état d’urgence sanitaire : les loyers sont dus », *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *L’Essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, n° 9, 2022, p. 3.
- , « Le défaut de mise en œuvre de la clause imposant la saisine préalable de l’Ordre des architectes ne rend pas irrecevable l’action fondée sur la garantie décennale », *Civ. 3^{ème}*, 23 mai 2019, n° 18-15286, *Bull. civ. III*, 2019, p. 39, *Revue de droit immobilier*, 2019, p. 397.
- BUGADA Alexis, « Du bon usage judiciaire de l’adage “Nemo auditur” », *Soc.*, 10 nov. 2009, n° 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *Procédures*, n° 1, 2010, comm. 11.
- , « Contentieux du travail –L’investigation personnelle du juge à partir de sites Internet : violation de l’article 7 du Code de procédure civile », *Soc.* 5 déc. 2012, n° 11-21113, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 325 *Procédures*, n° 5, 2013, 154.
- BUREAU Dominique, « Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciales établies », *Civ. 1^{ère}*, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 126.
- , « L’exclusion tacite de la Convention de Vienne doit être consciente », *Civ. 1^{ère}*, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 373.
- BUREAU Dominique et MOLFESSIS Nicolas, « Les arrêts de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995*, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, *Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995*, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, *Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995*, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15 et *Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995*, n° 93-13688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Les Petites Affiches*, n° 155, 1995, p. 11.
- BURGARD Marlène, « Une nouvelle application de la théorie de l’obligation essentielle dans un contrat de licence de logiciel », *Com.* 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115 suites de l’arrêt Faurecia », *Les Petites Affiches*, n° 204, 2010, p. 8.
- BYK Christian, « Bioéthique », *CA Paris, Pôle 2, ch. 5*, 5 fév. 2013, n° 12/10020 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 37, 2013, 950.
- CABRILLAC Michel, « Intérêts. Taux », *Civ. 1^{ère}*, 21 janv. 1992, n° 90-18121, *Bull. civ. I*, 1992, n° 22, p. 14, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1992, p. 427.
- , « Le client peut renoncer au secret bancaire, puisqu’il a été institué pour le protéger », *Com.*, 11 avril 1995, n° 92-20985, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 121, p. 107, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1995, p. 635.
- , « Intérêts. Taux. TEG. Nullité relative », *Com.*, 3 mai 1995, n° 93-12256, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 128, p. 115, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1995, p. 630.
- CABRILLAC Séverine, « Cautionnement : perpétuité de l’exception de la déchéance pour défaut d’information », *Com.* 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Deffrénois*, n° 48, 2018, p. 31.

- , « Moyens de défense de la caution : application du principe de concentration des moyens à tous les arguments », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *Defrénois*, 2021, n° 47, p. 29.
- CACHARD Olivier, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat. Paternalisme et quotas de gaz à effet de serre », CA Nancy, 26 septembre 2007, n° 06/02221, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 49, 2008/5, n° 2669.
- CACIOPPO Sébastien « Ultime épilogue de l'affaire Our Body : l'article 16-1-1 du Code civil comme normalisation textuelle d'un principe d'ordre public virtuel », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Les Petites Affiches*, n° 22, 2015, p. 8.
- CADIET Loïc, « Chose jugée - Sa relativité et le principe de concentration des moyens », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 43, 2007, doct. 200, Com., 20 fév. 2007, n° 05-18322, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 49.
- CAFFIN-MOI Marie, « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2772.
- , « Nullité pour dol incident : en attendant l'application de la réforme... », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2016, p. 3.
- , « Cessions de droits sociaux », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60 et Com., 21 juin 2016, n° 14-29874, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 42, 2016, 1554.
- , « Cession de droits sociaux », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 42, 2014, 1515.
- , « Agrément : la cession non notifiée ne peut être confirmée », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 3, 2014, p. 7.
- , « Sanction de la vente à vil prix : la chambre commerciale s'aligne et le justifie ! », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 5, 2016, p. 1.
- , « Délimitation du préjudice réparable en cas de réticence dolosive dans la conclusion d'une cession de droits sociaux », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2012, p. 2.
- , « Préjudice réparable en cas de dol : une solution désormais bien établie », Com., 21 juin 2016, n° 14-29874, inédit, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2016, p. 4.
- , « Cessions de droits sociaux », Com., 21 avril 2022, n° 20-16295, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 01, 2023, 1000.
- CALAIS-AULOY Jean, Ass. Plén., 13 déc. 1962, n° 57-11569, *Bull. civ. ass. plén.* n° 2, *Recueil Dalloz*, 1963, p. 277.
- CALMETTES Chloé, « Déclin de l'autorité de la chose jugée en matière de clauses abusives, pour une protection du consommateur », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Les Petites Affiches*, n° 6, 2023, p. 53.
- CANAS Sophie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1859.
- CAPOULADE Pierre, « Le fondement de l'action et la recherche du juge », *Actualité Juridique*

- Droit Immobilier* 2007, p. 394, obs. sous Civ. 3^{ème}, 8 nov. 2006, n° 05-17379, *Bull. civ.* III, 2006, n° 217, p. 181.
- CARDINI Cyril et LEMOINE Stéphanie, « Contentieux du surendettement (janv. 2021 – déc. 2021) », obs. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-13364, inédit, *Procédures*, n° 4, 2022, chron. 1.
- CARON Christophe, Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ.* I, 2002, n° 108, p. 84, « Violence économique sous (strictes et nécessaires) conditions dans les contrats de cession de droits », *Communication - Commerce électronique*, n° 6, 2002, comm. 80.
- , « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ.* III, 2001, n° 20, p. 17, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 927.
- , « Droit d’auteur - Fin de partie judiciaire pour l’instituteur du documentaire “Être et avoir” », Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-16278, *Bull. civ.* I, 2008, n° 259, *Communication - Commerce électronique*, n° 1, 2009, comm. 2.
- , « Charge du coût du droit de suite : le caractère supplétif l’emporte sur l’ordre public », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *Communication - Commerce électronique*, n° 2, 2019, comm. 7.
- CARVAL Suzanne, « Obligations de mise en garde du banquier », obs. sous Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-17003, Com., 11 déc. 2007, n° 03-20747, Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2007, n° 06-16543, *Revue des contrats*, n° 2, 2008, 1178.
- , « Obligations d’information, de mise en garde et de conseil du banquier en matière d’investissements financiers », obs. sous Com. 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ.* IV, n° 69 et Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ.* IV, n° 77, *Revue des contrats*, n° 4, 2008, 1178.
- , « La force majeure temporaire et la suspension du contrat », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ.* III, 2006, n° 46, p. 37, *Revue des contrats*, n° 3, 2006, p. 829.
- , « L’obligation de résultat n’emporte pas présomption de causalité entre la faute et le dommage » Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n° 06-18350, *Bull. civ.* I, 2008, n° 94, *Revue des contrats*, n° 3, 2008, p. 757.
- , « Ascenseurs dangereux : obligation de résultat du bailleur et du réparateur », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ.* III, 2009, n° 71, *Revue des contrats*, n° 4, p. 1367.
- , « Obligations d’information, de mise en garde et de conseil du banquier en matière d’investissements financiers » Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ.* IV, n° 77, *Revue des contrats*, n° 4, 2008, p. 1177.
- , « Réparation du préjudice : prise en compte des avantages de la situation dommageable », Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2061.
- CASEAU-ROCHE Cécile, « Avocats », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ.* I, 2019, p. 59, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 48, 2019, doct. 1238.
- , « L’avocat et l’argent : encore de nouveaux arrêts », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ.* I, 2019, p. 59, *Dalloz avocats*, 2019, p. 309.
- , « Avocats », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ.* II, 2020, p. 61, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 47, 2020, doct. 1294.

- , « Exclusion du taux horaire moyen comme critère d'évaluation des honoraires d'avocat », Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 11, 2023, 369.
- , « Nullité de la convention d'honoraires pour violence économique subie par l'avocat », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 01, 2022, act. 11.
- , « Avocats », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 11, 2022, doct. 371.
- , « Nouvelles précisions jurisprudentielles sur la procédure de contestation d'honoraires », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Dalloz avocats*, 2020, p. 258.
- , « Nouvelle précision sur la procédure de contestation de l'honoraire de l'avocat », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 24, 2018, 690.
- CASSON Philippe, « Droit des assurances : chronique n° 2 », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Les Petites Affiches*, n° 225, 2001, p. 10.
- , « Droit des assurances : chronique n° 6 », Civ. 1^{ère}, 24 fév. 2004, n° 02-14005, *Bull. civ. I*, 2004, n° 58 *Les Petites Affiches*, 2007, n° 107, p. 8.
- , « Droit de la prescription », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 et Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ. III*, 2022, p. 63 *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 48, 2022, chron. 1392.
- , « Le doute doit profiter à l'assuré », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 7, 2011, p. 1.
- CASTANIER Kévin, « La qualification d'ouvrage d'une yourte », CA Rennes, 4^{ème} ch., 7 oct. 2021, n° 19/05340, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires* n° 15, 2022, 492.
- CATTALANO Garance, « Retour sur la crise sanitaire : les débiteurs n'ont pas le droit de ne pas payer leurs dettes », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2022, p. 1.
- , « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue des contrats*, n° 3, 2019, p. 73,
- , « Une clause présumée irréfragablement abusive est abusive, même si elle est rédigée par le consommateur », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164 *Bull. civ. I*, p. 164, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2020, p. 3.
- , « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit ? », CA Paris, Pôle 4, ch. 9, 11 janv. 2018, n° 16/12948, *Revue des contrats*, n° 4, 2018, p. 579.
- , « La déchéance pour cautionnement disproportionné est une défense au fond, donc imprescriptible », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 3, 2018, p. 7.
- CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT YVES SERRA, « Concurrence déloyale et parasitisme », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 2255.
- CENTRE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ DE NANCY II, « Nul, mais inattaquable ! », Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ. III*, n° 242, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 167.

- , « 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 », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 379.
- CERDA Aracelli, « La position de la Cour de cassation sur l'obligation de paiement des loyers Covid », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 8, 2022, p. 1.
- , « Les effets d'une clause d'adhésion déclarée nulle, mentionnée dans un bail résilié », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 9, 2012, p. 2.
- CERMOLACCE Arnaud, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 57, 2009, n° 3283.
- CERVEAU-COLLIARD Caroline, « Les limites des clauses Caroline d'exclusion », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ. III*, 2016, n° 158, *Gazette du Palais*, n° 17, 2018, p. 76.
- CESARO Jean-François, « Droit du travail », Soc., 7 avril 2010, n^{os} 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ. V*, 2010, n° 85, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 45-46, 2010, doct. 1131.
- CHABAS François, « Jurisprudence – Libéralités », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Gazette du Palais*, n° 25, 2000, p. 13.
- , « Jurisprudence – Libéralités », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, « Jurisprudence – Libéralités », *Gazette du Palais*, n° 97, 2000, p. 29.
- , « Assurances de responsabilité », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Droit et patrimoine*, n° 98, 2001.
- , « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère est valable », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 4, 2005, II, 10011.
- CHABERT Cyril, « Franchise et site Internet : le multicanal est à l'honneur », Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006, n° 65, p. 65, *Communication - Commerce électronique*, n° 6, 2006, comm. 98.
- CHAGNY Muriel « Clause de non-concurrence, exclusivité et Internet - Droit de la concurrence et droit de la distribution, du pareil au même ? », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n° 156, p. 103, *Communication - Commerce électronique*, n° 6, 2012, comm. 65.
- CHAMPENOIS Gérard, « Chronique de jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Deffrénois*, n° 6, 1996, p. 407.
- , « Chronique de jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Deffrénois*, n° 13-14, 1999, p. 814.
- CHANTEPIE Gaël, « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 12, 2022, 1125.
- , « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 384.

- , « Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux », Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 954.
- CHARBONNEAU Cyrille, « De la validité de la clause d'exclusion de l'inobservation volontaire ou inexcusable des règles de l'art », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ. III*, 2016, n° 158, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 1, 2017, p. 4.
- , « À peine de forclusion, l'action en garantie des vices cachés doit être exercée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice, sans pouvoir dépasser un délai de vingt ans à compter du jour de la vente », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 *Revue de droit immobilier*, 2022, p. 115.
- CHARDEAUX Marie-Alice, « Le faible rayonnement de l'adage Nemo auditur en droit des obligations », Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151, *Les Petites Affiches*, n° 123, 2005, p. 16.
- , « Le dol incident, un nouvel instrument de contrôle de l'utilité du contrat », Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 04-10415, *Bull. civ. III*, 2005, n° 137, p. 126, *Les Petites Affiches*, n° 207, 2006, p. 16.
- CHATEMAIN Jean, CA Amiens, 1^{er} fév. 1982, n° *JurisData* 1982-697112, *Defrénois*, 1982, 676.
- CHAUSFOIN Antoine, « Précisions sur les conditions de la violence économique », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Les Petites Affiches*, n° 4, 2022, p. 52.
- CHAUTARD Frédéric et LE BERRE Loïc, « Comment gérer les clauses de non-concurrence depuis les arrêts du 10 juillet 2002 ? », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 51, 2002, p. 1839.
- CHAUVEL PATRICK, Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, n° 98-18966, *Droit et patrimoine* 1/2001. 85,
- , Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Droit et patrimoine*, 2000, n° 2652.
- , « Indétermination du prix », Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n° 01-17063, *Bull. civ.*, I, 2004, n° 327, p. 272, *Droit et patrimoine*, n° 137, 2005.
- , « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2774.
- CHAUVIN Pascal, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 747.
- CHAVANCE Emmanuelle Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, « Sur la nullité d'une clause faisant obligation d'adhérer et de maintenir son adhésion à une association des commerçants pendant la durée du bail et ses conséquences financières », *Loyers et copropriété*, n° 7-8, 2010, comm. 195.
- , « Adhésion à une association de commerçants », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Loyers et copropriété* n° 3, 2012, comm. 82.
- , « Sur la révision de l'article L. 145-39 du Code de commerce », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Loyers et copropriété*, n° 5, 2017, comm. 109.
- CHAZAL Jean-Pascal, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1860.

- , « La contrainte économique : violence ou lésion ? », Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 879.
- CHÉNEDÉ François, « Le contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié n'est pas contraire aux bonnes moeurs et à l'ordre public », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Actualité Juridique Famille*, 2011 p. 613,
- , « La virginité n'est pas une qualité essentielle », CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *Actualité Juridique Famille 2008*, p. 479.
- CHENU Damien, « Sécurité des ascenseurs : responsabilité du bailleur et obligation de résultat de l'ascensoriste », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1083.
- CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *Les Petites Affiches*, 2010, p. 7.
- , « L'abus dans la fixation du prix dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 51, 2014, act. 1310.
- , « Abus dans la fixation du prix - à propos d'un contrat d'approvisionnement », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 50, 2014, 1639.
- , « Prorogation de compétence et private enforcement », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, n° 5, 2019, p. 6.
- , « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation - (1er septembre 2022 – 15 avril 2023) », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Europe*, n° 7, 2023, chron. 4.
- CIRON Nicolas, « Action en réparation - Compétence juridictionnelle en matière internationale Clause attributive de juridiction : article 23 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 dit règlement Bruxelles I », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 2, 2018, comm. 38.
- CLARET Hélène, « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, 2003, n° 19, p. 14, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2600.
- CLAVEL Sandrine, « Droit international privé », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 966.
- CLAVIER Jean-Pierre, « Droit des marques », Com., 27 juin 2018, n° 16-27856, inédit, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 453.
- CLAY Thomas, Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, « Vive la Chambre mixte ! », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2480.
- , « Procédure civile - Droit judiciaire privé », Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n° 05-10086, *Bull. civ. II*, 2006, n° 217, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 14, 2007, 139.
- COHET Frédérique, Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ. III*, 2004, n° 42, p. 39 « Caractère illicite de la cause du contrat et obligation de restitution », *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2004, p. 917.

- , « Vente à vil prix : quel délai pour agir en nullité ? », Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226 *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2008, p. 795.
- , « Vice caché et origine du trouble », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2022, p. 861.
- , « Nullité et restitutions », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2005, p. 331.
- , « Qualification du délai d'action en garantie des vices cachés », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2022, p. 471.
- , « Abattage intempestif d'une haie privative par une commune : incompétence du juge judiciaire », Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2019, n° 17-13550, *Bull. civ. III*, 2019, p. 220, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2020, p. 227.
- , « La violence, les sectes et le contrat de vente d'immeuble », Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ. III*, 1999, n° 11, p. 7, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 1999, p. 1013.
- , « Réticence dolosive et erreur inexcusable : incompatibilité », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ. III*, 2001, n° 20, p. 17, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2002, p. 70.
- COLIN Arnaud, « 30 juin 2022 : coup d'arrêt(s) pour les loyers covid ? », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2022, act. 839.
- COLLART-DUTILLEUL François, « Diversification de la portée de l'ordre public s'agissant des statuts spéciaux relatifs aux baux d'habitation », Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, n° 97-17373, *Bull. civ. III*, 1999, n° 123, p. 85, *Revue de droit immobilier*, 1999, p. 466.
- COLLOMP Anne-Lise, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2435.
- CONSTANTIN Alexis, « Nullité d'un contrat de vente de meubles pour défaut d'étiquetage », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 30, 2005, 1145.
- CONSTANTIN-VALLET Charles, « De la clause d'indexation dans le crédit immobilier en devises étrangères », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 150, 2017, n° 6329.
- CORMIER Maxime, « Motif légitime de la mesure d'instruction in futurum : la regrettable valse-hésitation quant à l'influence du bien-fondé de l'éventuelle action au fond », Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 208 et Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023, n° 21-21265, *Bull. civ. II*, 2023, p. 205, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 7, 2023, act. 238.
- CORNU Gérard, Com., 18 nov. 1979, n° 78-10763, *Bull. civ. IV*, 1979, n° 339, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, p. 780.
- CORREIA Marylène et LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Droit du taux d'intérêt », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 8, 2019, 1093,
- CORRIGNAN-CARSIN Danielle, Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill.

- 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, « Conditions cumulatives de validité d'une clause de non-concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et affaires*, n° 42, 2002, 1511.
- , « Nullité d'une rupture conventionnelle pour harcèlement moral », *Soc.*, 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 8, 2013, act. 210.
- , « Annulation d'une rupture conventionnelle dans un contexte de harcèlement moral », *Soc.*, 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 16, 2013, 1236.
- , « Validité d'une rupture conventionnelle dans une situation conflictuelle », *Soc.*, 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 24, 2013, act. 681.
- COULON Cédric, « Perte de commission et dommages-intérêts : double peine pour l'agent immobilier ! », *Civ. 1^{ère}*, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull. civ. I*, 2016, n° 794, *La Semaine Juridique Édition Notariale*, n° 19, 2016, 1158.
- , « Loyers commerciaux et Covid-19 : la Cour de cassation a tranché ! », *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et *Civ. 3^{ème}*, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 9, 2022, alerte 23.
- COUPET Caroline, « Défaut d'agrément : inopposabilité de la cession à la société et à ses associés », *Com.* 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Droit des sociétés*, n° 8 – 9, 2018, comm. 142.
- COURBE Patrick, BRIERE Carine, JAULT Fabienne, LEGROS Cecile, CHANTELOUP Hélène, « Chronique de droit international privé n° I », *Civ. 1^{ère}*, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Les Petites Affiches*, n° 108, 2002, p. 11.
- COURET Alain, « La nullité pour vileté du prix se prescrit par trente ans. », *Com.*, 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, 2008, p. 90.
- COURTIEU Guy, « Assurance des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », note *Ass. Plén.*, 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 4, 2007, étude 8.
- COUTURIER Gérard *Soc.*, 1^{er} fév. 1995, n° 90-42635, *Bull. civ. V*, 1995, n° 48, p. 35, « Les clauses « couperet », encore », *Droit social*, 1995, p. 231.
- , « Transaction. Antériorité à la notification du licenciement. Nullité relative dans l'intérêt du salarié », *Soc.* 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, *Droit social*, 2002, p. 783.
- CRÉDEVILLE Anne-Elisabeth, « Le droit de suite et la question préjudicielle », *Ass. plén.*, 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *Légipresse*, 2019, p. 49.
- CRÉDOT Francis-J. et GÉRARD Yves, « Crédit consenti à un emprunteur profane », *Civ. 1^{ère}*, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, 2005, 203.
- CRÉDOT Francis-J. et SAMIN Thierry, « Obligation du banquier prêteur d'éclairer l'adhérent emprunteur », note *Ass. Plén.*, 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *RD bancaire et fin.*, n° 3, 2007, p. 93.

- , « Exécution d'un ordre après sa durée de validité », obs. Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69 *RD bancaire et fin.*, n° 4, 2008, p. 95.
- , « Obligation de mise en garde envers l'emprunteur », obs. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2010, p. 37.
- , Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232 « Obligation de mise en garde envers l'emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, 2010, comm. 37.
- , « Opérations de bourse - Fourniture d'un conseil inadapté », Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ. IV*, n° 77, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2008, comm. 96.
- CRETON Claude, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », obs. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232 et Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 522.
- CREVEL Samuel, « La résilience du statut du fermage face à la qualification conventionnelle et à l'évolution des activités du locataire en cours de bail », obs. Civ. 3^{ème}, 6 sept. 2018, n° 16-20092, *Revue de droit rural*, n° 467, 2018, comm. 172.
- CRISTAU Antoine, « De la nullité pour absence de cause », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 507.
- CROCQ Pierre, « Disproportion de l'engagement de la caution, défense au fond et prescription extinctive », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 455.
- CROZE Hervé, « Argumentaire pour la responsabilité d'une banque en cas d'inadéquation de l'assurance-crédit souscrite par l'emprunteur », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Procédures*, n° 4, 2007, comm. 88.
- , « La cour n'est pas tenue de relever d'office le défaut d'intérêt à agir », Civ. 2^{ème}, 6 juin 2019, n° 18-15301, *Bull. civ. II*, 2019, p. 47, *Procédures*, n° 8-9, 2019, comm. 224.
- , « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n^{os} 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Procédures*, n° 4, 2003, comm. 96.
- , « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n^{os} 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 19, 2003, 707.
- , « Conditions d'application de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Procédures*, n° 11, 2001, comm. 212.
- CROZE Hervé et GAUTIER Dominique, « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n^{os} 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 19, 2003, 707.
- CROZE Hervé et MOREL, Civ. 3^{ème}, 28 mai 1986, n° 85-11402, *Bull. civ. III*, 1986, n° 82, p. 63, *Gazette du Palais*, 1987, somm. 55.
- DAGORNE-LABBE Yannick, « Protection des consommateurs - La violation de l'article L. 311-9 du Code de la consommation ne peut pas être relevée d'office par le juge », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 41, 2004, p. 1479.

- , « Vente d'immeuble - Situation des acquéreurs d'un immeuble en présence d'amiante non révélée par le diagnostic », Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ. III*, 2011, n° 126, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires* n° 45, 2011, 1289.
- , Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 41, 2004, p. 1479.
- , « JP – Vente », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *Defrénois*, n° 7, 1992, p. 471.
- , « L'imprévisibilité de l'évènement est constitutive de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Defrénois*, n° 8, 2009, p. 824.
- , « La notion de force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Les Petites Affiches*, n° 128, 2009, p. 19.
- , « Il appartient aux juges du fond d'apprécier si le retard dans l'exécution d'une obligation est d'une gravité suffisante pour que la résolution doive être prononcée », Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, n° 92-17858, *Bull. civ. I*, 1995, n° 14, p. 10, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 405.
- , Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 19, 2015, 1130.
- , « L'obligation de mise en garde du banquier », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16345, *Bull. civ. I*, 2009, n° 181, *Les Petites Affiches* n° 36, 2010, p. 11.
- , « Forfait touristique - Résiliation : quel formalisme à respecter ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ. I*, 2014, n° 58, *Juris tourisme*, 2014, n° 164, p. 10.
- , « La nature juridique de l'astreinte contractuelle », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 43, 2015, act. 1130.
- DAIGRE Jean-Jacques « L'expert de l'article 1592 du Code civil doit être indépendant des parties », Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-19791, *Bull. civ. I*, 1997, n° 334, p. 227, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 5, 1997, p. 460.
- , « Mener des pourparlers parallèles est légitime, continuer des pourparlers alors qu'un accord a déjà été conclu avec un autre ne l'est pas », Com., 26 nov. 2003, n°^{os} 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6, 2004, p. 849.
- , « Le commissariat aux comptes n'est pas une activité de conseil », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Revue des sociétés*, 2015, p. 306.
- DALION Alexandre, « Inopposabilité de la cession de parts sociales non agréée au sein d'une société en nom collectif », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Gazette du Palais*, n° 32, 2018, p. 79.
- DAMAS Nicolas, « Bail d'habitation », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 903.
- , « Bail d'habitation », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1168.
- , « Bail d'habitation », Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ. III*, 2016, n° 135, p. 141 et Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1149.
- , « Bail HLM : transfert au concubin notoire en situation irrégulière », Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ. III*, 2016, n° 135, p. 14, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 295.

- DANOS Frédéric Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n° 58, « La cession simultanée dans un même acte de la nue-propriété et de l'usufruit d'un bien rural à deux acquéreurs distincts est de nature à déclencher l'exercice du droit de préemption des SAFER », *Revue des contrats*, n° 3, 2018, p. 441.
- , « La validité de la clause valeur-monnaie étrangère dans un contrat de prêt interne conclu par un banquier », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2017, 15.
- DARGENT, « Panorama rapide de l'actualité "Civil" de la semaine du 10 avril 2023 – 19 avril 2023 », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Dalloz actualité*, 19 avril 2023.
- DAUXERRE Lydie, « Nullité de la rupture conventionnelle pour vice de consentement dans un contexte de harcèlement moral », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *La Semaine Juridique - Social*, n° 7, 2013, act. 75.
- DAUXERRE Nathalie, « Pas de rupture conventionnelle sous la contrainte », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *La Semaine Juridique - Social*, n° 23, 2013, act. 265.
- DEBET Anne « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors du commerce », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 37 2013, act. 930.
- DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume, « Droit des sociétés », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 46, 2010, 1993.
- DEHARO Gaëlle, « Autorité de la chose jugée - Les faits soumis au juge ne commandent pas l'étendue du principe de concentration des moyens », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 26, 2011, act. 749.
- , « Le principe de concentration des moyens ne s'étend pas aux demandes », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *Les Petites Affiches* 2011, n° 154, p. 10.
- , « Libéralités », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *Gazette du Palais*, n° 291, 2005, p. 2DEHARO Gaëlle Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, « Contestation des honoraires et tierce opposition », *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 25, 2020, act. 753.
- DELEBECQUE Philippe, « Indivisibilité de l'hypothèque », Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, n° 94-13242, *Bull. civ. I*, 1996, n° 63, p. 42, *Revue de droit immobilier*, 1996, p. 256.
- , « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 175.
- , « Convention d'assistance : l'opportunité de l'intervention doit être certaine », Civ. 1^{ère}, 7 avril 1998, n° 96-19171, *Bull. civ. I*, n° 141, *Deffrénois*, n° 17, 1998, p. 1050.
- , « Vente internationale de marchandises. Convention de Vienne. Exclusion. Exclusion tacite. Conditions », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2006, p. 249.
- , « Droit de la preuve », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2820.

- , « Droit de la preuve », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6 *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2714.
- , « Droit de la preuve », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16345, *Bull. civ. I*, 2009, n° 181, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2671.
- , « Droit de la preuve », Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2671.
- , « Droit de la preuve », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2826.
- , « 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 », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 115.
- , « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 185.
- , « Annulation d'une vente d'immeuble en faveur d'une secte pour violence », Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ. III*, 1999, n° 11, p. 7, *Deffrénois*, n° 12, 1999, p. 749.
- , Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Deffrénois*, 2000, p. 1124.
- , « L'indétermination du prix dans les contrats », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15 et Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16. *Deffrénois*, 1996, 747.
- , « Le cautionnement des dirigeants de sociétés : le renversement de tendance se confirme », Com., 6 fév. 2001, n° 97-10646, *Bull. civ. IV*, 2001, n° 29, p. 27, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 8-9, 2001, p. 847.
- , « Nullité du cautionnement pour réticence dolosive », *Bulletin Joly Sociétés Civ. 1^{ère}*, 18 fév. 1997, n° 95-11816, *Bull. civ. I*, 1997, n° 61, p. 39, n° 5, 1997, p. 411.
- , « Chronique de jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *Deffrénois*, n° 19, 2000, p. 1106.
- DELPECH Xavier, « Clauses abusives : contrat d'assurance de groupe », sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Dalloz actualité*, 2008, p. 1547.
- , « Clause limitative de réparation et obligation essentielle », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Sté Faurecia c. Sté Oracle*, *Bull. civ. IV*, n° 115, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1832.
- , « La caution et la force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Dalloz actualité*, 2 octobre 2014.
- , « À la une - Meublés de tourisme - Malgré le confinement les loyers restent dus », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Juris tourisme*, n° 255, 2022, p. 11.
- , Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, « Liberté d'association - Association de commerçants - La liberté de ne pas adhérer », *Juris associations*, 2018, n° 589, p. 11.

- , « Assurance aérienne - Exclusion erronée d'une clause de sauvegarde des victimes », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *Juris tourisme*, 2020, n° 226, p. 12.
- DEPRET Alice, « La clause pénale d'une donation-partage soumise au contrôle de l'atteinte au droit d'agir en justice », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Gazette du Palais*, n° 15, 2016, p. 89.
- DERRAR Benjamin, « Le contrat de construction de maison individuelle, le formalisme d'ordre public et la nullité », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n° 73, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 8, 2018, p. 5.
- , « Le réputé non écrit, une nullité ? », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 5, 2019, p. 2.
- , « Point de départ de l'action récursoire fondée sur la garantie dans les ventes successives : la troisième chambre civile persiste et signe ? », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047, *Bull. civ. III*, 2022, p. 34, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 4, 2022, p. 5.
- , « L'action en garantie des vices cachés : attention au système à double délais ! », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 2, 2022, p. 1.
- DERRUPPÉ Jean, « Fonds de commerce. Location-gérance, Pertes, Dégradations, c. civ. art. 1732 (non) », Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1996, p. 657.
- DESHAYES Olivier, « L'office du juge à la recherche de sens à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102, Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10.
- , « Application de la législation sur les clauses abusives dans les contrats d'assurance de groupe », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue des contrats*, 2008, p. 1155.
- , « Application de la législation sur les clauses abusives dans les contrats d'assurance de groupe », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue des contrats*, n° 4, 2008, p. 1155.
- , « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Revue des contrats*, n° 1, 2013, p. 91.
- , « Le créancier d'une obligation de résultat doit prouver le manquement commis par le débiteur » Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n° 06-18350, *Bull. civ. I*, 2008, n° 94, *L'Essentiel droit des contrats*, 2008, n° 01, p. 3.
- , « La force majeure a-t-elle prise sur les obligations de somme d'argent ? », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 27.
- , « La force majeure suppose un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible lors de son exécution », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2007, p. 8.
- , « L'offre de vente formulée par une agence immobilière n'engage pas le vendeur si le "mandat" est irrégulier », Civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n° 07-21610, *Bull. civ. III*, 2009, n° 80, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2009, p. 2.

- , « Victoire d'étape pour les clauses limitatives de responsabilité contractuelle », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1353.
- , « Faurecia II : le retour en grâce (relatif) des clauses limitatives de responsabilité », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2010, p. 1.
- DEUMIER Pascale, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 87.
- , « Exclusion tacite de la Convention de Vienne », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Revue des contrats*, n° 2, 2006, p. 515.
- DEVERS Alain, « Transaction, licenciement et ordre public », Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180 et Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301, *Bull. civ. V*, 2002, 249 p. 243, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1464.
- DISDIER-MIKUS Karine, « Les marques à l'épreuve de la déceptivité et de la déchéance », Com., 27 juin 2018, n° 16-27856, inédit, *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 692.
- DISSAUX Nicolas, « Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise », Com., 24 nov. 2009, n° 08-17650, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 9-10, 2010, 1220.
- , « Retour sur le contrôle de l'abus dans la détermination du prix », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Revue de droit rural*, n° 432, 2015, comm. 67,
- , « Autonome, l'engagement du porte-fort était accessoire... », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99 *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires* n° 21, 2015, 1237.
- , « Vente à vil prix : un dogmatisme absolu pour une nullité relative », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 18, 2016, 1251.
- , « Liberté d'association vs liberté contractuelle dans les centres commerciaux », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 49, 2018, 1627.
- , « La cause se meurt, vive la caducité ! », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Les Petites Affiches*, n° 49, 2009, p. 11.
- , « Restitution du prix d'une vente annulée : quoi de neuf sous le soleil ? », Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ. I*, 2019, p. 115, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 19, 2019, 1233.
- DJOUDI Jamel, « Assurance professionnelle - Obligation de conseil de l'assureur », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2015, comm. 13.
- DOM Jean-Philippe, « No future ! Quand l'échec inéluctable d'un projet d'action pour dol conduit au rejet d'une demande d'expertise in futurum », Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV.*, 2023, p. 208, *Rev. soc.*, 2023, p. 420.
- DOM Jean-Philippe et BACCICHETTI Edith, « Pratique du droit des réseaux de distribution », Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *Les Petites Affiches*, n° 126, 2015, p. 5,
- DONDERO Bruno Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56 « Sanction du défaut d'agrément d'une cession de parts de SNC : inopposabilité à la société et aux

- associés », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 28, 2018, 1374.
- , « Cession de parts de SARL : la sanction de la violation d’une clause statutaire de préemption », *Com.*, 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 18, 2014, 1224.
- , « La CNIL, le fichier de clientèle et l’apport... », *Com.*, 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Gazette du Palais*, n° 260, 2013.
- DONZEL-TABOUCOU Chantal, « Donation entre époux et clause de non-divorce », *Civ. 1^{ère}*, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Defrénois*, n° 18, 2012, p. 893.
- DOUCHY-OUDOT MÉLINA, « Curatelle renforcée », *Civ. 1^{ère}*, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Procédures* n° 7, 2018, comm. 217.
- DOUVILLE Thibault, « “Our body” au royaume de la Cour de cassation », *Civ. 1^{ère}*, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *LEFP* n° 9, 2010, p. 2.
- , « Convention d’assistance bénévole : responsabilité de l’assistant pour faute simple », *Civ. 1^{ère}*, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *L’Essentiel droit des assurances*, n° 2, 2022, p. 2.
- , « Pas d’extension de la force majeure au créancier d’une obligation », *Civ. 1^{ère}*, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *L’Essentiel droit des assurances*, n° 1, 201, p. 3.
- , « “Our body” au royaume de la Cour de cassation », *Civ. 1^{ère}*, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174 *LEFP*, n° 9, 2010, p. 2.
- , « Où les cadavres ne peuvent s’exposer : du respect du corps des morts », *CA Paris, Pôle 1*, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *LEFP*, n° 3, 2009, p. 2.
- DRAI Laurent, « La force majeure en droit du travail après les arrêts d’assemblée plénière du 14 avril 2006 », *Ass. Plén.*, 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *La Semaine Juridique – Social*, n° 25, 2006, 1491.
- , « Rémunération - Une prime “d’habillement”, contrepartie des temps d’habillage et de déshabillage, ne couvre pas la prise en charge des frais d’entretien des tenues de travail », *Soc.* 5 déc. 2012, n° 11-21113, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 325, *La Semaine Juridique – Social*, n° 8 2013, 1090.
- DREYER Emmanuel, « Droit de la presse et droits de la personnalité », *Civ. 1^{ère}*, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 457.
- , « Droit de la presse et droits de la personnalité », *Civ. 1^{ère}*, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 780.
- DUBOIS Charlotte , « Victoire par KO de l’ordre public sur la cagnotte de soutien au “boxeur gilet jaune” », *TJ Paris*, 6 janv. 2021, n° 19/03587, *Gazette du Palais*, n° 8, 2021, p. 20.
- DUBOIS Charlotte et LEVENEUR-AZÉMAR Marie, « Une clause de limitation de valeur insérée dans un contrat de déménagement est irréfragablement présumée abusive », *Civ. 1^{ère}*, 11 déc. 2019, n° 18-21164 ; *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 6, 2020, p. 162.
- DUMONT François, « Le licenciement frauduleux emporte nullité de la transaction et restitution des sommes versées », *Soc.*, 10 nov. 2009, n°s 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *La Semaine Juridique – Social*, n° 3, 2010, 1013.
- DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre, « Baux commerciaux », *Civ. 1^{ère}*, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1786.

- , « Conséquences de l'annulation de la clause obligeant un locataire à adhérer à une association », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2010, p. 800.
- , « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1844.
- , « Clause d'adhésion obligatoire à une association (suite) », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2012, p. 263.
- , « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1572.
- , « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1511.
- , « Conditions d'une sous-location et effet de la force majeure », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2006, p. 640.
- , Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, « Baux commerciaux », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1375.
- , « La teneur des obligations d'information du créancier, qu'il s'agisse d'informer la caution de l'évolution de la dette ou de la défaillance du débiteur », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Gaz. Pal.*, n° 39, 2018, p. 30.
- DUMOULIN Lisa, « Devoir de mise en garde et (absence de preuve du) risque d'endettement », Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232 et Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *La Semaine Juridique - Édition Générale* n° 49, 2009, act. 509.
- DUMUR Jean-Pierre, « Révision du loyer à la baisse au visa de l'article L. 145-39 du code de commerce : ni minimum ni plancher ! », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 473.
- DUPONT-LE BAIL Nicolas, « Nouvelles précisions concernant le régime des clauses limitatives de responsabilité », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *Les Petites Affiches*, n° 162, 2010, p. 7.
- DUPONT Nicolas, « Crédit immobilier : du caractère abusif d'une clause résolutoire pour défaillance de l'emprunteur en l'absence de délai de préavis raisonnable », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 27, 2023, 1210.
- DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, « Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », Com., 26 nov. 2003, n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 869.
- DURRY Georges, « Le juge des référés peut-il proroger un contrat d'assurance régulièrement résilié par l'assureur ? », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Revue de droit immobilier*, 2001, p. 133.
- DUVAL-ARNOULD Domitille, « Le juge civil face au secret médical », Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, n° 01-02338, *Bull. civ. I*, 2004, n° 171, p. 142, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2682
- EDELMAN Bernard « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2754.

- , « “Morts à crédit” », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315 *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2019.
- EGÉA Vincent, « Concentration des moyens du défendeur : la rigueur se confirme », obs. Civ. 2^{ème}, 27 février 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *Gazette du. Palai*, n° 27, 2020, p. 61.
- EL BADAWI Lamia, « Abandon de la présomption de causalité associée à l’obligation de résultat pesant sur le garagiste réparateur », Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n° 06-18350, *Bull. civ. I*, 2008, n° 94, *Les Petites Affiches*, n° 126, 2008, p. 22.
- , « Nouveaux développements sur la responsabilité des intermédiaires financiers dans le cadre d’une opération speculative », Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Les Petites Affiches*, n° 85, 2009, p. 13.
- EPSTEIN Aude-Solveig, « Assurance d’une activité illicite et devoir de conseil de l’assureur », CA Paris, Pôle 2, ch. 5, 5 fév. 2013, n° 12/10020, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 242.
- ESMEIN Paul, Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, *Recueil Dalloz*, 1959, p. 526, note R. SAVATIER ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1959. 735, *La Semaine Juridique*, 1959. II. 11187.
- ETIENNEY-DE SAINTE Marie-Anne, « La résolution unilatérale pour inexécution : une prérogative sans entraves », Com., 8 nov. 2017, n° 16-22289, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 16, 2018, act. 453.
- , « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1033.
- EUDIER Frédérique, « Le juge a-t-il le pouvoir d’appliquer d’office une règle d’ordre public de protection ? », Com., 3 mai 1995, n° 93-12256, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 128, p. 115, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 124.
- , « Actualité de la procédure familiale », Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, *AJ fam.*, 2023, p. 192.
- , « Actualité en droit de la procédure familiale », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *AJ fam.*, 2022, p. 8.
- EXPERT François, « Mesures d’instruction in futurum : notion de procès « manifestement voué à l’échec », Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV.*, 2023, p. 208 et Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023, n° 21-21265, *Bull. civ. II*, 2023, p. 205, *Dalloz actualité*, 26 janv. 2023.
- FABRE-MAGNAN Muriel, obs. CA Paris, 25 janv. 1995, *La Semaine Juridique*, 1995. I. 3867, n° 1.
- FADEUILHE Pierre, « Social - Actualité jurisprudentielle - Rupture conventionnelle et liberté de consentement », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Juris associations*, 2020, n° 613, p. 40.
- FAGES Bertrand, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », CA Nancy, 26 septembre 2007, n° 06/02221, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 295.
- , « Clauses abusives dans les contrats d’assurance de groupe », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 477.
- , « La fraude ne suffit pas à justifier l’application de l’adage nemo auditur », Soc., 10 nov. 2009, n°s 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 104.

- , « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile ? », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 782.
- , « Faut-il avoir de la cause une vision étriquée ou... plus de vision du tout ? », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 113.
- , « Quelle réparation le cessionnaire peut-il obtenir en cas de dol lorsqu'il choisit de ne pas demander l'annulation de la cession ? », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Revue des sociétés*, 2012, p. 686.
- , « Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ? », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 725.
- , « Comment Faurecia 2 renoue avec Chonopost 1 et illustre la nécessité de passer à la saison 4. », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 555.
- , « Principe d'interprétation favorable des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 478.
- , « Disparition de la cause et caducité de l'engagement », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 118.
- FAURE-ABBAD Marianne, « L'extinction de la garantie contre des vices cachés n'exclut pas une action fondée sur le dol », obs. sous Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2020, n° 19-18104, *Bull. civ. III*, 2020, p. 572, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 17, 2021, p. 1176.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Première influence de la réforme du droit des contrats », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 793.
- FAVARIO Thierry, « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 43, 2010, 1056.
- FAVRE-ROCHEX André, « Assurance en général. Clause d'exclusion », Com., 4 juil. 1995, n° 93-14141, *Revue générale des assurances terrestres*, n° 4, 1995, p. 866.
- FENOUILLET Dominique, « Formalisme informatif », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *Revue des contrats*, n° 2, 2005, p. 323.
- , « Courtage matrimonial », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Revue des contrats*, n° 2, 2012, p. 473.
- , « La loi, le juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? » Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Revue des contrats*, 2005, p. 1284.
- FERRIER Didier, « Un fournisseur n'exécute pas de bonne foi le contrat d'approvisionnement exclusif en privant le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels », Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 85.

- , « Concurrence – Distribution », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 725.
- , « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 49.
- , « Concurrence-Distribution », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 943.
- , « Concurrence-Distribution : panorama 2004 », Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 148.
- , « Concurrence-Distribution », Com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, *Bull. civ. IV*, 2006, n° 9, p. 8, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1911.
- FIEVET R., « Contrat de Vente - Fichiers clients - Une mine d'informations... explosive ! », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Juris associations*, 2013, n° 485, p. 13.
- FIN-LANGER Laurence, « La caution ne peut s'exonérer par la force majeure de son obligation de verser une somme d'argent », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n° 16, 2014, alerte 28.
- FLEURY Pauline, « Prêt libellé en franc suisse et clause de remboursement en devise étrangère : nouvelle illustration », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 170, 2019, n° 6174.
- FLORES Philippe, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1768.
- FORIERS Paul, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1955, *Revue critique de jurisprudence belge*, p. 87.
- FORTI Valerio, « Maintien de l'assistance bénévole hors du champ quasi-contractuel », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 197, 2021, n° 7015.
- FOSSER Thierry, « Le régime de l'action en justice sous l'empire de la curatelle », obs. Civ. 1^{ère}, 2 nov. 1994, n° 92-14642, *Bull. civ. I*, 1994, n° 313, p. 227, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 51, 1995, II. 22555.
- FRANÇOIS Jérôme, « Force majeure et exécution d'une obligation monétaire », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2217.
- FRANÇOIS Gwennaëlle, « Le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 51, 2004, II, 10190.
- FRANÇOIS Gwennaëlle, FIORENTINO Allison, TISSEYRE Sandrine, RIFFARD Jean-François, RODA Jean-Christophe, MORAND Michel, BUY Frédéric, THÉRON Julien, NEYRET Laurent, « Chronique Ethique de l'entreprise », *Les Petites Affiches Com.*, 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, n° 110, 2013, p. 5.

- FRANÇON André, « Contrat d'exploitation des oeuvres d'une femme créateur salarié », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2003, p. 86.
- FRICERO Nathalie, « Procédure civile. Janvier 2015 - janvier 2016 », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 449.
- , « Procédure civile. Janvier 2011 - décembre 2011 », obs. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°s 10-14651 et 10-15000, *Bull. civ.*, III, n° 75 ; *Recueil Dalloz* 2012, p. 244.
- , « Procédure civile », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 269.
- , « Procédure civile », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 625.
- , « Procédure civile », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 244.
- , « Le respect par le juge de la hiérarchie des prétentions, principales et subsidiaires », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6 *Gazette du Palais*, n° 216, 2009, p. 12.
- , « Procédure civile », Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, 15-16743 et 15-18595, *Bull. civ. I*, 2016, n° 106, p. 118, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 422.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « L'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *RJDA*, 1996, chron. 3.
- GAJARDO Paul, « La responsabilité de l'assistant dans l'assistance bénévole », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 740.
- GAINETON Jean-Luc, « Insécurité juridique de la fixation judiciaire de l'honoraire en l'absence de convention », Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, *Gazette du Palais*, n° 20, 2023, p. 12.
- GALBOIS-LEHALLE Diane, « Du coup de main entre amis à la convention d'assistance bénévole : le pont de lianes jeté par la jurisprudence », note Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 1803.
- GALLMEISTER Inès, « Force majeure : exigence de l'imprévisibilité », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2935.
- , « Exigence de l'imprévisibilité de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Dalloz actualité*, 7 novembre 2008.
- GALLOIS-COCHET Dorothée, « Impossibilité de confirmer la cession dont le projet n'a pas été notifié », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Droit des sociétés*, n° 4, 2014, comm. 64.
- GALLOUX Jean-Christophe, « Droits et libertés corporels », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 604.
- GAMALEU Kamani, Christian, « Refus de renouvellement du bail et nullité du contrat de location-gérance », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *Les Petites Affiches*, n° 131, 2018, p. 7.
- GARAUD Éric, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du

- débiteur défaillant », Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 2, 2004, n° 400.
- , « Le droit au respect de la vie privée et familiale permet au colocataire d'héberger ses proches malgré les stipulations du bail le lui interdisant », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *Les Petites Affiches*, n° 148, 2006, p. 18.
- GARNIER-VIGIER Victoria, « Caractéristiques du défaut affectant la chose vendue : propositions rédactionnelles », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Deffrénois*, n° 40-41, 2022, p. 29.
- GAUBIAC Yves, « Pratique contractuelle. Contrats internationaux en droit d'auteur. Question de traduction des contrats », Com. 9 janv. 2019, n° 17-19899, inédit, *Communication - Commerce électronique*, n° 7-8, 2020, prat. 10.
- GAUDEMET Sophie, « Un nouveau venu parmi les choses hors du commerce : le fichier non déclaré à la CNIL », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Revue juridique de l'économie publique*, n° 717, 2014, comm. 12.
- GAURIAU Bernard, « De la distinction entre domicile et résidence », Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4, *Les Petites Affiches*, n° 64, 1999, p. 100.
- GAUTIER Pierre-Yves, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 646.
- , « Dépassement de pouvoir du mandataire par exécution tardive d'un ordre de bourse, sur un marché financier », obs. Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 689.
- , « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », note Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 317.
- , « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 580.
- , « A quoi servent les diagnostics techniques ? Le leurre de l'obligation légale d'information », note Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ. III*, 2011, n° 126, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 776.
- , « Le tiers-acquéreur est en droit de voir réduire l'honoraire du mandataire mis à sa charge et d'engager sa responsabilité pour faute », Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull. civ. I*, 2016, n° 794, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 391.
- , « Vente d'immeuble - Situation des acquéreurs d'un immeuble en présence d'amiante non révélée par le diagnostic » Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ. III*, 2011, n° 126, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 776.
- , « Où le droit civil se voile la face sur les normes ayant secoué les principes de la démocratie : pas de partage des risques dans les baux commerciaux pendant la période la plus radicale du virus en provenance de Chine », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2022, p. 912.
- , « Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction », Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 863.

- , « La location-gérance de fonds de commerce : une convention « contre nature » ?! », *Com.*, 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 923.
- , « La charge de la preuve de la qualité de sa consultation juridique, en vue d'en obtenir le prix : la Cour de cassation l'a fait ! », *Civ. 1^{ère}*, 18 nov. 1997, n° 95-21161, *Bull. civ. I*, 1997, n° 313, p. 213 *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 402.
- , « Au banc des “récusés” : si le tiers chargé de déterminer le prix n'est point un arbitre, il en a cependant le devoir d'impartialité », *Civ. 1^{ère}*, 2 déc. 1997, n° 95-19791, *Bull. civ. I*, 1997, n° 334, p. 227, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 396.
- GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK Élodie, « La violation du statut de la vente d'immeubles à construire est sanctionnée par la nullité relative », *Civ. 3^{ème}*, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 11, 2018, p. 1.
- GELBARD-LE DAUPHIN Isabelle, « Droit de la preuve », obs. *Civ. 1^{ère}*, 24 sept. 2009, n° 08-16345, *Civ. 1^{ère}*, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232, *Bull. civ. I*, 2009, n° 181, et *Com.*, 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. IV*, 2009, n° 92, *Recueil Dalloz* 2010, p. 2671.
- GÉNICON Thomas, « La nullité de la vente pour absence de prix sérieux est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun », *Com.*, 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Revue des contrats*, n° 2, 2008, p. 234.
- , « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *Com.*, 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2485.
- , « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *Civ. 2^{ème}*, 12 sept. 2013, n° 12-23530, inédit ; *Revue des contrats*, n° 1, 2014, p. 16.
- , « Violence économique, réticence dolosive, erreur inexcusable (... et vice de faiblesse ?) : l'égalité sévère de la Cour de cassation », *Civ. 3^{ème}*, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 11.
- , « Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ? », *Com.*, 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Revue des contrats*, n° 4, 2016, p. 652.
- « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *Com.*, 30 juin 2009, n° 08-14944, inédit, *Com.*, 15 sept. 2009, n° 08-15872, inédit, *Civ. 1^{ère}*, 24 sept. 2009, n° 08-14524, inédit, *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 44.
- , « Caractères de la force majeure : l'imprévisibilité est bien requise », *Civ. 1^{ère}*, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Revue des contrats*, n° 1, 2009, p. 62.
- , « Les nouvelles méthodes de la Cour de cassation et le droit des contrats : vers une inflexion de la théorie des nullités », *Ch. mixte*, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Revue des contrats*, n° 3, 2017, p. 415.
- , « La nullité de la vente pour absence de prix sérieux est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun », *Com.* 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Revue des contrats*, n° 2, 2018, p. 234.
- GEORGET Valérie, « Chronique de la Cour de cassation », *Civ. 3^{ème}*, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 572015, *chron.* 2198.
- GERRY-VERNIERES Stéphane, « Nullité de la clause d'adhésion forcée à une association : le droit à restitution de l'association pour le passé, l'absence de droit de l'association pour

l'avenir », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Les Petites Affiches*, n° 86, 2012, p. 11.

—, Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, « L'interprétation de l'article 1171 du Code civil « à la lumière des travaux parlementaires » de la loi de ratification », *Revue des contrats*, n° 2, 2022, p. 144.

GHESTIN Jacques, « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, n° 87-18584, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *Recueil Dalloz*, 1991, p. 449.

—, « Droit des obligations », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 22, 2005, I 141.

—, « Contrats et obligations - Droit des contrats », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 3, 2011, doct. 63.

—, « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 3, 2012, doct. 63.

—, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 183.

—, « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Revue de droit immobilier*, 2018, p. 600, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 48, 2018, doct. 1259.

—, « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2015, doct. 808.

GHILAIN F., « Jurisprudence - Assurances terrestres », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Gazette du Palais*, n° 39, 2000, p. 13.

—, « Jurisprudence - Baux en general », Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ. III*, n° 242, *Gazette du Palais*, n° 48, 2000, p. 17.

—, « Jurisprudence - Assurances terrestres », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Gazette du Palais*, n° 6, 2001, p. 21.

—, « Jurisprudence – Associations », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7. *Gazette du Palais*, n° 79, 2001, p. 9.

—, « Jurisprudence - Contrats et obligations », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *Gazette du Palais*, n° 179, 2001, p. 13.

—, « Jurisprudence – Électricité », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2002, n° 99-21350, *Bull. civ. I*, 2002, n° 187, p. 145, *Gaz Pal.*, n° 299, 2002, p. 17.

—, « Jurisprudence – Travail », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301, *Bull. civ. V*, 2002, 249 p. 243, *Gaz Pal.*, n° 299, 2002, p. 17.

—, « Jurisprudence – Travail », Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, *Gazette du Palais*, n° 262, 2002, p. 13.

—, « Jurisprudence – Banques », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ. I*, 2002, n° 218 *Gazette du Palais*, n° 427, 2002, p. 13.

—, Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, « Jurisprudence - Contrats et obligations », *Gazette du Palais*, n° 201, 2002, p. 103.

GIBIRILA Deen, « Chronique jurisprudentielle : droit des sociétés et des groupements », Com.

- 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Les Petites Affiches*, n° 228, 2018, p. 7.
- GIRAUDEL Catherine Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7, « Vente d'immeubles. - Vente en viager. - Demandes en nullité successives. - Autorité de la chose jugée (non). - Défaut d'identité d'objet et de cause », *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 1995, p. 45.
- GIJSBERS Charles, « Le sort des honoraires de négociation en cas de préemption par le locataire : regard critique sur un arrêt », *Civ. 3^{ème}*, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 39, 2018, act. 984.
- GIVERDON Claude, « Adhésion à ou retrait d'une association régie par la loi du 1er juillet 1901 Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7. », *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2001, p. 612.
- , « Adhésion obligatoire à la structure de gestion d'un équipement commun », *Ass. plén.*, 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1334.
- , « Coexistence dans un ensemble immobilier d'une association syndicale (loi du 21 juin 1865) et d'une association (loi du 1er juillet 1901) », *Ass. plén.*, 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1522.
- GJIDARA-DECAIX Sophie, « De la nécessité de respecter le principe du contradictoire », *obs. Civ. 1^{ère}*, 8 déc. 2021, n° 20-13364, inédit, *Rev. proc. coll. civ. et com.* n° 4, 2022, p. 56.
- GODECHOT-PATRIS Sara, « Nullité pour dol d'une donation-partage et clause pénale : un coup d'arrêt ? », *Civ. 1^{ère}*, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Revue des contrats*, n° 2, 2016, p. 294.
- GOLDIE-GÉNICON Charlotte, « Clauses de non-divorce et donations de biens présents entre époux ne font pas bon ménage », *Civ. 1^{ère}*, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Revue des contrats*, n° 3, 2012, p. 891.
- , « Donation-partage : refoulement de la réticence dolosive et stérilisation de la clause pénale », *Civ. 1^{ère}*, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 19, 1159.
- , « L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *Civ. 1^{ère}*, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2447.
- GOURIO Alain, « Renforcement de l'obligation d'information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d'assurance de groupe », *note Ass. Plén.*, 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 22, 2007, p. 10098.
- , *Civ. 1^{ère}*, « Crédit aux particuliers : obligations et responsabilités de l'établissement de crédit », 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 41, 2005, 10140.
- GOUT Olivier, « Les critères de l'existence d'une convention d'assistance bénévole », *Civ. 1^{ère}*, 7 avril 1998, n° 96-19171, *Bull. civ. I*, 1998, n° 141, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 1998, II. 10203.
- « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *obs. Civ. 1^{ère}*, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2000, n° 195, p. 149, *Recueil Dalloz* 2003, p. 549.

- , « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. X, *Revue trimestrielle de droit civil* 2021, p. 653, *Recueil Dalloz* 2022, p. 35.
- de GOUTTES Régis, « Jurisprudence - Transports terrestres », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9 *Gazette du Palais*, n° 192, 2006, p. 7.
- GRAYOT-DIRX Stéphanie, « Avocats », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 40, 2018, doct. 1023.
- , « Avocats », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 40, 2018, doct. 1023.
- GRELLIÈRE Vincent, « La liberté de s'associer implique celle de se retirer », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6, 2001, p. 6350.
- GRIGNON DUMOULIN Savinien, « Avis de Savinien Grignon Dumoulin, avocat général à la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Justice et Cassation*, 2022, p. 228.
- GRIMALDI Cyril, « De l'abus dans la fixation du prix », CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 décembre 2019, n° 18/28097, *L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, 2020, n° 5, p. 2.
- , « La force majeure, source d'enrichissement ? », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 89.
- , « Pas d'option entre les mécanismes sanctionnant les déséquilibres significatifs », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *L'Essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, n° 3, 2022, p. 1.
- , « Le droit de préemption du preneur à bail commercial est d'ordre public et son exercice ne le rend pas débiteur de la commission d'intermédiation », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Defrénois*, n° 41, 2018, p. 30.
- , « Bail commercial et liberté d'association, nullité et restitutions », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Revue des contrats*, n° 1, 2011, p. 169.
- GRIMALDI Michel, « La clause pénale qui porte une atteinte excessive au droit d'agir en justice ou au droit de demander le partage est réputée non écrite », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323 *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 424.
- , « Là où la concubine adultère profite doublement des largesses de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 439.
- , « La libéralité par laquelle l'auteur entend maintenir une relation adultère repose-t-elle sur une cause illicite pour contrariété aux bonnes moeurs ? », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 307.
- , « La clause de non-divorce mise hors la loi dans les donations de biens présents entre époux », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 357.
- GRIMONPREZ Benoît, « Vente d'animaux : la garantie des vices cachés est spécifiquement rurale », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-13101, inédit, *Revue de droit rural*, n° 333, 2005, 176.
- , « Détermination du prix : marché conclu », Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n° 01-17063, *Bull. civ. I*, 2004, n° 327, p. 272, *Droit rural*, n° 2, 2005, comm. 20.
- GROSSER Paul, « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016,

n° 123, p. 136, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2018, doct. 782.

—, « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2016, doct. 797.

—, « Force majeure - Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 23, 2006, 10087.

—, Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *La Semaine Juridique*, 2015. 1261.

—, « Droit des obligations », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-10229, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 23, 2007, I. 161.

—, « La SNCF et la faute de la victime : les voies de l'exonération totale », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 4, 2009, II 10011.

GROSSI Isabelle, « De l'échec manifeste d'une action au fond à l'échec sans conteste de l'expertise in futurum », Com., 18 janv. 2023, n° 22-19539, *Bull. civ. IV.*, 2023, p. 208. *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 19, 2023, 1148.

GROUDEL Hubert, « Droit des assurances terrestres », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1317, Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, n° 01-02338, *Bull. civ. I*, 2004, n° 171, p. 142.

—, « Droit des assurances terrestres », Civ. 2^{ème}, 5 juill. 2006, 05-12603, *Bull. civ. II*, 2006, n° 184, p. 176 et Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 120.

—, « Fautif mais pas responsable », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-50056, *Responsabilité civile et assurance*, mai 2019, repère 5.

—, « Un an de droit des assurances (janvier – décembre 2014) », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178 *Responsabilité civile et Assurances*, n° 5, 2015, 1.

—, « Assurance de choses - Portée de la clause de valeur agréée », Civ. 1^{ère}, 24 fév. 2004, n° 02-14005, *Bull. civ. I*, 2004, n° 58, comm. 45, *Resp. civ. et assur.*, n° 5, 2004, p. 153.

—, 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208 *Responsabilité civile et Assurances*, 2005, 75.

« Droit des assurances terrestres », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1317.

—, « Assurance de choses - Portée de la clause de valeur agréée », Civ. 1^{ère}, 24 fév. 2004, n° 02-14005, *Bull. civ. I*, 2004, n° 58, p. 45, *Responsabilité civile et Assurances* n° 5 du 1 mai 2004, 153.

—, « Un an de droit des assurances (janvier – décembre 2016) », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ. III*, 2016, n° 158, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 4, 2017, 1.

—, « Exclusion : condition de validité », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ. III*, 2016, n° 158, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 2, 2017, comm. 62.

—, « Droit des assurances terrestres », Civ. 2^{ème}, 1er juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1980.

—, « Droit des assurances terrestres », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 253.

- , « Durée de l'effet exonératoire de la tempête de 1999 », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 4, 2006, comm. 124.
- GRUNDELER Guillaume, « Valeur et substance, principal et incident », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1300.
- GRYNBAUM Luc, Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11963, *Bull. civ. I*, 2003, n° 174, p. 136, *La Semaine Juridique - Édition Générale* 2003, IV, 2567 ; *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 539.
- , « Assurance emprunteur : instauration d'une obligation de conseil à la charge du banquier », note Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Revue de droit immobilier*, 2007, p. 319.
- , « Transaction : après la violence économique, retour aux concessions réciproques », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11963, *Bull. civ. I*, 2003, n° 174, p. 136, *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 539.
- , « Contrat d'assurance », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue des contrats*, n° 3, 2009, p. 1143.
- GUERLIN Gaëtan, « Qu'en est-il du principe de concentration des demandes ? », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181 *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2011, p. 6.
- , « La concentration des demandes ne s'impose pas », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2011, p. 6.
- , « La caution doit agir dès l'instance initiale ! », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *L'Essentiel droit des contrats*, 2011, n° 11, p. 5.
- , « Le principe de concentration, ou la règle du clair-obscur », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 58, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2015, p. 1.
- , « L'effet « de plein droit » de la résolution », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2016, p. 5.
- , « Encore le principe de concentration ! », Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2015, p. 6.
- , « Concentration des demandes : la caution doit agir en responsabilité dans les temps ! » Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *L'Essentiel droit des contrats*, 2021, n° 8, p. 6.
- , « L'astreinte conventionnelle est une clause pénale », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 9, 2015, p. 2.
- GUERRE Florence, « L'obligation d'énoncer une prétention au dispositif des conclusions pour saisir la cour d'appel », Civ. 2^{ème}, 30 sept. 2021, n° 19-12244, *Bull. civ. II*, 2021, p. 289, *Gazette du Palais*, n° 2, 2022, p. 63.
- GUICHARD Romain, « Honoraires d'avocat : une procédure entre baroque et néo-classique », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 37, 2018, act. 918.
- GUINCHARD Serge, Com., 2 oct. 1984, n° 82-15844, *Gazette du Palais* 1985, pan. 18.
- GUIOMARD Pascale, « Mesures d'instructions : rappel d'une solution classique à une confusion courante », obs. sous Civ. 2^{ème}, 8 mars 2006, n° 05-15039, *Bull. civ. II*, 2006, n° 70, p. 69

Dalloz actualité, 5 avril 2006.

—, *Dalloz actualité*, 28 janv. 2010, obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, n° 08-18230, inédit.

GUYON Yves, « La liberté de se retirer d'une association gérant le club sportif d'un lotissement », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Revue des sociétés*, 2001, p. 3570.

HALLER Marie-Chirstine, « La contrepartie financière devient une condition de validité de toute clause de non-concurrence », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 et Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 108, 2002,

HALLOUIN Jean-Claude, « Sociétés et groupements », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2365.

HALLOUIN Jean-Claude, LAMAZEROLLES Eddy et RABREAU Anne, « Sociétés et groupements », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2434.

HAMELIN Jean-François, « L'éviction de l'article L. 442-6 du Code de commerce en matière d'association », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 11, 2018, p. 2.

HANNE François, « Jurisprudence - Droit social », Civ. 2^{ème}, 12 mars 2009, n° 08-11925, *Bull. civ. II*, 2009, n° 69, *Les Cahiers Sociaux*, 2009, n° 211 – p. 161.

HARIR Salira, « L'existence de faits de harcèlement moral au moment de la signature d'une rupture conventionnelle ne suffit pas à la rendre nulle », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Gazette du Palais*, n° 10, 2019, p. 59.

HAUSER Jean, « Dans le divorce pour rupture de la vie commune, la cassation sur les mesures accessoires entraîne une mise à néant totale de la décision », Civ. 2^{ème}, 25 mars 1991, n° 89-21181, *Bull. civ. II*, 1991, n° 102, p. 54, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 504.

—, « Curatelle et actes de procédure », Civ. 1^{ère}, 2 nov. 1994, n° 92-14642, *Bull. civ. I*, 1994, n° 313, p. 227, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 327.

—, « Nullités : capter et retenir ne vaut », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 233.

—, « Des aliments et de l'obligation d'entretien », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 111.

—, « De l'erreur sur les qualités essentielles (suite) : le mariage n'est pas un simple montage », CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 98.

—, « Bail d'habitation : l'usage en bonne mère de famille », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 580.

—, « La firme (suite) », Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 358.

—, « Epouses et concubines : le dernier round ? », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 817.

- , « L'obligation de fidélité et les libéralités : une nouvelle mise en cause du mariage ? », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 364.
- , « Conjoint trompé : la morale ou la réserve, telle est la question », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, Bull. A. P., 2004, n° 12, p. 27, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 104.
- , « L'avenir des jeunes et des vieilles concubines ! », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 368.
- , « La mort en ce jardin ! », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 501.
- , « La mort en ce jardin : suite et fin », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 760.
- , « Courtage matrimonial : conclure un contrat n'est pas conclure tout court ! », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 93.
- , « Y a-t-il un droit au divorce ? », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 300.
- , « Limites du droit au respect de la vie privée et familiale et droit à la preuve », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 506.
- , « Le respect du corps humain existait depuis que oncques homme ait mémoire ! Our Body suite... », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 102.
- , « La solidarité familiale et les hébergeurs : limites », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 598.
- HÉBRAUD Pierre, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, et Civ. 2^{ème}, 20 janv. 1971, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971, p. 421.
- HEINICH Julia, « Dol dans une cession de droits sociaux : incidence d'une lettre d'intention et préjudice réparable », Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Revue des contrats*, n° 4, 2019, p. 59.
- HÉLAINE Cédric, TJ Paris, 6 janv. 2021, n° 19/03587 « De l'annulation de la cagnotte du "boxeur gilet jaune" », *Dalloz actualité*, 21 janv. 2021.
- , « De l'importance de la détermination de l'objet du litige dans le contentieux contractuel », obs. sous Civ. 3^{ème}, 7 sept. 2022, n° 21-20576, *Dalloz actualité* 12 sept. 2022.
- , Civ. 2^{ème}, 9 mars 2023, n° 21-15821, *Bull. civ. II*, 2023, p. 92, « Panorama rapide de l'actualité « Civil » de la semaine du 6 mars 2023 », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023.
- HENON Gueric et SABOTIER Nathalie, Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128 et Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, « Chronique annuelle 2013 de droit du travail », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 717, 2014, chron. 1.
- HERMAN Harold, « La deuxième chambre civile refuse d'obliger les parties à concentrer leurs demandes », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 8, 2011, p. 1.
- HEUGAS-DARRASPEN Henri, « Sanction du non-respect du délai de réflexion », Civ. 1^{ère}, 30

- mars 1994, n° 92-13653, *Bull. civ. I*, 1994, n° 130, p. 96, *Revue de droit immobilier*, 1995, p. 364.
- , « Dispositions d'ordre public visant à protéger les consommateurs de crédit immobilier », Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ. I*, 1998, n° 120, p. 79, *Revue de droit immobilier*, 1998, p. 675.
- , « Le contenu de la notice d'assurance groupe garantissant le risque décès et invalidité d'un prêt, même remise légalement à un emprunteur, ne prévaut pas en cas d'apparence trompeuse », Civ. 2^{ème}, 5 juillet 2006, 05-12603, *Bull. civ. II*, 2006, n° 184, p. 176, *Revue de droit immobilier*, n° 2, 2007, p. 142.
- , « Quelle évaluation pour la perte de chance sur la valeur d'un investissement immobilier locatif défiscalisé en outre-mer ? », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *Revue de droit immobilier*, 2021, p. 226.
- , « Définition de l'obtention des prêts prévue à la condition suspensive de l'article 17. Soumission des prêts complémentaires. Stipulations contractuelles ajoutant au dispositif légal », Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 91-10578, *Bull. civ. I*, 1993, n° 198, *Revue de droit immobilier*, 1994, p. 281.
- , « Le moyen selon lequel l'engagement manifestement disproportionné d'une caution personne physique est privé d'effet vis-à-vis d'un créancier professionnel constitue une défense au fond, qui échappe à la prescription », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Revue de droit immobilier*, 2018, p. 214.
- HIEZ David, « Liberté de ne pas s'associer, les encombrants centres commerciaux », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2018, p. 968.
- HOCHART Alex, « Jurisprudence – Associations », Ass. plén., 9 fév. 2001, n° 99-17642, *Bull. A.P.*, 2001, n° 3, p. 7, *Gazette du Palais*, n° 190, 2002, p. 260.
- HOCQUET-BERG Sophie, « Personne se portant au secours d'une autre, victime d'une chute à son domicile », obs. Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2013, n° 12-23530, inédit, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 11, 2013, comm. 330.
- , « Qualité de victime d'un acte de terrorisme », Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023, n° 21-21265, *Bull. civ. II*, 2023, p. 205, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 3, 2023, comm. 72.
- , « Locataire et bailleur - Chute d'un locataire montant dans l'ascenseur de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 5, 2009, comm. 142.
- , « Dommages à la personne - Le préjudice lié à l'assistance par une tierce personne ne se limite pas aux seuls besoins vitaux de la victime », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2021, n° 19-10058, inédit, *Resp. civ. et assur.*, n° 1, 2022, chron. 1.
- , « Responsabilité de l'assistant envers l'assisté dans le cadre d'une convention d'assistance bénévole », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 3, 2022, comm. 65.
- HOFFSCHIR Nicolas, « La caution et l'autorité de la chose jugée », obs. sous Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *Daloz actualité*, 22 juillet 2021.
- , « L'autorité de la chose jugée et les demandes afférentes à un même contrat », Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 20-21585, *Bull. civ. II*, 2022, p. 123 et Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 21-13062, *Bull. civ. II*, 2022, p. 128, *Daloz actualité*, 10 juin 2022.

—, « D'utiles précisions quant à l'exigence de motivation de la décision qui refuse d'ordonner une mesure d'instruction », Com., 5 juin 2019, n° 17-22192, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 213, *Gazette du Palais*, n° 38, 2019, p. 55.

—, « Mesure d'instruction préventive : absence de nécessité d'établir de bien-fondé de la prétention susceptible d'être soulevée au fond », Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2021, n° 21-14023, *Bull. civ. II*, 2021, p. 186, *Dalloz actualité*, 2 décembre 2021.

HOUIN Roger, Com. 11 oct. 1978, n° 77-10155, *Bull. civ. IV*, n° 223, *Recueil Dalloz*, 1979, p. 135.

HOUIN-BRESSAND Caroline, « Chèque : le droit à la preuve confronté au secret bancaire », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *Gazette du Palais*, n° 36, 2019, p. 52.

—, « Admission d'une créance bancaire et clause abusive », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 3, 2023, comm. 104.

HOUTCIEFF Dimitri, « Chronique de droit commun des contrats n° 1 », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Les Petites Affiches*, n° 26, 2008, p. 6.

—, « Ô tempora ! Ô mores ! », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 19, *Gazette du Palais*, n° 12, 2012, p. 17.

—, « Le fichier informatisé de données à caractère personnel non déclaré à la CNIL est hors commerce », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Gazette du Palais*, n° 283, 2013.

—, « Vileté du prix : ce qui est insignifiant n'est pas inexistant », Civ. 3^{ème}, 11 fév. 2014, n° 12-25756, inédit, *Gazette du Palais*, n° 184, 2014, p. 15.

—, « De la résistance de l'illicéité de la cause aux revirements des parties et du législateur », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Gazette du Palais*, n° 190, 2015, p. 17.

—, « Motivation des arrêts de Cour de cassation : ce qui s'énonce clairement se conçoit bien », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 17, 2016, p. 23.

—, « Le défaut d'objet entraîne la nullité relative », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 32, 2016, p. 24.

—, « Par la loi, mais au-delà de la loi », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Actualité Juridique Contrat*, 2017, p. 175.

—, « La nature de la nullité au gré de l'interprétation de la loi Hoguet », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Gazette du Palais*, n° 15, 2017, p. 33.

—, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Gazette du Palais*, n° 31, 2019, p. 23.

—, « Les contrats illicites ne sont pas pour autant immoraux », CA Paris, 6 nov. 2020, n° 19/17621, *Gazette du Palais*, n° 1, 2021, p. 31.

—, « Que sont les bonnes mœurs devenues ? », TJ Paris, 6 janv. 2021, n° 19/03587, *Gazette du Palais*, n° 14, 2021, p. 28.

- , « L'illicéité n'influe pas sur les restitutions », Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ. I*, 2021, p. 85, *Gazette du Palais*, n° 14, 2010, p. 27.
- , « L'essentiel est dans la contradiction ! », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2010, n° 28-29, act. 787.
- , « La résolution emporte les restitutions », Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *Gazette du Palais*, n° 32, 2016, p. 25.
- , « La restitution n'est pas toujours une remise en l'état », Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ. I*, 2019, p. 115, *Gazette du Palais*, n° 14, 2019, p. 23.
- , « Le créancier ne peut invoquer la force majeure : qui ne profite pas paye quand même ! », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2021, p. 118.
- , « Force majeure : n'avoir plus d'intérêt à la prestation ne dispense pas d'exécuter », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Gazette du Palais*, n° 14, 2021, p. 31.
- , « La cause de l'engagement portant sur une pension alimentaire disparaît lorsque l'enfant n'est plus à la charge de la mère créancière dudit engagement », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 1-2, 2009, II 10000.
- , « Loyers et Covid-19 : la délivrance des bailleurs », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1445.
- , « Assistance bénévole : responsabilité de l'assistant », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Gazette du Palais*, n° 16, 2022, p. 7.
- , « L'harmonie des textes est une fin en soi », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Gazette du Palais*, n° 16, 2022, p. 5.
- , « La violence économique régénérée ? », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Gazette du Palais*, n° 16, 2022, p. 4.
- , « Le dol incident est sans incidence sur la nullité », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Gazette du Palais*, n° 32, 2016, p. 21.
- , « Dol du créancier : la bonne foi conquérante est parfois envahissante », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Les Petites Affiches*, n° 234, 2003, p. 3.
- , « Droit des contrats », Com., 19 juin 2019, n° 17-26635, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 2019, doct. 1308.
- , « Le créancier qui ne peut profiter de la contrepartie ne peut invoquer la force majeure », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Gazette du Palais*, n° 28, 2022, p. 5.
- , « L'épaisseur de la bonne foi contractuelle », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Gazette du Palais*, n° 28, 2022, p. 4.
- HOVASSE Henri, « La sanction des règles de composition du sociétariat des SEL », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 12, 2015, act. 326.

- HUGUES Par, « Le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'est pas inexistant mais nul pour défaut de cause », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *Deffrénois*, n° 1, 2012, p. 13.
- ICARD Julien, « Appréciation souveraine du vice du consentement en cas de rupture », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Cah. Soc.*, n° 279, 2015, p. 577.
- , « Le harcèlement moral n'affecte pas, en l'absence de vice du consentement, la validité de la rupture conventionnelle homologuée », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Bulletin Joly Travail*, n° 2, 2019, p. 16.
- , Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, « Le harcèlement moral et la rupture conventionnelle », *Cah. Soc.*, n° 251, 2013.
- IDOT Laurence, « Conflits de juridictions - La Cour de justice de l'Union européenne appelée à préciser la portée d'une clause attributive de juridiction en cas d'allégation d'une violation du droit de la concurrence », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 49, 2017, act. 1279.
- GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 1795.
- GUÉGAN Elsa, « L'inopposabilité de la cession non agréée de parts sociales d'une SNC », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Revue des sociétés*, 2019, p. 332.
- , « Pas de nullité sans décision d'annulation ! », Com., 12 oct. 2022, n° 20-16009, inédit, *Rev. sociétés*, 2023, p. 151.
- JACQUET Jean-Michel, « Vente de marchandises. Convention de Vienne. Droit substantiel français. Conséquences », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2001, p. 1052.
- JAMIN Christophe, « Vers la résolution unilatérale du contrat », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 197.
- , « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre son agent commercial en état d'accomplir son mandat en prenant des mesures concrètes qui lui permettent de pratiquer des prix concurrentiels », Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 29, 1999, p. 1242.
- , « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1568,
- , « Avocats », Civ. 2^{ème}, 19 fév. 2009, n° 07-21518, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 40, 2009, 295.
- , « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 19.
- JAMIN Christophe et BILLAU Marc, « Le juge des référés impose la poursuite des effets d'un contrat d'assurance valablement dénoncé par l'assureur », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 256.
- JARIEL Ludovic, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 3^{ème}, 23 mai

- 2019, n° 18-15286, *Bull. civ. III*, 2019, p. 39, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2199.
- JAULT-SESEKE Fabienne, « Le concours d'actions en matière de vente : une contradiction entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale ? », *Civ. 1^{ère}*, 14 mai 1996, n° 94-13921, *Bull. civ. I*, 1996, n° 213, p. 148, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 305.
- JAULT-SESEKE Fabienne et CLAVEL Sandrine, « Droit international privé. mars 2017 - février 2018 », *Civ. 1^{ère}*, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 966.
- JEAUNEAU Adeline, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Sources des obligations », *Civ. 1^{ère}*, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, p. 338.
- , « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'UE - Ordre public », *Civ. 1^{ère}*, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87, *Revue trimestrielle de droit européen* 2019. 410.
- , « Ordre public », *Civ. 1^{ère}*, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, p. 768.
- JÉGOU Hervé, « Le droit immobilier à l'épreuve de l'angoissante question de l'application de la loi dans le temps », *Ch. mixte*, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2018, p. 11.
- JÉOL Michel, « Vers une définition plus « processuelle » de l'autorité de la chose jugée », *Ass. Plén.*, 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 395.
- , « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », *Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995*, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, *Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995*, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, *Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995*, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, *Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995*, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 1.
- JEULAND Emmanuel, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », *Civ. 1^{ère}*, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364, *Bull. civ. I*, 2010, n° 150, et *Civ. 2^{ème}*, 23 sept. 2010, n° 09-69730, *Bull. civ. II*, 2010, n° 157, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 43, 2010, act. 1052.
- JOURDAIN Patrice, « Le devoir de "se" renseigner », *Recueil Dalloz* 1983, chron. 139.
- , « L'obligation de sécurité de moyens de l'hôtelier et l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'appréciation de la faute civile contractuelle consistant dans la violation de cette obligation », *obs. Civ. 1^{ère}*, 22 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 89-21791, n° 163, p. 108, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 757.
- , *obs. Civ. 1^{ère}*, 27 janv. 1993, n° 91-12131, *Bull. civ. I*, n° 42 ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1993, p. 584.
- , « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *Civ. 2^{ème}*, 29 avril 1994, n° 92-12987, *Bull. civ. II*, n° 122, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 871.
- , « Cause étrangère : la maladie peut être un cas de force majeure », *Civ. 1^{ère}*, 10 février 1998, n° 96-13316, *Bull. civ.*, I, n° 53, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 689.
- , « Imprévisibilité de la force majeure : la première chambre civile s'incline », *Civ. 1^{ère}*, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 126.

- , « Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1577.
- , « Force majeure : l'incertitude demeure après les arrêts d'Assemblée plénière », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 775.
- , « Responsabilité contractuelle du fait des choses : la Cour de cassation aurait-elle des regrets ? », Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 632.
- , « Quelles responsabilités en cas d'accident d'ascenseur ? », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 539.
- , « Convention d'assistance bénévole : l'altruisme de l'assistant n'est pas toujours récompensé ! », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2022, p. 395.
- , « Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ? », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 732.
- , « Le créancier ne peut invoquer la force majeure à son profit », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2021, p. 152.
- , « Nouvelles précisions sur les conditions et la preuve du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », obs. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232 et Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 109.
- , « Recours en contribution entre coresponsables dont l'un est bénéficiaire d'une convention d'assistance bénévole », note Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Revue trimestrielle de droit civil* 2021, p. 653.
- JOURDAN-MARQUES Jérémy, « La saisine du bâtonnier et les exigences de l'article 58 du code de procédure civile », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *Dalloz actualité*, 13 juin 2018.
- , « Instance - Le contradictoire et le défendeur non comparant : déshabiller Pierre pour habiller Paul ? », Soc. 19 juin 1991, n° 87-43056, *Bull. civ. V*, n° 314, p. 193 et Soc., 4 juill. 1990, n° 87-41192, *Bull. civ. V*, n° 352, p. 210, *Procédures*, n° 3, 2019, 4.
- JUILLET Christophe, « Les rapports entre les sûretés personnelles et la force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Revue des sociétés*, 2015, p. 23.
- JULIEN Jérôme, « Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précise le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue des contrats*, n° 2, 2022, p. 103.
- , « Responsabilité du transporteur ferroviaire : pavane pour une exonération défunte », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 60, 2009, n° 2415.
- JULIEN Pierre, Civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, n° 78-10989, *Bull. civ. II*, 1979, n° 182, p. 127, *Recueil Dalloz*, 1980, inf. rap. 49.

- , « La requalification par le juge d'une action paulienne en tierce opposition », note Civ. 2^{ème}, 9 janv. 1991, n° 89-18877, *Bull. civ. II*, 1991, n° 15, p. 8, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 129.
- , « La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée n'étant pas d'ordre public ne peut être soulevée d'office par le juge d'instance », Soc., 23 nov. 1995, n° 92-14887, *Bull. civ. V*, 1995, n° 314, p. 224, *Recueil Dalloz* 1996. 135
- , « Procédure civile », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Recueil Dalloz* 2005. 332
- , « Procédure civile et voies d'exécution », Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n° 05-10086, *Bull. civ. II*, 2006, n° 217, *Recueil Dalloz*, 2007, pan. 1382.
- KAHN Anne-Emmanuelle, « Droit de suite : l'article L. 122-8, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle n'est pas une disposition impérative », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *L'Essentiel droit de la propriété intellectuelle*, n° 1, 2019, p. 3.
- KARILA Jean-Pierre, « Le vice caché n'est pas un défaut de conformité : application du bref délai », Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ. III*, 1991, n° 107, p. 61, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 95.
- KASSOUL Hania, « Qualité d'emprunteur non averti, devoirs précontractuels de la banque et prescription de l'action », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 2, 2022, p. 5.
- , « Sanction de la clause d'indexation illicite : toute la stipulation, mais rien que la stipulation », Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 2, 2022, p. 2.
- KEBIR Mehdi, « La preuve est-elle la chose des parties ou celle du juge civil ? », Civ. 2^{ème}, 14 avril 2022, n° 20-22578, *Bull. civ. II*, 2022, p. 165, *Gazette du Palais*, n° 34, 2022, p. 46.
- KELLER Marianne, « Contrat de travail. Clause contractuelle de conciliation. Fin de non-recevoir », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Droit social*, 2003, p. 890.
- KENFACK Hughes, « Internet, franchise et droit des affaires », Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1901.
- KESSLER Francis, « La mise à la retraite : un contentieux du travail sans fin », Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 97-41931, *Bull. A.P.* 1998, n° 3, p. 5, *RDSS*, 1999, p. 613.
- KLEIN Julie, « Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214, *Revue des contrats*, n° 2, 2018, p. 215.
- KLEINER Caroline, « L'obligation de relever d'office le caractère abusif des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1893.
- , « Le secret bancaire enfin confronté au droit à la preuve », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 603.
- , « L'obligation de relever d'office le caractère abusif des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1893.
- KLODA Isabelle, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164 *Bull. civ. I*, p. 164, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1058.

- KNETSCH Jonas, « Quand le déménagement entre amis tourne mal : la convention d'assistance bénévole et l'obligation in solidum », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Revue des contrats*, n° 3, 2021, p. 17.
- KRAJESKI Didier, « Quelques précisions sur les préjudices indemnisés au titre d'une assurance multirisques habitation », Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 18-19191, inédit, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 8, 2019, p. 3.
- , « Quelques précisions sur l'assurance des risques climatiques », Civ. 3^{ème}, 13 sept. 2018, n° 17-21243, inédit, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 10, 2018, p. 4.
- KULLMANN Jérôme, « Assurances en général », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Revue générale du droit des assurances*, n° 4, 2000, p. 1064.
- , « Assurance de personnes », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 02-12539, *Bull. civ. I*, 2004, n° 306, p. 256, *Revue Générale des Assurances*, 2005, p. 105.
- , « “Our body / À corps ouvert” : un cadavre de plus, celui du contrat d'assurance », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178 *Revue générale du droit des assurances*, n° 1, 2015, p. 16.
- , « Droit des assurances », Civ. 2^{ème}, 3 mars 2016, n° 15-11001, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 25, 2016, doct. 732.
- , « Sinistres sériels : les longues griffes de la globalisation », Civ. 2^{ème}, 3 mars 2016, n° 15-11001, inédit, *Revue générale du droit des assurances*, n° 5, 2016, p. 243.
- « Assurances de personnes », Civ. 2^{ème}, 5 juill. 2006, n° 05-12603, *Bull. civ. II*, 2006, n° 184, p. 176, *Revue générale du droit des assurances*, n° 2007-1, 2007, p. 142.
- LABARTHE Françoise, « Droit des obligations », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 49, 2008, doct. 218.
- , « Valeur contractuelle des documents publicitaires », Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 2010, 1834.
- , « Valeur contractuelle des documents publicitaires », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 38, 2010, act. 922.
- LACHIÈZE Christophe, « La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution ? », Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 2004, II 10108.
- , « Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 10, 2021, 1131.
- , « Plaidoyer pour le système de la résolution judiciaire », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2002, n° 99-21350, *Bull. civ. I*, 2002, n° 187, p. 145, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 16, 2003, 629.
- LAFOND Jacques « Droit de priorité du locataire « commercial » : des pratiques condamnées... », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 2018, 1291.
- LAGARDE Xavier, Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 1994, II, 22309.
- LAGELÉE-HEYMANN Maud, « De la double nature du dol et du possible cumul d'actions, un prélude à une remise en ordre ? », obs. sous Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2020, n° 19-18104, *Bull. civ.*

- III, 2020, p. 572, *La Semaine Juridique - Édition Générale* n° 48, 2020, p. 1306.
- LAHER Rudy, « Saisie immobilière et attributions du juge de l'exécution », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Procédures*, n° 6, 2023, comm. 172.
- LAITHIER Yves-Marie, Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9 « Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique », *Revue des contrats*, 2006, 1083.
- , « En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat », Com., 28 nov. 2018, n° 15-17578, inédit, *Revue des contrats*, n° 2, 2019, p. 14.
- , « L'effet dilatoire de la force majeure », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Revue des contrats*, n° 4, 2006, p. 1087.
- , Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *Revue des contrats*, 2008, p. 252.
- , « Vigueur et rigueur d'une convention modifiant la charge de la preuve », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *Revue des contrats*, 2008, p. 252.
- , « La fraude est-elle immorale ? À propos de l'adage "Nemo auditur..." », Soc., 10 nov. 2009, n°s 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *Revue des contrats* n° 2, 2010, p. 557.
- , « L'efficacité retrouvée des clauses limitatives de réparation », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115 *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1220.
- , « Le juge a le pouvoir de réviser le prix d'une prestation aléatoire », Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n° 10-11586, inédit, *Revue des contrats*, n° 2, 2012, p. 396.
- , « Le but illicite : point de rencontre entre la fraude et la cause » Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n° 188, *Revue des contrats*, n° 1, 2012, p. 70.
- , « La force majeure n'est pas une cause d'exonération de l'inexécution des obligations monétaires : le principe et ses limites », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 21.
- , « La nullité absolue d'un contrat dont la cause est illicite et la difficulté de s'y soustraire », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Revue des contrats*, n° 2, 2015, p. 226.
- LALOT Laurence, « Clause abusive et appréciation du juge », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164 *Bull. civ. I*, p. 164, *Gazette du Palais*, n° 13, 2020, p. 44.
- LAMAZEROLLES Eddy, « Rupture de pourparlers et cession d'actions », Com., 26 nov. 2003, n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2922.
- , « Sociétés et groupements », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2056.
- , « Sociétés et groupements », Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 118.
- LAMOUREUX Marie, « L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances », CA Nancy, 26 septembre 2007, n° 06/02221, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 20, 2008, II. 10091.

- , « Le regain de vitalité de la clause limitative de réparation », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 77, 2010, n° 4030.
- LAMY (de) Bertrand, « Une nouvelle source du droit du bail : la Convention européenne des droits de l'homme », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 167.
- LAPORTE Christian, « Saisie immobilière - Prescription de deux ans en matière de crédits immobiliers », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Procédures*, n° 10, 2015, comm. 292.
- , « Incidences du droit européen sur les procédures civiles d'exécution nationales », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 26, 2023, act. 799
- LARDEUX Gwendoline, Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214 « La liberté contractuelle en matière probatoire entre sécurité juridique et vérité judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 327.
- , « Du droit de la preuve au droit à la preuve », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1596.
- , « Vérité et secrets ou l'alliance des contraires » Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Les Petites Affiches*, n° 32, 2018, p. 6.
- LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « Clause de révocation de la donation de biens présents en cas de divorce », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Droit de la famille*, n° 5, 2012, comm. 79.
- , CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 17 nov. 2008, n° 08/03786, « Le mariage décidément toujours institution d'ordre public et la virginité jamais qualité essentielle ! », *Droit de la famille*, n° 12, 2008, comm. 167.
- LARROUMET Christian, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », obs. Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Recueil Dalloz* 1997, chron., p. 145.
- , « La libéralité consentie par un concubin adultère » Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 351.
- LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Précisions utiles sur l'obligation de mise en garde du banquier », Com., 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. civ. IV*, 2009, n° 92, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2318.
- , « Clause abusive et clause de déchéance du terme en matière de crédit immobilier », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 57.
- , « Florilège de solutions intéressant les prêts en devise », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 38, 2019, 1425.
- , « La preuve du calcul du taux effectif global sur 360 jours », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 39, 2018, act. 985,
- , « Banque - Limite jurisprudentielle à l'opposabilité du secret bancaire au juge civil », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 4, 2018, 1038.

- , « Banque - Clause abusive et prêts libellés en monnaie étrangère », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires* n° 20 du 18 mai 2017, 1267.
- , « Application de l'article 1171 du Code civil à la location financière », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 3, 2022, p. 7.
- LATINA Mathias, Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152 « Le contrat de bail conclu pour un prix dérisoire est nul de nullité relative », *L'Essentiel droit des contrats*, n° 10, 2011, p. 6,
- , « La nullité du contrat exécuté implique des restitutions réciproques », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2012, p. 5.
- , « La clause de non-divorce, insérée dans une donation de biens présents, est illicite », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 5, 2012, p. 6.
- , « La clause qui, au moins en partie, permet la sanction forfaitaire de l'inexécution du débiteur est une clause pénale » Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ.*, IV, 2016, n° 86, p. 105 *L'Essentiel droit des contrats*, n° 08, 2016, p. 2.
- , « L'influence rétrospective de la réforme du droit des contrats », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2017, p. 1.
- , « Les présomptions irréfragables conventionnelles sont interdites », Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2018, p. 1.
- , « La suspension de la prescription de l'action récursoire de l'entrepreneur », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047, *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2022, p.
- , « La preuve d'une dépendance économique et d'un avantage excessif suffit à caractériser un vice de violence », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2022, p. 1.
- , « La contrainte économique est caractérisée par un abus de dépendance et un avantage excessif », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Revue des contrats*, n° 1, 2022, p. 9.
- , « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 3, 2022, p. 1.
- , « Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue des contrats*, n° 2, 2022, p. 10.
- , « Le créancier, qui n'a pas pu profiter de la contrepartie à laquelle il a droit, ne peut invoquer la force majeure », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 1, 2021, p. 5.
- , « Le créancier, qui n'a pas pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit, ne peut invoquer la force majeure », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Revue des contrats*, n° 1, 2021, p. 17.

- LAULIER Romain, « L'illicéité de la cause et l'obligation d'information de l'assureur en cas de risque d'annulation de l'évènement assuré : les suites de l'affaire "Our body/A corps ouvert" », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Les Petites Affiches*, n° 59, 2015, p. 8.
- LAURENT Julien, « Cession de droits démembrés et préemption de la SAFER », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n° 58, *Gazette du Palais*, n° 39, 2018, p. 76.
- LAURENT Philippe, Civ. 3^{ème}, 12 juin 2001 n° 00-10588, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2002, p. 28.
- , « Dénaturation des termes clairs et précis du contrat de bail », Civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 00-10588, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2002, p. 28.
- LAUVERGNAT Ludovic, « Extension de l'office du juge de l'exécution », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Gazette du Palais*, n° 25, 2023, p. 37.
- LE GUIDEC Raymond, Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, « Succession-Partage - Successions et libéralités », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 7, 2006, 1071,
- , « Successions-Partage - Successions et libéralités », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 47, 2005, I, 187.
- , « Successions et libéralités », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 12, 2013, 1060.
- , « Successions et libéralités », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 9, 2013, doct. 250.
- LE MAGUERESSE Yannick, « De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Les Petites Affiches*, n° 134, 2006, p. 14.
- LE TOURNEAU Philippe, Com. 11 oct. 1978, n° 77-10155, *Bull. civ. IV*, n° 223 ; *RJ com.*, 1979, p. 378.
- LEBLOND Nicolas, « Encore l'obligation faite au preneur d'adhérer... mais à une société », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 9, 2013, p. 3.
- , « On ne peut renoncer dans le bail à la révision du loyer pour hausse de plus du quart », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 5, 2017, p. 2.
- , « En matière de prêt professionnel, l'année lombarde peut être retenue, sauf pour le TEG », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 9, 2018, p. 5.
- , « Le droit de préemption du preneur commercial prévu par l'article L. 145-6-1 est d'ordre public », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2018, p. 2.
- , « De la liberté de ne pas financer une association de commerçants d'un centre commercial », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018 p. 79, *L'ESSENTIEL DROIT DES CONTRATS*, n° 11, 2018, p. 2.

- , « Pas de relation commerciale entre un avocat et le cabinet auquel il collabore », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 04, 2019, p. 3.
- , « Pas de relation commerciale entre un avocat et le cabinet auquel il collabore », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2019, p. 3.
- LEBORGNE-INGELAERE Céline, « L'annulation d'une rupture conventionnelle dans un contexte de harcèlement moral au travail », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *La Semaine Juridique - Social*, n° 10, 2013, 1112.
- LEBORGNE Anne, « Droit de l'exécution », obs. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°s 10-14651 et 10-15000, *Bull. civ.*, III, n° 75 ; *Recueil Dalloz* 2011, p. 1509.
- LECLERCQ Paul, « Conclusion sur Cass. 17 nov. 1932 », *Pacrisie belge*, 1933, I.
- LECOURT Arnaud, « Inopposabilité d'une cession de parts sociales de SNC non agréée : une sanction inédite inopportune », Com. 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2018, p. 707.
- , « Confirmation de l'extrême rigueur du formalisme attaché aux cessions de parts sociales de SARL à des tiers », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Revue des sociétés*, 2014, p. 437.
- , « Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2016, p. 817.
- LECOURT Benoît, « Cession de droits sociaux : nullité du contrat pour dol incident et application anticipée du nouveau droit des contrats », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Revue des sociétés*, 2016, p. 590.
- LÉCUYER Hervé, « Franchise et site Internet », Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006 n° 65, p. 65, *Communication - Commerce électronique* n° 6, 2006, comm. 99.
- , « Automaticité des restitutions et contenu du jugement d'annulation », Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ. I*, 2019, p. 115, *Deffrénois*, n° 21, 2019, p. 42.
- , « Nature de la nullité encourue par le contrat ne respectant pas les dispositions de la vente d'immeuble à construire », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Deffrénois*, n° 3, 2019, p. 34.
- , « Nullité absolue d'une cession de parts d'une SCI pour vileté du prix », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 9, 2008, comm. 1281.
- , « Cession de droits sociaux - Nullité absolue d'une cession pour vileté du prix », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Droit des sociétés*, n° 12, 2007, comm. 209.
- , « Garantie des vices cachés : point de départ du délai de l'action récursoire contre le vendeur », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Deffrénois*, n° 29-33, 2022, p. 25.
- LEDUC Fabrice, « Le cadavre objet de convention », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Revue des contrats*, n° 2, 2015, p. 299.
- LEDUCQ Xavier, « Jurisprudence - Assurances terrestres », Civ. 2^{ème}, 5 juill. 2006, n° 05-12603,

Bull. civ. II, 2006, n° 184, p. 176, *Gazette du Palais*, n° 125, 2007, p. 32.

—, « Point de départ du délai d'action contre le prêteur pour manquement à son obligation de conseil sur les risques couverts », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Gazette du Palais*, n° 23, 2022, p. 64.

—, « Assurances sur la vie et capitalisation », Civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104, *Bull. civ. II*, 2006, n° 214, p. 223, *Gazette du Palais*, n° 310, 2007, p. 29.

LEFÈVRE Audrey et LANI François-Pierre, « Clauses limitatives de réparation dans les contrats commerciaux : affaire Faurecia c/ Oracle (suite et... fin ?) », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 63, 2010, n° 2076.

LEGEAIS Dominique, « Pouvoir du juge de soulever d'office la nullité d'un crédit à la consommation », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2004, p. 358.

—, « Responsabilité bancaire pour fourniture d'un crédit à un particulier », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2005, p. 820.

—, « Responsabilité bancaire pour fourniture d'un crédit à un particulier », note Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10921, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 271, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, p. 820.

—, « Responsabilité liée à la fourniture d'une assurance-groupe », note Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2007, p. 433.

—, « Assurance-groupe », note Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *RD bancaire et fin.*, n° 2, 2007, p. 55.

—, « Qualification procédurale du principe de proportionnalité », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, 2018, comm. 31.

—, « Obligation du banquier prêteur d'éclairer son client adhérent à une assurance de groupe », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 12, 2007, p. 1375.

—, Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957, inédit, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2004, p. 358.

—, « Responsabilité de la banque à l'égard de la caution », Com., 6 fév. 2001, n° 97-10646, *Bull. civ. IV*, 2001, n° 29, p. 27, *Revue de droit bancaire et financier* n° 4, 2001, 150.

—, « Clause de déchéance du terme qualifiée de clause abusive », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2023, p. 430.

—, « Clarification du délai de prescription de l'action en responsabilité fondée sur le manquement au devoir de mise en garde », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2022, p. 134.

—, « Sûretés - Projet de loi PACTE », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2018, 90.

—, « Portée de l'autorité de chose jugée », Civ. 2^{ème}, 18 oct. 2007, n° 06-13068, inédit, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6 2007, 220.

- , « Cautionnement - Autorité de la chose jugée », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364, *Bull. civ. I*, 2010, n° 150, *RD bancaire et fin.*, n° 5, 2010, comm. 170.
- , « Cautionnement - Portée du principe de la concentration des moyens » Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1 2012, comm. 14.
- , « Cautionnement - Principe de la concentration des moyens », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *Revue de droit bancaire et financier* n° 5, 2021, comm. 123.
- , « Clauses abusives », Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2022, p. 630.
- , « Force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, 2014, comm. 198.
- , « Appréciation du caractère abusif des clauses relatives aux prêts libellés en devises étrangères », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, p. 463.
- , « Une clause imprécise équivaut à l'absence de mention manuscrite exigée pour la validité de l'intérêt », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, p. 465.
- , « Obligations et responsabilités d'un établissement de crédit qui consent un crédit à un particulier », Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 38, 2005, 1359.
- , « Cautionnement - Conditions et preuve du devoir de mise en garde », Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232 *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2010, comm. 6.
- , « Cautionnement - Responsabilité du notaire », Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-11607, *Bull. civ. I*, n° 505, p. 449 *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2007, 13.
- , « Cautionnement - Responsabilité du notaire », *Revue Civ. 1^{ère}*, 21 nov. 2006, n° 05-11607, *Bull. civ. I*, n° 505, p. 449 de droit bancaire et financier, n° 2, 2007, 65.
- , « Devoir de mise en garde : solution applicable en matière de cautionnement », obs. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16345, *Bull. civ. I*, 2009, n° 181, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, 2009, comm. 191.
- , « Responsabilité bancaire. Le devoir de mise en garde n'existe qu'en présence d'un risque de surendettement », obs. Com., 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. civ. IV*, 2009, n° 92, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2009, 795.
- , « Limites au devoir de mise en garde du banquier prêteur face à des emprunteurs sans risque d'endettement », obs. Com., 7 juill. 2009, n° 08-13536, *Bull. civ. IV*, 2009, n° 92, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 41, 2009, 1948.
- , « Étendue du devoir de mise en garde du prêteur », obs. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-13601, *Bull. civ. I*, 2009, n° 232, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires* n° 49, 2009, 2140.
- , « Conditions et preuve du devoir de mise en garde », obs. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ. I*, 2009, n° 231, *RD bancaire et fin.*, n° 1, 2010, comm. 6.

- , « Promesse de porte-fort - Distinction de la promesse ratification et de la promesse exécution », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2015, 125.
- , « Obligation d'information de la caution », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2018, comm. 98.
- , « Clause abusive », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, 2019, comm. 47.
- , « Obligation pour le juge de soulever d'office le caractère abusif d'un contrat de crédit à la demande d'une caution », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, p. 194.
- LÉGER Nicolas, « Contrat de travail à durée déterminée - Requalification de CDD en CDI : le salarié doit en faire la demande pour que le juge puisse requalifier », note Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ. V*, 2013, n° 45 ; *La Semaine Juridique - Social*, n° 10, 2013, p. 108.
- LEGRAND Véronique, « Responsabilité du banquier - Référé probatoire : le secret bancaire n'est pas toujours opposable », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Actualité des procédures collectives*, n° 2, 2018, alerte 32.
- LEGROS Jean-Pierre, « Société en liquidation - Déclaration d'appel », *Droit des sociétés*, n° 7, 2016, 131.
- LEGUAY Gilbert, « Dommage à l'ouvrage avant réception. Qui est le bénéficiaire de l'assurance de chose ? », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Revue de droit immobilier*, 2000, p. 206.
- de LEIRIS Edouard, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2198.
- LEMOULAND Jacques-Jacques, « Droit des couples », CA Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 17 nov. 2008, n° 08/03786, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 728.
- , « Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 809.
- , « La cause des libéralités entre concubins et les bonnes moeurs », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 377.
- , « Droit des couples », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 971.
- , « Droit des couples », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1089.
- , « Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 809.
- , « Majeurs protégés », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1569.
- LEMOULAND Jacques-Jacques et NOGUÉRO David, Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1458.
- LENOIR Romain, « Technique contractuelle », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n^{os} 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 2, 2012, 1027.

- LEPAGE Agathe, Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, « Première application de l'article 16-1-1 du Code civil par la Cour de cassation », *Communication - Commerce électronique*, n° 11, 2010, comm. 112,
- , « Production en justice d'une lettre sans l'autorisation de son auteur », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Communication - Commerce électronique*, n° 7 – 8, 2012, comm. 83.
- LEQUETTE Sylvie, « Les prémisses de l'abus de dépendance économique », Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12454, inédit, *Les Petites Affiches*, n° 209, 2016, p. 6.
- LEROND Sylvie, « La clause pénale stipulée dans une donation-partage porte-t-elle atteinte au droit d'agir en justice ? », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Gazette du Palais*, n° 20, 2016, p. 70.
- LEROY Damien, « Bail Commercial - Liberté d'association - Nullité de la clause d'adhésion obligatoire à une association », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Juris associations*, 2010, n° 423, p. 14.
- LEROY Guillaume, « Divergence jurisprudentielle relative à la nature du délai de l'action en garantie des vices cachés », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 *Gazette du Palais*, n° 7, 2022, p. 23.
- LEROY Michel, « Donation-partage et le silence sur une assurance-vie », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 2, 2016, p. 6.
- LESBASTS Christophe, « La nullité de la clause de non-divorce dans les donations de biens présents », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 21, 2013, 1146.
- LEVENEUR Laurent, obs. Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *Contrats Concurrence Consommation* 1993, n° 45.
- , Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-18047, *Bull. civ. I*, 1993, n° 159, p. 110, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, 1994, II, 526.
- , Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Contrats Concurrence Consommation*, 1995, comm. 181.
- , Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Contrats Concurrence Consommation*, 1997, n° 24.
- , Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1998, n° 96-13316, *Bull. civ. I*, 1988, n° 53, *Contrats Concurrence Consommation*, 1998, n° 70.
- , « Il suffit de ne pas invoquer la Convention de Vienne devant le juge français pour que les règles classiques de la vente redeviennent applicables », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, 2001, comm. 157,
- , « Vente - Vice caché et dol : l'option d'actions est à nouveau clairement ouverte », Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-10192, *Bull. civ. I*, 2002, n° 260, p. 202, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2003, 38.
- , « Pour l'Assemblée plénière, les faveurs rémunérées ne sont pas contraires aux bonnes mœurs », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2005, comm. 40.

- , « La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 8 - 9, 2006, comm. 152.
- , « Où la nullité pour vileté du prix est encore absolue », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2008, comm. 65.
- , « Où la nullité pour vileté du prix est encore absolue », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226 ; *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, 2008, 65.
- , « Preuve - Un bon rappel des principes par la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89 *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2010, 175.
- , « Où l'on voit que le diagnostic amiante ne prive pas d'intérêt la clause de non-garantie des vices cachés », Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ. III*, 2011, n° 126, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, 2011, 232.
- , Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ. I*, 2014, n° 58 « Vente de voyage et de séjour - Ouragan sur le Mexique : les touristes ne partent plus et veulent se faire rembourser le prix de leur voyage de treize jours... », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6 du 1 juin 2014, 125 -
- , « Cause illicite - Intérêt de la cause, toujours... », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2015, comm. 1.
- , « Confinement et loyers commerciaux : la Cour de cassation se prononce et repousse tous les arguments des preneurs », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 8-9, 2022, comm. 129.
- , « Articulation des textes : le droit commun ne joue que pour les contrats qui ne relèvent pas des dispositions spéciales du Code de commerce », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2022, 40.
- , « L'indemnité due en cas de défaut de restitution en fin de location n'était pourtant fixée qu'au même montant que le loyer... », Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 86, p. 105, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, 2016, comm. 204.
- , « Réduction judiciaire de la rémunération : sur qui pèse la charge de la preuve ? » Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-12146, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2003, comm. 3.
- , « Dommage causé à l'assisté par l'assistant : une responsabilité sans indulgence », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2022, 41.
- , « La dépendance économique ne suffit pas : il faut qu'il y ait exploitation abusive de la situation », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 8-9, 2002, comm. 121.
- , « À propos de la nature de la nullité d'un contrat pour défaut de cause et de sa prescription », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ. III*, 2011, n° 152, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, 2011, comm. 252.
- , « Vice du consentement et état de faiblesse. La cliente avait signé la convention d'honoraires dans un état de moindre résistance, en raison du besoin qu'elle avait de percevoir rapidement les dommages et intérêts qui lui étaient dus, et dans un état de faiblesse

psychologique », Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, 2007, comm. 44.

—, « Où l'investissement immobilier défiscalisé outre-mer se termine par l'indemnisation de la perte de chance de réaliser un investissement plus rentable », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2021, comm. 53.

—, « Nemo auditur ne joue pas », Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, 2004, comm. 136.

—, « Manœuvres par SMS ! », Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2015, comm. 164.

—, Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, comm. n° 142.

—, « La brume se dissipe sur les clauses limitatives », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115 *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, 2010, comm. 220.

—, « La société d'ingénierie du son réalise un son de médiocre qualité lors de représentations d'un spectacle prévu pour six mois : la résiliation unilatérale et rapide de son contrat à durée déterminée est justifiée », Com., 8 nov. 2017, n° 16-22289, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, 2018, comm. 24.

—, « L'imprévisibilité est bien redevenue une condition de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2009, comm. 3.

—, « L'imprévisibilité est bien redevenue une condition de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 8-9, 2009, 1200.

—, « Premier contrôle par la Cour de cassation de l'application du nouvel article 1218 du Code civil », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2021, comm. 1.

—, « Une formule, mais quelle application concrète ? », Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2004, comm. 4.

—, « Où la rupture unilatérale du contrat était justifiée », Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, n° 15-20614, inédit, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, 2016, comm. 249.

—, « L'indétermination du prix dans les contrats : portée d'un revirement de jurisprudence », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 5, 1996, comm. 776.

—, Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, n° 98-18966, *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, n° 159.

—, « Une chambre mixte tranche : la clause de conciliation préalable constitue une fin de non-recevoir », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2003, comm. 84.

—, « Effets de la promesse de porte-fort » Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2015, 167.

- , « Revirement – motivé – à la chambre commerciale : par application du critère des intérêts protégés, la nullité pour défaut de cause est relative », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2016, comm. 136.
- , « Où l'on voit qu'une vente pour 1 euro d'un terrain bâti n'est pas nécessairement lésionnaire et peut être valable », Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2016, n° 15-22250, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, 2016, comm. 250.
- , « Où l'intermédiaire professionnel est chargé d'une obligation même à l'égard de l'autre partie que son mandant et où l'agent immobilier voit sa commission réduite en justice », obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull. civ. I*, 2016, n° 794, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2016, comm. 89.
- , « Nature de la nullité pour inobservation des règles de forme : le critère des intérêts protégés progresse », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2017, comm. 93.
- , « Convention sur la preuve - Un principe de validité, mais avec des limites », Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2018, comm. 40.
- , « Clause limitative de réparation ou clause chiffrant le dommage prévisible en matière contractuelle ? », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Contrats Concurrence consommation*, n° 3, 2020, comm. 36.
- , « Incendie depuis un logement dans une maison de retraite : la présomption de responsabilité pesant sur le locataire s'applique-t-elle au résident ? », obs. Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-19670, *Bull. civ. III*, 2020, p. 55, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2021, 36.
- , « Convention d'assistance bénévole - Attention, carton ! », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2021, comm. 111.
- , « Action en garantie des vices cachés : pour la troisième chambre civile, le délai quinquennal de l'article L. 110-4 du Code de commerce ne peut servir de délai butoir », Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ. III*, 2022, p. 63 *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2022, 113.
- , « Garantie des vices cachés : quelle qualification pour le délai de 2 ans ? », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2022, comm. 42.
- , « Des algues sargasses pouvaient s'échouer près de la maison achetée : entre dol et vice caché... », obs. sous Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 631, *Contrats Concurrence Consommation* n° 8-9, 2022, comm. 130.
- LEVENEUR-AZÉMAR Marie, « Caractère abusif d'une clause fixée unilatéralement par le consommateur », Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Bull. civ. I*, 2019, p. 164, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 52, 2019, p. 1373.
- LEYRAT Henri, « Quel avenir pour les clauses pénales insérées dans les libéralités ? », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Deffrénois*, n° 12, p. 683.
- LIBCHABER Rémy, « Chronique de jurisprudence civile générale », Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, *Deffrénois*, n° 19, 2002, p. 1253.

- , « Chronique de jurisprudence civile générale », Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *Deffrénois*, n° 24, 2007, p. 1729.
- , « La difficile conciliation entre l'association et l'intérêt collectif. », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 9, 2010, p. 727.
- , « La Cour de cassation n'est plus gardienne du mariage ! », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 59.
- , « Chronique de jurisprudence civile générale », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Deffrénois*, n° 23, 2003, p. 1568.
- , « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Deffrénois*, n° 6, 2009, p. 671.
- , « Chronique de jurisprudence civile générale », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Deffrénois*, n° 24, p. 1619.
- , « Procédure civile - Droit judiciaire privé », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 48, 2015, doct. 1304.
- , « Pour la nullité absolue - même en matière de formalisme ! », Com., 5 fév. 2013, n° 12-11720, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 20, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1113.
- , « Procédure civile - Droit judiciaire privé », Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n°s 15-16743 et 15-18595, *Bull. civ. I*, 2016, n° 106, p. 118, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 48, 2016, doct. 1296.
- , « La prescription est sans incidence sur les défenses au fond », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Revue des contrats*, n° 4, 2018, p. 548.
- , « Droit judiciaire privé », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 18, 2018, doct. 530.
- LIENHARD Alain, « Cession de parts sociales (SARL) : caractère impératif du formalisme », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Dalloz actualité*, 31 janv. 2014.
- LIÈVREMONT Christophe, Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-13101, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2005, II, 10184.
- LINDON Raymond, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, *La Semaine Juridique*, 1969. II. 16096.
- LOISEAU Grégoire, « Des cadavres mais des hommes », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 25, 2009, act. 12.
- , « L'occupation du domicile à des fins professionnelles, une immixtion dans la vie privée du salarié », Soc., 7 avril 2010, n°s 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ. V*, 2010, n° 85, *La Semaine Juridique - Social*, n° 22, 2010, 1218.
- , « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Recueil Dalloz* 2010, p. 2750.
- , « La cession d'un fichier de clientèle informatisé n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL est illicite », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Communication - Commerce électronique*, n° 9, 2013, comm. 90,

- , « Exposition de cadavres : les contrats d'assurance sont aussi illicites », CA Paris, Pôle 2, ch. 5, 5 fév. 2013, n° 12/10020, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 15, 2013, 411.
- , « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 46 – 47, 2014, 1170.
- , « De la résolution du contrat pour force majeure », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Communication - Commerce électronique*, n° 1, 2021, comm. 4.
- , « L'articulation entre la règle de droit commun et les règles des droits spéciaux relatives à la prohibition des clauses abusives », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Communication - Commerce électronique*, n° 3, 2022, comm. 19.
- , « La rupture conventionnelle au régime du droit commun », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *La Semaine Juridique - Social*, n° 8-9, 2014, 1078.
- , « Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *La Semaine Juridique - Social*, n° 8, 2019, 1057.
- , « Une clause peut en cacher une autre », Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 86, p. 105, *Communication - Commerce électronique*, n° 10, 2016, comm. 80.
- , « Droit des contrats », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 07-08, 2022, doct. 257.
- , « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2015, doct. 808.
- , « Le vice et ses vertus », Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *Communication - Commerce électronique*, n° 4, 2015, comm. 33.
- LOKIEC Pascal, « Droit du travail : relations individuelles de travail », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1026.
- , « Droit du travail : relations individuelles de travail », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1115.
- , « Droit du travail - Relations individuelles », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 963.
- LOUIS-PUGET Anne-Sophie, « Que reste-t-il de la nullité du contrat pour absence d'objet ? », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ. III*, 2011, n° 152, *Les Petites affiches*, 2012, n° 9, p. 8.
- LUCIANI Anne-Marie, « L'erreur d'étiquetage : quelle sanction ? », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 206.
- , « Contrat d'approvisionnement exclusif - Nécessité d'une contrepartie de l'obligation », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n° 156, p. 103.
- LYN François Soc. 28 mai 2002, nos 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, « La chambre sociale reconnaît le caractère relatif de la nullité d'une transaction », *Les Petites Affiches*, n° 183, 2002, p. 12,
- MAHINGA Jean-Grégoire, « L'article 265 du Code civil est d'ordre public, et pourtant... », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Les Petites Affiches*, n° 83, 2012, p. 16.

- , « Office du juge en présence de la loi étrangère », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 21 – 22, 2006, II, 10086.
- MAINGUY Daniel, « À propos d'un « principe » préexistant à une loi », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 246.
- MALAN Alexandre, « Applicabilité d'office de la règle de conflit de lois conduisant au droit conventionnel unifié », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Les Petites Affiches*, n° 29, 2002, p. 17.
- MALAURIE Philippe, « Indexation illicite : pas de confirmation mais une substitution », CA Lyon, 1^{ère} et 2^{ème} ch., 9 juill. 1990, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 47.
- , « Les voyous du sexe et la Cour de cassation : le vieux polisson pigeonné » Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Revue des contrats*, 2005, p. 1278.
- , « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription », Civ. 3^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-12234, *Bull. civ. III*, 2006, n° 114, p. 96, *Revue de droit immobilier*, 2006, p. 310.
- , « Le juge n'a pas l'obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes », note Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 102.
- MALAURIE-VIGNAL Marie, obs. Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *Contrats Concurrence Consommation*, 1999, n° 56.
- , « Clause de non-concurrence - Conditions de licéité d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de société », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n° 156, p. 103, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, 2013, comm. 260
- , « Nullité ou réduction d'une clause de non-concurrence non proportionnée aux intérêts légitimes de l'entreprise ? », Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2004, comm. 77.
- , Com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, *Bull. civ. IV*, 2006, n° 9, p. 8, « Clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2006, comm. 67.
- , « La création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé », obs. sous Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Bull. IV*, 2006 n° 65, p. 65, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2006, comm. 82.
- , « Validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise », Com., 24 nov. 2009, n° 08-17650, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, 2010, comm. 43.
- , « Contrat de distribution exclusive », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, 2015, comm. 38.
- MALINVAUD Philippe, « Le juge doit évaluer le dommage dont il a constaté l'existence en son principe », Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2002, n° 00-10543, *Bull. civ. II*, 2002, n° 34, p. 28, *Revue de droit immobilier*, 2002, p. 152.
- , « Une utilisation anormale des lieux est une faute du maître de l'ouvrage », Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2002, n° 00-10543, *Bull. civ. II*, 2002, n° 34, p. 28 *Revue de droit immobilier*, 2002, p. 151.

- , « Effet interruptif de la citation en référé », Civ. 3^{ème}, 4 juin 1997, n° 95-18845, *Bull. civ. III*, 1997, n° 125, p. 84, *Revue de droit immobilier* 1997. 589.
- MALINVAUD Philippe et BOUBLI B. « Responsabilité civile. Droit commun, Vices cachés », Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ. III*, 1991, n° 107, p. 61, *Revue de droit immobilier*, 1991, p. 352.
- MARÉCHAL Camille, « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Gazette du Palais*, n° 48, 2009, p. 14.
- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 1024.
- , « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe », Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4.
- , « La troisième chambre civile de la Cour de Cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 722
- MARROCHELLA J., « Révocation d'une donation entre époux : clause de non-divorce », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1386.
- MARIA INGRID, « Contradictoire et priorité familiale : nouvelles précisions », Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Droit de la famille*, n° 9, 2018, p. 223.
- , « Seul le requérant initial peut interjeter appel contre un jugement de mainlevée de la mesure de protection », Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Droit de la famille*, n° 9, 2018, p. 191.
- MARLY Pierre-Grégoire, « Nullité d'un contrat d'assurance de dommages pour illicéité du risque garanti », CA Paris, Pôle 2, ch. 5, 5 fév. 2013, n° 12/10020, *L'Essentiel droit des assurances*, n° 4, 2013, p. 2.
- MARRION Bertrand, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 50, 2010, act. 1239.
- MARTIN R. Didier, « Droit bancaire », note Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 871.
- , « Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1954.
- , « Droit bancaire », Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1643.
- , « Droit bancaire », Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2106.
- , « Droit bancaire », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2176.
- , Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177 et Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, « Droit bancaire », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2009.

- MARTIN R. Didier et SYNDET Hervé, « Droit bancaire », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2106.
- MARTIN Anne-Cécile, « Les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce sont étrangères aux rapports entretenus entre une association et un commerçant ancien adhérent », Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *L'Essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, n° 1, 2019, p. 4.
- MARTIN-SERF Arlette, « Cautionnement. Rejet de la demande de dommages-intérêts de la caution pour faute commise par le créancier. Obligation pour la caution assignée en paiement par le créancier de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble de ses moyens de défense », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2012, p. 851.
- , « Déclaration et vérification des créances. Décision d'admission revêtue de l'autorité de la chose jugée. Examen d'office d'une clause abusive par le juge de l'exécution », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2023, p. 449.
- MASQUEFA Christine, « Technique contractuelle », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 14, 2003, 543.
- MASSART Thibaut, « L'incidence de la réforme des contrats sur le dol incident », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 10, 2016, p. 572.
- MASSIP Jacques, Civ. 2^{ème}, 25 mars 1991, n° 89-21181, *Bull. civ. II*, 1991, n° 102, p. 54, « Chronique de jurisprudence », *Deffrénois*, n° 22, 1991, p. 1248.
- , « Nullité pour erreur du mariage et du contrat de mariage qui l'accompagne », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Les Petites Affiches*, n° 38, 1996, p. 15.
- , « Le sort des libéralités à une concubine adultère », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Deffrénois*, n° 11, 1999, p. 680.
- , « Le sort des libéralités à une concubine adultère », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Les Petites Affiches*, n° 135, 1999, p. 30.
- , Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56 ; « Nullité d'une clause de non-divorce insérée dans une donation de biens présents entre époux » *Les Petites Affiches*, n° 104, 2013, p. 6.
- , « Nullité pour erreur du mariage et du contrat de mariage qui l'accompagne », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Les Petites Affiches*, n° 38, 1996, p. 15.
- MATHEY Nicolas, « Caractère abusif d'une clause de déchéance du terme », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2019, comm. 4.
- , « Forclusion biennale : charge de la preuve », obs. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-13364, inédit, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2022, comm. 79.
- , « Banque - Droit bancaire », Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 28, 2022, 1253.

—, « Crédit immobilier - Prêt en devise : devoir de mise en garde et information », Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, *Revue de droit bancaire et financier* n° 3 du 1 mai 2022, 80 -

—, « Droit bancaire », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 28, 2022, 1253.

—, « Caractère abusif de la clause de déchéance du terme », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2023, comm. 72.

—, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », Com., 26 nov. 2003, n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Revue des sociétés*, 2004, p. 325.

—, « Le secret bancaire face au droit à la preuve », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 7, 2019, p. 1.

—, « Preuve du TEG erroné et expertise », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 9, 2018, p. 4.

—, « Pratiques restrictives de concurrence - Précision sur la notion de partenaire commercial », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, 2019, comm. 86.

—, « Rupture brutale de relations commerciales établies - Compétence internationale et clause attributive de juridiction », Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-25259, *Bull. civ. I*, 2017, n° 216, p. 285, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, 2017, comm. 247.

—, « Le secret bancaire et la preuve de la responsabilité du banquier », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *L'essentiel Droit bancaire*, n° 01, 2018, p. 2.

—, « Prêt en devise - La Cour de cassation et la CJUE : de nouvelles précisions mais également de nouvelles questions », Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2019, 3.

—, « Crédit immobilier - Clause abusive et prêt immobilier en devise », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2017, 107.

—, « Autorité de la chose jugée et concentration des moyens », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 3, 2023, comm. 69.

MATHIEU Marie-Elisabeth et GLASER Philippe, « Le réveil des clauses limitatives de responsabilité ou l'équilibre contractuel (enfin !) respecté », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Gazette du Palais*, n° 245, 2010, p. 11.

—, « Le réveil des clauses limitatives de responsabilité ou l'équilibre contractuel (enfin !) respecté », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *Gazette du Palais*, n° 245, 2010, p. 11.

MATHONNIÈRE Chloé, « Interprétation des clauses des contrats conclus entre professionnels et consommateurs », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 62, 2011, p. 61.

MATSOPOULOU Haritini, « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », Com., 11 avril 1995, n° 92-20985, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 121, p. 107, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 573.

- MATTOUT Jean-Pierre et PRÜM André, « Juillet-décembre 2014 : toujours en écho à un climat économique morose », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *Droit et patrimoine*, n° 245, 2015, p. 86.
- MAUGER-VIELPEAU Laurence, « Les donations de biens présents sont irrévocables, même en cas de divorce ! », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *L'Essentiel Droit de la Famille et des Personnes*, n° 5, 2012, p. 1.
- MAUGERI Véronique, « Quand le droit de la consommation vient au secours de l'assuré », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue Lamy droit civil*, n° 51, 2008, n° 3046.
- , « Quand le droit de la consommation vient au secours de l'assuré », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue Lamy Droit des Affaires* n° 51, 2008, n° 3046.
- , « À la recherche de la cause perdue », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 55, 2008, n° 3208.
- , « Prévisibilité de la grève et exclusion de la force majeure », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 56, 2009, n° 3250.
- MAUMONT Bertrand, « Protection du consommateur - Déchéance du droit aux intérêts du prêteur Le relevé d'office à l'épreuve de la prescription », Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2000, n° 195, p. 149, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 21, 2018, étude 1260.
- MAYER Lucie, « Réaffirmation du devoir du juge de qualifier d'office les faits lorsque le demandeur n'invoque aucun fondement juridique », note Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, n° 12-20181, inédit, *Gazette du Palais*, n° 344, 2013, n° 158v4.
- , « Droit à la preuve et secret bancaire », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Gazette du Palais*, 2018, n° 05, p. 49.
- , « Le droit fondamental d'agir en justice et les clauses pénales en matière de libéralités », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Gazette du Palais*, n° 18, 2016, p. 55.
- , « Le secret bancaire explicitement rattrapé par le droit à la preuve », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *Gazette du Palais*, n° 27, 2019, p. 50.
- MAYER Pierre, « Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, n° 95-15557, inédit, *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 60.
- MAYOUX Sébastien, « Un harcèlement moral ne légitime pas l'annulation automatique d'une rupture conventionnelle : la mise au point de la Cour de cassation », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Gazette du Palais*, n° 9, 2019, p. 30.
- MAZEAUD Denis, Civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n° 92-13653, *Bull. civ. I*, 1994, n° 130, p. 96, « La protection des consommateurs contre la tentation contractuelle », *Deffrénois*, n° 22, 1994, n° 1476.
- , Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, « L'inexécution partielle d'une obligation et l'anéantissement intégral du contrat », *Deffrénois*, 1996, n° 22, p. 1364,

- , « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Deffrénois*, n° 5, 1997, p. 333.
- , « Force majeure et clause abusive », Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1998, n° 96-13316, *Bull. civ. I*, n° 53, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 539.
- , obs. Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *Deffrénois*, 1999, n° 36953, p. 371.
- , « En cas de comportement grave de son cocontractant, chacun peut, à ses risques et périls, se faire justice à soi-même ! », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *Deffrénois*, n° 6, 1999, p. 274.
- , « Libertine première Chambre civile », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Deffrénois*, n° 12, 1999, p. 738.
- , « Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale abusive », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1137.
- , « L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3239.
- , « Restitutions », Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ. III*, 2004, n° 42, p. 39, *Revue des contrats*, n° 3, 2004, p. 635.
- , « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Bull. I*, 2004, n° 86, p. 69, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754.
- , « Renégociation du contrat », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Bull. civ. I*, 2004, n° 86, p. 69, *Revue des contrats*, n° 3, 2004, p. 642.
- , « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », Com., 3 octobre 2006, n° 04-13214, inédit, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 765.
- , « Stipulation pour autrui », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Revue des contrats*, 2008, p. 1135.
- , « Cause », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, *Revue des contrats*, n° 1, 2009, p. 49.
- , « L'arrêt Canal « moins » ? », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2481.
- , « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », notesous Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Recueil Dalloz*, 2010, 1832.
- , « Le retard dans l'exécution peut, s'il est suffisamment grave, justifier la résolution de la vente », Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, n° 92-17858, *Bull. civ. I*, 1995, n° 14, p.10, *Deffrénois*, 1995, p. 1408.
- , Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 631.
- , « Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *Deffrénois*, n° 6, 1999, p. 371.
- , « Rupture fautive des pourparlers », Com., 26 nov. 2003, n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Revue des contrats*, n° 2, 2004, p. 257.

- , « Document contractuel », Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461, inédit, *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1196.
- , « Régime de la violence économique », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2844.
- , « Vers l'émancipation du vice de violence », Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1140.
- , « L'influence de l'erreur excusable », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ. III*, 2001, n° 20, p. 17 *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2702.
- , « N'est pas une clause abusive l'obligation faite à l'assuré de prouver qu'un vol a eu lieu dans les conditions prévues par le contrat d'assurance », Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-17279, *Bull. civ. I*, 1998, n° 240, p. 167, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 111.
- , « La liberté contractuelle a encore de beaux restes... », Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-17279, *Bull. civ. I*, 1998, n° 240, p. 167, *Deffrénois*, n° 22, 1998, p. 147.
- , « Stipulation pour autrui », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue des contrats*, n° 4, 2008, p. 1135.
- , « Réalisation de la condition suspensive d'obtention du prêt et force obligatoire du contrat de mandat », Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 91-10578, *Bull. civ. I*, 1993, n° 198, *Deffrénois*, n° 5, 1994, p. 356.
- , « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152 *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2711.
- , « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ.*, IV, 2016, n° 86, p. 105, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1628.
- MAZEAUD Henri et MAZEAUD Louis, Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, *Recueil Dalloz*, 1959, p. 526.
- MAZEAUD Vincent, « L'obligation de somme d'argent à l'épreuve de la force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 46, 2014, 1577.
- , « La convention d'assistance bénévole et la pluralité de responsables », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Gazette du Palais*, n° 32, 2021, p. 31.
- , « Responsabilité de l'assistant envers l'assisté : faute simple ou caractérisée ? », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Gazette du Palais*, n° 17, 2022, p. 9.
- , « Un an de contentieux des assurances (mai 2021/juin 2022) », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Procédures*, n° 8-9, 2022, chron. 4.
- , « L'obligation de somme d'argent à l'épreuve de la force majeure », Com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 118, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 44, 2014, act. 1117.
- MAZEAUD Vincent et RASCHEL Loïs, « Contentieux des assurances », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181, *Procédures*, n° 5, 2011, chron. 2 -
- MAZEAUD-LEVENEUR Sabine, « Construction - Le délai biennal de la garantie des vices cachés : forclusion ou prescription ? », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 4, 2022, act. 208.

- , « Vente d'immeuble - Le délai biennal de la garantie des vices cachés : forclusion ou prescription ? », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 3, 2022, act. 89.
- MAZUYER Emmanuelle, « Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 262.
- MÉANO Anne-Laure Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 58, « Chronique de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2198,
- MEKKI Mustapha, « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 18, 2012, doct. 561.
- , « Actes courants et techniques contractuelles », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 14-15, 2017, 1153.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323 et Civ. 1^{ère}, 4 fév. 2015, n° 14-10920, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 566.
- , « Droit des contrats », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59 et Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2016, n° 15-22250, inédit, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 375.
- , « Droit des contrats », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1 et Com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, *Bull. civ. IV*, n° 159, p. 214, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 371.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11337, *Bull. civ. I*, 2018, n° 87 et Civ. 3^{ème}, 11 oct. 2018, n° 17-23211, *Bull. civ. III*, 2018, p. 79, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 279.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21164, *Bull. civ. I*, p. 164 et Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 353.
- , « Notaire - Actes courants et techniques contractuelles », obs. Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34 et Civ. 3^{ème}, 6 mai 2021, n° 20-10992, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 21, 2022, 1168.
- , « Qui ne profite pas de son droit doit tout de même en payer le prix ! L'éviction de la force majeure du créancier », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 51, 2020, act. 1409.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 310.
- , « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 29, 2006, n° 2129.
- , « Droit des contrats », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60 et Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17317, *Bull. civ. I*, 2016, n° 123, p. 136, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 375.
- , « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12454, inédit, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 380.
- , « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, n° 14-13738, inédit, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 56.

- , « Il était une fin... la faute lourde objective ! », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Gazette du Palais*, n° 343, 2010, p. 16.
- MÉGRET Géraud, « Quand le recours de la caution se heurte (provisoirement...) à une clause abusive », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Actualité Juridique Contrat*, n° 12, 2018, p. 542.
- MÉLIN François, « Liquidation judiciaire ouverte à l'étranger et secret bancaire en France », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *L'essentiel Droit des entreprises en difficulté*, n° 1, 2018, p. 2.
- MÉMÉTEAU Gérard, « Clinique. Société de médecins. Immeubles. Malfaçons », Civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, n° 93-16147, *Bull. civ. I*, 1995, n° 172, p. 123, *Revue de droit sanitaire et social*, 1996, p. 342.
- MENARD Emmanuelle, « Délai du recours en garantie des vices cachés exercé par le constructeur contre le fournisseur », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 4, 2022, comm. 105.
- MERCOLI Sylvain « Droit des restitutions : quel office pour le juge en matière de vente à crédit annulée ? », Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ. I*, 2019, p. 115, *Les Petites Affiches*, n° 149, 2019, p. 15.
- MESTRE Jacques, « Nouvelle zone de turbulence pour l'article 1129 du code civil. », Com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ. IV*, 1991, n° 43, p. 27, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 322.
- , « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124.
- , « Conséquences de l'annulation », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ. I*, 2002, n° 218, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 284.
- , « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 363,
- , « Clause résolutoire ou résiliation judiciaire, faut-il choisir ? », Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7 *RTD Civ.* 1995, p. 367.
- , « Effet relatif et personnalité morale des sociétés », Civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, n° 93-16147, *Bull. civ. I*, 1995, n° 172, p. 123, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 155.
- , « De quelques difficultés concernant les conditions d'obtention des modes de preuve », Com., 11 avril 1995, n° 92-20985, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 121, p. 107, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 166.
- , « Mais l'absence de cause suppose bien l'absence totale de contrepartie », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Revue trimestrielle de droit civil* 1995. 881
- , « Contenu des contrats et Convention européenne des droits de l'homme », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 897.

- , « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », obs. Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Revue trimestrielle de droit civil* 1997, p. 418.
- , « La difficile preuve par le prestataire de service du montant de sa créance », Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-21161, *Bull. civ. I*, 1997, n° 313, p. 213, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 372.
- , « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, n° 95-15494, *Bull. civ. I*, 1997, n° 368, p. 249 et Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ. I*, 1998, n° 120, p. 79, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 670,
- , « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 98.
- , « De quelques limites au jeu de la nullité », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 568.
- , « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 395.
- , « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 383.
- , « Variations autour de l'ordre public », Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n° 00-22199, *Bull. civ. I*, 2000, n° 195, p. 149, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 85.
- , « L'adage nemo auditur à l'envers ou la restitution du dessous-de-table... », Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ. III*, 2004, n° 42, p. 39, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 279.
- , « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 389.
- , « Dol et comptabilité », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 700.
- , « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées... », Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 566.
- , « Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 294.
- , « De la violence morale en tant que vice du consentement », Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ. III*, 1999, n° 11, p. 7, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 381.
- , « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169, p. 109, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 827.
- , « La réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ. III*, 2001, n° 20, p. 17, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 353.

- , « L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance », Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998, n° 96-17279, *Bull. civ. I*, 1998, n° 240, p. 167, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 94.
- , « D'un certain contrôle judiciaire des prix contractuels », Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 91-10578, *Bull. civ. I*, 1993, n° 198, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 346.
- , « Les juges du fond peuvent fortifier leur décision en se référant à une recommandation de la Commission des clauses abusives », Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1998, n° 95-12600, *Bull. civ. I*, 1998, n° 29, p. 19, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 674.
- , « Décision ordinale et relations contractuelles », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 394.
- , « La force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 764.
- , « Les restitutions et rien que les restitutions », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 125.
- , « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 153.
- , « L'action en nullité relative du contrat pour vice du consentement est transmise aux héritiers », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 392.
- , « Mais l'absence de cause suppose bien l'absence totale de contrepartie », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 888.
- , « Tel est pris qui croyait prendre... mais qui pourra toujours agir en nullité pour dol », Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-17258, *Bull. civ. I*, 2004, n° 182, p. 151, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 503.
- , « La détermination du prix... ou l'histoire d'une liberté largement - mais pas totalement - conquise », Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-19791, *Bull. civ. I*, 1997, n° 334, p. 227 *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 898.
- , « La perte de la chose due par l'un des codébiteurs solidaires ne libère pas les autres », Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 130,
- MESTRE Jacques et Cavalier B., « Jurisprudence 2008 : de l'audace ! », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 58, 2009, n° 3360.
- MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ. III*, n° 242, « De quelques limites au jeu de la nullité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 568.
- , « Le doute profite au consommateur », Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, n° 19, p. 14, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 292.
- , « Il ne faut pas confondre "déséquilibre structurel" et "modification imprévue des circonstances économiques" », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 290.

- , « Étendue des clauses d'exclusivité », Com., 14 mars 2006, n° 03-14639, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 554.
- , « Effets de la résolution », Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-03185, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 501.
- , « Un grand arrêt relatif aux pourparlers », Com., 26 nov. 2003, n^{os} 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 80.
- , « Un grand arrêt relatif aux pourparlers... suite », Com., 26 nov. 2003, n^{os} 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 186, p. 206, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 85.
- , « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 591.
- , « Violence morale et dépendance économique », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 502.
- , « Le juge des référés peut ordonner la prorogation d'un contrat arrivé à terme et régulièrement dénoncé par l'une des parties », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 135.
- , « Le juge des référés peut-il ordonner la poursuite d'un contrat extrajudiciairement résolu ? », Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, n° 99-12478, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 590, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 590.
- , « Résolution unilatérale d'un contrat : à quoi tient le comportement grave », Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03662, *Bull. civ. I*, 2003, n° 211, p. 166, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 89.
- MESTROT Michèle, « L'éclipse de la cause immorale », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Les Petites Affiches*, n° 229, 1999, p. 10.
- MÉTAIS Philippe et VALETTE Élodie, « Clause abusive et office du juge dans l'appréciation du caractère abusif dans le cadre d'un recours subrogatoire de la caution », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 2018, p. 1304.
- , « Prêt professionnel : il appartient à l'emprunteur de démontrer que le taux effectif global est calculé sur 360 jours même si les intérêts conventionnels ont été calculés sur cette base », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 42, 2018, 1537.
- MICHELIN-BRACHET Hugues, « Droit à la preuve et secret bancaire : le délicat arbitrage », Com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1595.
- MIGNOT Marc, « Concentration des moyens et demande en nullité du prêt », Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 6, 2020, p. 3.
- , « Concentration des moyens et des prétentions : le grand désordre ! » Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 20-21585, *Bull. civ. II*, 2022, p. 123 et Civ. 2^{ème}, 19 mai 2022, n° 21-13062, *Bull. civ. II*, 2022, p. 128, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 28, 2022, 875
- , « Le piège de la concentration des moyens », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *L'essentiel Droit bancaire*, 2021, n° 8, p. 5
- , « Assurance emprunteur et prescription de la responsabilité », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 2, 2022, p. 7.

- , « Quand le contrat annulé donne naissance à un devoir contractuel ! », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Les Petites Affiches*, n° 261, 2014, p. 15.
- , « La sanction des clauses abusives des prêts en devise étrangère », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 5, 2019, p. 2.
- , « La consécration de l'imprescriptibilité des moyens de défense », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 4, 2018, p. 6.
- , « La consécration de l'imprescriptibilité des moyens de défense », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Gazette du Palais*, n° 9, 2018, p. 20.
- , « L'imprescriptibilité des moyens de défense », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 8, 2018, p. 5.
- , « L'imprescriptibilité des moyens de défense », Com. 6 juin 2018, n° 17-10103, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 67, *Gazette du Palais*, n° 25, 2018, p. 19.
- MIKALEF-TOUDIC Véronique, « De la validité de la libéralité à une concubine adultère : chronique d'une mort annoncée », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Deffrénois*, n° 12, 2005, p. 1045.
- MILLE DELATTRE Malvina, « Le délai d'action en garantie des vices cachés : prescription ou forclusion ? », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 548.
- MILLERIOUX Guillaume, « La subsidiarité de l'article 1171 du Code civil », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Gazette du Palais*, n° 9, 2022, p. 20.
- MILLEVILLE Sébastien, « Licéité de la cause : chercher n'est pas tromper ! », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Les Petites Affiches*, n° 1, 2012, p. 8.
- MOISDON-CHATAIGNIER Sylvie et PETERKA Nathalie, « Qualification du contrat de séjour en EHPAD », obs. Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-19670, *Bull. civ. III*, 2020, p. 55, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 7-8, 2021, 1115.
- MOLFESSIS Nicolas, « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice », Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 261, p. 223, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 213.
- , « L'équité n'est pas une source du droit », Soc. 4 déc. 1996, n° 421, p. 304 *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 221.
- MOLINA Léa, « Des délais pour agir en garantie des vices cachés : la 3e chambre civile persiste et signe ! », Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ. III*, 2022, p. 63, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2022, p. 1.
- , « Droit de la distribution », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 26, 2022, 1234.
- MONGE Anne-Catherine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2573.
- MONÉGER Jean, « Bail commercial. Centre commercial. Obligation pour un commerçant locataire d'adhérer à une association de commerçants. Nullité absolue. Enrichissement sans cause (non). Restitutions », *RTD com.*, 2012, p. 510. Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118
- , « La Cour de cassation sonne l'armistice : les loyers « Covid-19 » sont dus ! », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127,

- Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 35, 2022, doct. 975.
- , « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 37, 2018, 1279.
- , « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 24, 2018, 1319.
- , « Bail commercial. Centre commercial. Obligation pour un commerçant locataire d'adhérer à une association de commerçants. Nullité absolue. Enrichissement sans cause (non). Restitutions », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2012, p. 510.
- MONTELS Benjamin, « Audiovisuel - Un an de droit de l'audiovisuel », Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-16278, *Bull. civ. I.*, 2008, n° 259, *Communication - Commerce électronique*, n° 6, 2009, chron. 6.
- MOREAU Julien, « Prêts indexés sur un cours de change : premiers arrêts de la Cour de cassation dans l'affaire Helvet Immo », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 596.
- , « Examen d'office du caractère abusif de la clause de déchéance du terme sanctionnant les déclarations inexactes de l'emprunteur », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2019, p. 454.
- , « Pratique de l'année bancaire pour un prêt consenti à un professionnel », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2019, p. 219.
- MOREIL Sophie, « Des précisions sur la preuve de l'irrégularité du TEG dans le crédit accordé à un professionnel », Com., 4 juill. 2018, n° 17-10349, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 83, *Gazette du Palais*, n° 36, 2018, p. 68.
- , « Location financière : à propos de l'indemnité de jouissance due par le locataire qui conserve le bien après la résiliation du contrat », Com., 14 juin 2016, n° 15-12734, *Bull. civ.*, IV, 2016, n° 86, p. 105, *Gazette du Palais*, n° 33, 2016, p. 67.
- MORGANTINI Éric, « Bail commercial », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *La revue pratique du recouvrement*, 2023, p. 19.
- MORNET S., « Contrat d'entreprise », Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, 1999, n° 293, p. 190, *Gazette du Palais*, n° 309, 2000, p. 22.
- MORTIER Renaud, « Fin précipitée de la distinction entre dol principal et dol incident », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Droit des sociétés*, n° 6, 2016, comm. 97.
- , « Anticipation de la réforme des contrats : prix indéterminé ou vil = nullité relative », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Droit des sociétés*, n° 7, 2016, comm. 120.
- MORVAN Patrick, « Droit du travail », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 et Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 18, 2003, doct. 130.

- MOUIAL-BASSILANA Eva, « Principe du contradictoire et relevé d'office de la prescription », Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-13364, inédit, *Gazette du Palais*, 2022, n° 8, p. 7.
- MOULY Jean, « La règle Nemo auditur ne profite pas aux salariés victimes de licenciements frauduleux », Soc., 10 nov. 2009, n^{os} 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 4, 2010, act. 94.
- , « Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun », Soc., 23 janv. 2019, n° 17-21550, *Bull. civ. V*, 2019, p. 104, *Droit social*, 2019, p. 268.
- , « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », Civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° 98-20817, *Bull. civ. III*, 2001, n° 20, p. 17, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2023.
- MOULIN Jean-Marc « La vente consentie à vil prix est nulle », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Gazette du Palais*, n° 19, 2016, p. 76.
- , « Nullité d'une cession de droits sociaux pour dol », Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 51, p. 60, *Gazette du Palais*, n° 19, 2016, p. 78.
- MOUSSERON Pierre, « Technique contractuelle », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 51 – 52, 2010, 2134.
- MOYA Kévin, « Le droit de préférence du locataire commercial est d'ordre public ! », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Les Petites Affiches*, n° 184-185, 2018, p. 13.
- MUIR WATT Horatia, « Les parties écartent tacitement la Convention de Vienne en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 93.
- MULLER Anne-Catherine, « La remise de fonds ne prouve pas l'obligation du bénéficiaire d'avoir à les restituer », Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n° 09-10977, *Bull. civ. I*, 2010, n° 89, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2010, p. 5.
- , « Prestataires de services d'investissement – Responsabilité », Com. 8 mars 2008, n° 07-13013, *Bull. civ. IV*, n° 77, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2008, comm. 125.
- NEAU-LEDUC Christine, « Nullité de la transaction subséquente à un licenciement frauduleux : une victoire à la Pyrrhus ? », Soc., 10 nov. 2009, n^{os} 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *Revue des contrats*, n° 2, 2010, p. 687.
- NICOD Marc, « Clause pénale et procès équitable », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, *Droit de la famille*, n° 2, 2016, comm. 33.
- NICOLETTI Maria, « Lettre missive et droit à la preuve », Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, 2012, n° 85, *Droit de la famille*, n° 10, 2012, comm. 159.
- NIEL Paul-Ludovic et MORIN Marcie, « La nullité encourue pour le non-respect des règles impératives régissant la vente d'immeuble à construire est relative », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Les Petites Affiches*, n° 245, 2019, p. 9.
- NOGUÉRO David, « La maladie du débiteur cas de force majeure », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1566.
- , Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 29, 2018, 826.

- , « Interprétation du contrat d'assurance en faveur de l'assuré consommateur », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 29-30, 2009, act. 128.
- NORMAND Jacques, Civ. 3^{ème}, 28 mai 1986, n° 85-11402, *Bull. civ. III*, 1986, n° 82, p. 63, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1987, p. 390.
- , « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 152, obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1989, n° 87-13539, *Bull. civ. I*, 1989, n° 83, p. 53 et sous Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n° 87-14360, *Bull. civ. I*, 1989, n° 393, p. 264.
- , « Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 175.
- , « La portée de la chose jugée. Un renouvellement des critères ? », Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12157, *Bull. A.P.*, 1994, n° 4, p. 7, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 177.
- , « Référés. La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 13.
- NOUAL Pierre, « Assurances - « Our Body » : exposition inassurable ? », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Juris art etc.*, 2014, n° 19, p. 12.
- OMARJEE Ismaël, « Erreur ou vice caché : le juge doit requalifier », note Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-16687, *Bull. civ. I*, 2001, n° 225, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2047.
- OUDOT Pascal, « Assistance bénévole : responsabilité de l'assistant et de l'assisté envers un autre assistant », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 21, 2021, act. 539.
- , « Convention d'assistance bénévole : l'assistant répond de toutes ses fautes », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 03, 2022, act. 90.
- OULD AKLOUCHE Yassila, « L'impérativité dans les relations patrimoniales entre époux », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56, *Les Petites Affiches*, n° 123, 2012, p. 4.
- , « La sanction du dol », Com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, *Bull. civ. IV*, 2012, n° 149, *Les Petites Affiches*, n° 16, 2013, p. 5.
- P. m., « Contrats commerciaux », Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *Les Petites Affiches*, n° 102, 1998.
- , « Fonds de commerce » Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, *Les Petites Affiches*, n° 81, 1996.
- PAGÈS-DE VARENNE Marie-Laure, « Réception tacite d'un ouvrage inachevé », Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-25415, *Bull. civ. III*, 2016, n° 158, *Construction – Urbanisme*, n° 1, 2017, comm. 12.
- , « Contrat d'architecte - Clause saisine préalable du conseil de l'ordre des architectes non applicable aux actions fondées sur l'article 1792 du Code civil », Civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-15286, *Bull. civ. III*, 2019, p. 39, *Constr. - Urb.*, n° 7, 2019, 100.

- , « Responsabilité contractuelle - Vices affectant les matériaux : Responsabilité de l'entreprise et délai de recours contre le fournisseur », Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Construction – Urbanisme*, n° 5, 2022, comm. 54.
- PAHLAWAN-SENTILHES E., « L'indication d'un jour férié comme date d'assignation à comparaître constitue un vice de forme », Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1984.
- PAISANT Gilles, « Clause. Développement de pellicules photographiques. Perte. Responsabilité du laboratoire de développement. Réparation. Clause à option pour une indemnisation forfaitaire ou non. Validité (oui) », Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, n° 87-18584, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 21, 1991. II. 21674.
- , « L'erreur d'étiquetage d'un bijou n'entraîne pas la nullité de la vente pour absence de consentement et défaut de prix sérieux », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, 1995, n° 303, p. 212, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 11.
- PAISANT Gilles, PIGNARRE Geneviève, CLARET Hélène et LE BOURG Johann, « Interprétation d'une clause ambiguë d'un contrat d'assurance », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Les Petites Affiches*, n° 206, 2011, p. 6.
- PANSIER Frédéric-Jérôme, « Précisions sur la force majeure et la faute de la victime », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Les Cahiers sociaux*, n° 182, 2006, p. 319.
- , « Transaction illicite, cause immorale et restitution des sommes perçues », Soc., 10 nov. 2009, n° 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *Les Cahiers sociaux*, n° 217, 2010, p. 42.
- , « Droit social », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Les Cahiers sociaux*, n° 232, 2011, p. 200.
- PAOLI-MICHON Hadrien, « Soumission de toutes les cessions concomitantes de l'usufruit et de la nue-propriété de biens ruraux au droit de préemption des SAFER », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n° 58, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 8, 2018, p. 6.
- PARANCE Béatrice, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit après les arrêts du 12 juillet 2005 », Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10.921, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 271, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 3094.
- , « Renforcement de l'obligation d'information du banquier souscripteur d'une assurance de groupe », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 11, 2007, p. 127.
- PARMENTIER Marine, « L'éclairage rétroactif de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Gazette du Palais*, n° 19, 2017, p. 71.
- , « Action en garantie des vices cachés : le délai d'action de 2 ans pour agir est un délai de forclusion qui n'est pas susceptible de suspension », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444, *Gazette du Palais*, n° 3, 2022, p. 68.
- PASSA Jérôme, « Prestation de conseil préalable au lancement d'une activité finalement condamnée pour contrefaçon : faute, préjudice et lien de causalité », Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *Revue des contrats*, n° 2, 2017, p. 319.
- PATARIN Jean, « Validité, comme n'ayant pas une cause contraire aux bonnes moeurs, de la

- libéralité dont l’auteur entend maintenir la relation adultère qu’il entretient avec le bénéficiaire (art. 1131 et 1133 c. civ.) », Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 892.
- PATRIS Fabien, « Annulation du contrat d’assurance couvrant l’exposition de cadavres humains “Our body/À corps ouvert” pour cause illicite », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *L’Essentiel droit des assurances*, n° 11, 2014, p. 1.
- , « L’action de l’assuré en exécution d’un contrat d’assurance RC n’exclut pas une action en responsabilité ultérieure contre l’assureur pour défaut de conseil », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181, *L’Essentiel droit des assurances*, n° 1, 2011, p. 2.
- PAULIN Alexandre, « Clause limitative de réparation et obligation essentielle du contrat », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 75, 2010, n° 3956.
- , « Interprétation contra proferentem du contrat d’assurance », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 85, 2011, n° 4335.
- PECH-LE-GAC Sophie, « L’équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l’imprévision ? », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 50, 2010, 2108.
- PÉDAMON Michel « La détermination du prix : les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 67.
- PÉGLION-ZIKA Claire-Marie, « Office du juge de l’exécution en matière de clauses abusives », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2023, p. 3.
- , « Clauses de déchéance du terme abusives dans des contrats de prêt immobilier », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 5, 2023, p. 4.
- , « Autorité de la chose jugée de la décision d’admission de créance versus clauses », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2023, p. 1.
- PÉLISSIER Anne « Assurances en général », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Revue générale du droit des assurances*, n° 1, 2012, p. 33.
- , « Imprescriptibilité du réputé non écrit de la clause abusive », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue générale du droit des assurances*, n° 6, 2019, p. 22.
- PÉLISSIER Jean « Condition de validité des clauses de non-concurrence », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2491, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 3111.

- , « Droit du travail », Soc., 7 avril 2010, n^{os} 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ. V*, 2010, n^o 85, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2029.
- PELLET Sophie, « En finir avec la clause pénale d'exhérédation ! », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n^o 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n^o 322, p. 323, *L'Essentiel droit des contrats*, n^o 1, 2016, p. 3.
- , « Le secret bancaire est (très) relatif », Com., 15 mai 2019, n^o 18-10491, *Bull. civ. IV*, 2019, p. 56, *L'Essentiel droit des contrats*, n^o 8, 2019, p. 5,
- , « Convention d'assistance bénévole : n'aide pas, et le ciel t'aidera ! », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n^o 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *Revue des contrats*, n^o 3, 2022, p. 10.
- , « Prêts en devises étrangères, encore... toujours ! », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n^o 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue des contrats*, n^o 3, 2019, p. 21.
- , « Le réputé non écrit n'est pas une nullité », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n^o 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue des contrats*, n^o 5, 2019, p. 1.
- PELLETIER Carole, « Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n^o 08-14524, inédit, *Revue des contrats*, n^o 2, 2010, p. 690.
- PELLIER Jean-Denis, « Droit de l'exécution », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n^o 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 1282.
- PENNEAU Anne, « Substitution de l'action en nullité pour dol à l'action en garantie des vices cachés », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n^o 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n^o 144, p. 95, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 265.
- PENNEAU Jean, « Proportionnalité d'une clause de non-concurrence, souscrite par un médecin, aux intérêts légitimes à protéger », Soc., 11 mai 1999, n^o 97-14493, *Bull. civ. V*, 1999, n^o 156, p. 103, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 385.
- , « Droit médical : panorama 2004 », Com., 29 nov. 2017, n^o 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n^o 155, p. 208, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 403.
- PÉRÈS Cécile, « Les suites de l'affaire Our Body : nullité du contrat d'assurance pour cause illicite », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n^o 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n^o 178, *Revue des contrats*, n^o 2, 2015, p. 370.
- , Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n^o 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n^o 118, « Anéantissement du contrat et restitutions sous l'emprise de l'effectivité des droits fondamentaux », *Revue des contrats*, n^o 4, 2010, p. 1185.
- PÉRINET-MARQUET Hugues, Ch. mixte, 24 fév. 2017, n^o 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n^o 1, p. 1, « L'esprit de la réforme du droit des obligations s'applique immédiatement aux contrats en cours », *Construction – Urbanisme*, n^o 4, 2017, repère 4.
- , « Droit des biens », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n^o 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n^o 58, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n^o 42, 2018, doct. 1093.
- , « Nature de la nullité en cas de non-respect des règles d'ordre public de la vente d'immeuble à construire », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n^o 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Deffrénois*, n^o 35, 2019, p. 33.
- , « Chronique de droit de la construction », Civ. 3^{ème}, 13 nov. 2003, n^o 02-13974, *Bull. civ. III*, 2003, n^o 201, p. 178, *Deffrénois*, n^o 6, 2004, p. 451.
- PERRIER Jean-Baptiste, FRANCOIS Gwennaël, FIORENTINO Allison, TISSEYRE Sandrine,

RIFFARD Jean-François, MORAND Michel, BUY Frédéric, THÉRON Julien, NEYRET Laurent, « Chronique. L'éthique externe », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Les Petites Affiches*, n° 170, 2015, p. 5.

PERROT Roger, Civ. 2^{ème}, 11 fév. 1976, n° 74-14886, *Bull. civ. II*, 1976, n° 45, p. 35 ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1976, 631.

—, Civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, n° 78-10989, *Bull. civ. II*, 1979, n° 182, p. 127, *Revue trimestrielle de droit civil* 1980, 167.

—, Civ. 2^{ème}, 7 oct. 1981, n° 80-12240, *Bull. civ. II*, 1981, n° 178, *Revue trimestrielle de droit civil* 1982, 472.

—, « Obligation de statuer - Insuffisance des preuves », Civ. 3^{ème}, 6 février 2002, n° 00-10543, *Procédures*, n° 3, 2003, comm. 59.

—, Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18, *Procédures*, n° 10, 2006, p. 200.

—, « Assignation à jour fixe pour un jour férié où le tribunal ne siège pas », Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 820.

—, « Clause de conciliation préalable », Ch. mixte, 14 fév. 2003, n°s 00-19423 et 00-19424, *Bull. civ. mixte*, 2003, n° 1, p. 1, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 349.

—, « La notion d'accord exprès des parties tendant à lier le juge », *Procédures*, n° 11, 2006, comm. 229, Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n° 05-10086, *Bull. civ. II*, 2006, n° 217.

—, « Chose jugée - Sa relativité et le principe de concentration des moyens », Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58, *Procédures*, n° 6, Juin 2007, comm. 128.

—, « Principe de concentration », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117 *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 593.

—, « Conclusions subsidiaires », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6, *Procédures*, n° 7, 2009, 223.

—, « Demande en justice : interruption de la prescription et incompétence », Com., 2 juill. 1996, n° 93-14130, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 198, p. 170, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 982.

—, « Production forcée de pièces - Établissement de santé et secret médical », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Procédures*, n° 2, 2005, comm. 30.

—, « Article 12 du NCPC : obligation pour le juge », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-00186, inédit, *Procédures*, n° 6, 2004, n° 123.

—, « Mesures d'instruction préventives – Conditions », *Procédures*, n° 5, 2006, comm. 97, obs. sous Civ. 2^{ème}, 8 mars 2006, n° 05-15039, *Bull. civ. II*, 2006, n° 70, p. 69.

—, « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? » *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 825, Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21.

—, « Le juge du fond a-t-il l'obligation de relever d'office la règle de droit applicable ? », obs. sous Civ. 3^{ème}, 27 juin 2006, n° 05-15394, inédit, *Procédures*, n° 12, 2006, comm. 266.

—, « Office du juge : insuffisance de preuve », Civ. 2^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-17224, *Bull. civ. II*, 2006, n° 174, p. 166 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, 821.

—, « Assignation à jour fixe pour un jour férié où le tribunal ne siège pas », Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 820.

—, « Chose jugée - Sa relativité et le principe de concentration des moyens », *Procédures* n° 6, 2007, comm. 128, obs. sous Com., 20 fév. 2007, n° 05-18322, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 49.

—, « Mesures d'instruction », Com., 3 avr. 2007, n° 06-12762, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 104, *Procédures*, n° 6, 2007, 134.

—, « Expertise - Pouvoir discrétionnaire du juge », *Procédures*, n° 4, 2009, comm. 105, obs. sous Civ. 3^{ème}, 10 fév. 2009, n° 07-21134, inédit.

—, « Preuve - Insuffisance des preuves fournies par les parties », note Civ. 3^{ème}, 8 déc. 2009, n° 08-11911, inédit, *Procédures*, n° 2, 2010, 30.

PETERKA Nathalie, « Majeurs protégés : précisions sur la recevabilité de l'appel d'une décision de mainlevée », Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Dalloz actualité*, 4 juin 2018.

PETIT François, « Affirmation du caractère cumulatif des conditions de validité de la clause de non-concurrence », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 42, 2002, 10162.

PETRONI-MAUDIÈRE Nicole, « Portée de la clause pénale sanctionnant toute action en nullité d'une donation-partage », Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-29285, *Bull. civ. I*, 2015, n° 322, p. 323, LEFP, n° 2, 2016, p. 6.

PICCA Georges et SAURET Alain, « Chronique de droit social », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301, *Bull. civ. V*, 2002, 249 p. 243, *Les Petites Affiches*, n° 220, 2002, p. 3.

PICOD Yves, « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. IV*, 1998, n° 277, p. 232, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 48, 1999, II, 10210.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, Civ. 1^{ère}, 19 juin 1984, *Gazette du Palais*, 1984, pan. 87.

—, « L'hypothèque étant indivisible, la division de l'immeuble par suite d'un partage n'entraîne pas division de l'hypothèque », Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, n° 94-13242, *Bull. civ. I*, 1996, n° 63, p. 42, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 387.

—, « La libéralité à une concubinage adultère est valable (suite) », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Defrénois*, n° 3, 2005, p. 234.

—, « Assurance de groupe, obligation légale d'information et devoir de conseil du banquier », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9 ; *Recueil Dalloz*, 2007, p. 985.

—, Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n° 14-26474, *Bull. civ. I*, 2016, n° 794, *La Semaine Juridique Edition Notariale*, n° 4, 2016, act. 205.

—, « Droit de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2016, n° 15-22250, inédit, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 6-07, 2017, 1098.

—, « Prêt - Manquement au devoir de mise en garde et caractère abusif de la clause d'indexation - Cause d'indexation d'un contrat de prêt et déséquilibre significatif », Civ. 1^{ère},

- 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 16, 2017, 461.
- , Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 16, 2017, 1158.
- , « Droit de l'immeuble », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 23, 2018, 1200.
- , « Clause de déchéance du terme et clause abusive », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Gazette du Palais*, n° 22, 2023, p. 5.
- , « Clause de résiliation et clause abusive », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *L'Essentiel droit bancaire*, n° 5, 2023, p. 4.
- , « Assurance emprunteur et point de départ de la prescription », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Gazette du Palais*, n° 6, 2022.
- , « Droit de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 14, 2023, 1063.
- , « Droit de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 12, 2021, 1140.
- , « Clauses abusives et procédures civiles d'exécution », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Gazette du Palais*, n° 22, 2023, p. 8.
- , « Droit de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 12, 2022, chron. 1123.
- , « Droit de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 20, 2019, 1194.
- , « Audience d'orientation et clause abusive », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, 2023, comm. 51.
- , « Saisie-attribution et prescription », Civ. 2^{ème}, 13 avril 2023, n° 21-14540, *Bull. civ. II*, 2023, p. 186, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, 2023, comm. 134.
- PIETTE Gaël, « Prescription de l'action d'un emprunteur ou d'une caution contre une banque : attention au point de départ ! », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 4, 2022, comm. 104.
- , « Le moyen de défense au fond tiré de la disproportion du cautionnement n'est pas soumis à prescription », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *Actualité Juridique contrat*, 2018, p. 141.
- PIGNARRE Geneviève, « Modifier le sens du formalisme d'une règle ne porte pas atteinte à son essence », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 12, 2017, act. 306.
- PIGNARRE Geneviève, CLARET Hélène, FORRAY Vincent, PIMONT Sébastien, GAUDIN Laëtitia, « Chronique de contrats spéciaux », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *Les Petites Affiches*, 2008, n° 110, p. 12.
- PIGNARRE Geneviève, CLARET Hélène, FORRAY Vincent, PIMONT Sébastien, GOUT Olivier, CLERC-RENAUD Laurence, « Chronique de contrats spéciaux », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118 *Les Petites Affiches*, n° 102, 2011, p. 6.
- PILLET Gilles Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17646, *Bull. civ. I*, 2008, n° 241, « La disparition de

- la cause d'un engagement à exécution successive entraîne sa caducité », *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2008, p. 1.
- , « Dénoncer la clause d'adhésion forcée à une association : ça ne coûte rien ! », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2010, p. 4.
- , « Quand l'illicéité de la cause semble paralyser les restitutions découlant de la nullité », Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n° 188, *Gazette du Palais*, n° 10, p. 5.
- , « Cession de clientèle : attention aux fichiers informatisés ! », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2013, p. 7.
- , « L'adhérent à un contrat d'assurance groupe peut dénoncer le caractère abusif des clauses qu'il contient », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 2, 2008, p. 4.
- PIMBERT Agnès, « Point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité pour défaut de conseil du prêteur : le pragmatisme donne le « la » ! », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Revue générale du droit des assurances*, n° 3, 2022, p. 24.
- , « Garantie perte financière : l'esprit vivifie, la lettre tue... », Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 18-19191, inédit, *Revue générale du droit des assurances*, n° 7, 2019, p. 49.
- PIMONT Sébastien, « Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Les Petites Affiches*, n° 112, 2005, p. 17,
- , « Un pas de plus vers la formalisation de la jurisprudence Chronopost », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 76, 2011, n° 3994.
- PLANCKEEL Frédéric, « Portée de la nullité de la clause imposant au preneur l'adhésion à l'association des commerçants », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 38, 2010, act. 925.
- PLANCKEEL Frédéric et ANTONIUTTI Aymeric, « Les contours de l'ordre public en matière de révision du loyer », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 588.
- POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Nathalie, « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 393.
- POISSONNIER Ghislain, « Le caractère obligatoire du relevé d'office d'une clause abusive dans un contrat de crédit à la consommation », Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20441, *Bull. civ. I*, 2018, p. 359, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 7, 2019, p. 1070.
- POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Charge du droit de suite : une occasion manquée de réduire les distorsions de concurrence », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, p. 106.
- , « Auteur. Interprète. Droit à l'image », Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-16278, *Bull. civ. I*, 2008, n° 259, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2009, p. 128.
- POMMERET Florian, « Jurisprudence - Droit social », Soc., 7 avril 2010, n°s 08-44865, 08-44866, 08-44867, 08-44868, 08-44869, *Bull. civ. V*, 2010, n° 85, *Les Cahiers Sociaux*, n° 221, 2010, p. 218.

- PORACCHIA Didier, « Engagement de non-concurrence du cédant de contrôle : validité et effets », Com., 4 déc. 2007, n° 04-17449, inédit, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 4, 2008, p. 274.
- , « La possible exécution volontaire d'un acte nul par la désignation d'un arbitre chargé de fixer le prix de cession définitif de parts sociales », Com., 21 avril 2022, n° 20-16295, inédit, *Revue des sociétés*, 2022, p. 551.
- PORCHERON Sylvaine, « Cession de parts à prix dérisoire : les errements de la jurisprudence », Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n° 11-21980, inédit *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2013, p. 540.
- POSEZ Alexis, « La soumission des donations entre époux au principe d'irrévocabilité spéciale des donations », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, 2012, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1386.
- POUMARÈDE Matthieu, « Loyer dérisoire et nullité relative du bail à construction », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152 *Revue de droit immobilier*, 2011, p. 623.
- POUSSON Alain, « Seul le salarié peut invoquer la nullité d'une transaction », Soc. 28 mai 2002, n°s 99-43852 et 99-43853, *Bull. civ. V*, 2002, n° 182, p. 180, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 3116.
- PRÈS Xavier, « Droit de suite des artistes : oui à la liberté contractuelle », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *Actualité Juridique Contrat*, 2018, p. 527.
- PRIEUR Stéphane, « Variations juridiques sur un même thème : suite (et fin ?) du feuilleton judiciaire « Our body/À corps ouvert », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *Gazette du Palais*, n° 331, 2015, p. 9.
- PROROK Johan, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Revue des sociétés*, 2019, p. 742.
- PUIGELIER Catherine, « Les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat », Soc. 16 mars 1999, n° 96-44551, *Bull. civ. IV*, 1999, n° 125, p. 91, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 429.
- PUTMAN Emmanuel, « La Cour de cassation met fin à la notion jurisprudentielle d'inexistence », Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026, *Bull. ch. mixte*, n° 6, p. 18, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 37, 2006, II, 10146.
- , « Procédure civile », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6, *Droit et procédures*, 2009, p. 17.
- QUETANT Guy-Patrice, « La mise à la retraite : la nullité d'une clause couperet ne profite pas à l'employeur », Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 97-41931, *Bull. A.P.* 1998, n° 3, p. 5, *Les Petites Affiches*, n° 127, 1999, p. 17.
- QUIROGA-GALDO Jonathan, « Clauses abusives : la Cour de cassation prend position sur l'articulation de l'article 1171 du Code civil avec les dispositifs spéciaux », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Les Petites Affiches*, n° 4, 2022, p. 72.
- RADÉ Christophe, « Convention d'assistance bénévole : caractère cumulatif de la responsabilité de l'assisté et de l'assistant », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 9, 2021, comm. 140.
- , « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence » Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull.*

- civ. V, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Revue des contrats*, n° 1, 2003, p. 142.
- , « L'annulation des clauses inutiles ou dépourvues de contrepartie financière », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Revue des contrats*, n° 1, 2003, p. 148.
- RANDOUX Dominique, Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-19791, *Bull. civ. I*, 1997, n° 334, p. 227, « La nécessaire indépendance de l'arbitre de l'article 1592 du Code civil », *Revue des sociétés*, 1998, p. 332.
- RANOUIL Marine, « Un an de droit du marché de l'art », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245 *Communication - Commerce électronique*, n° 3, 2019, chron. 5.
- , « La consécration du report conventionnel de la charge du paiement du droit de suite sur l'acheteur. - Quand la compétitivité économique devient le mot d'ordre ! », Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16335, *Bull. A.P.*, p. 245, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 52, 2018, act. 1375.
- RAOUL-CORMEIL Gilles, « La convention d'honoraires d'avocat et la triade des vices du consentement », Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, n° 04-11179, inédit, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2215.
- , « Qualité pour interjeter appel d'un jugement de mainlevée », Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94 LEFP, n° 7, 2018, p. 4.
- RASCHEL Loïs, « L'article 58 du Code de procédure civile n'est pas applicable à la procédure en contestation d'honoraires » Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n°s 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *Gazette du Palais*, n° 28, 2018, p. 60
- RAVEL d'ESCLAPON (de) Thibault, « Protection du consommateur : interprétation d'un contrat d'assurance », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1612.
- RAY Jean-Emmanuel, « Contrat de travail. Libre choix du domicile. Clause particulière. Conditions de licéité », Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7, p. 4, *Droit social*, 1999, p. 287.
- RAYMOND Guy, « Modalités d'interprétation d'une clause », Civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104, *Bull. civ. II*, 2006, n° 214, p. 223, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, 2006, comm. 209.
- , « Contrat de courtage matrimonial conclu par une personne déjà mariée », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, 2012, comm. 76.
- RAYNARD Jacques, « De l'influence croissante de la Convention de Vienne sur la jurisprudence française : à propos du droit de résiliation unilatérale et de la détermination du prix », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 506.
- , « Technique contractuelle », Com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, *Bull. civ. IV*, 2006, n° 9, p. 8, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 27-28, 2006, 2064.
- RAYNAUD Julien, « Bail, centre commercial et liberté d'association : l'emprise intégrale de la CEDH », Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65045, *Bull. civ. I*, 2010, n° 118, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 30-33, 2010, 1692.

- REMY-CORLAY Pauline, « Convention de Vienne : champ d'application et office du juge », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 268.
- REYET Thierry, « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », RTD Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16. com., 1997, p. 3.
- REYGROBELLET Arnaud, « Secret bancaire et mesure d'instruction in futurum », Com., 29 nov. 2017, n° 16-22060, *Bull. civ. IV*, 2017, n° 155, p. 208, *Bulletin Joly Sociétés*, 2018, n° 2, p. 109.
- RICHEVAUX Marc, « Échouage de sargasses et dol dans une vente de maison d'habitation », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Deffrénois*, n° 34, 2022, p. 23.
- RIERA Alexandre, « Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise », Com., 24 nov. 2009, n° 08-17650, inédit, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 23, 2010.
- RIPOCHE Elléa, « De la voie de fait à l'emprise : les contours incertains de l'extinction du droit de propriété », Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2019, n° 17-13550, *Bull. civ. III*, 2019, p. 220, *Revue de droit immobilier*, 2020, p. 80.
- ROBINE David, « Retour sur l'obligation d'information de l'intermédiaire financier », Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Bulletin Joly Bourse*, n° 3, 2008, p. 232.
- ROCHFELD J. « La mondialisation des sources du droit des contrats : les références de l'illicéité de la cause », Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *Bull. civ. I*, 2012, n° 188, *Revue des contrats*, n° 1, 2012, p. 25.
- , « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Revue des contrats*, n° 1, 2014, p. 119.
- , « Contrat et libertés fondamentales », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Revue des contrats*, n° 1, 2003, p. 17.
- ROGET Nathalie, « Le caractère absolu de la nullité pour vileté du prix », obs. Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 6, 2008, 10024.
- , « Le caractère absolu de la nullité pour vileté du prix », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 6, 2008, 10024.
- ROLLAND Blandine Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169 « Difficultés des entreprises - Vérification des créances et concentration des moyens », *Procédures*, n° 1, 2012, comm. 15
- , « Cautionnement - La « concentration des moyens » opposée aux cautions », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 51-52, 2011, 1922.
- , « Difficultés des entreprises - Le défaut de mention du liquidateur judiciaire dans l'acte d'appel constitue un vice de forme », *Procédures*, n° 4, 2015, 130.

- ROME Félix, « Le cadavre humain, hors du marché », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2145.
- , « “Clausons !” », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1697.
- RONDEY Céline, « Irrégularité d’une offre préalable de crédit à la consommation et office du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 275, Civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, n° 98-12713, *Bull. civ. I*, 2000, n° 49, p. 34.
- , « Information du consommateur : quelle sanction ? », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 75.
- ROUAULT Marie-Christine, Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », *La Semaine Juridique - Édition générale* n° 38 du 21 septembre 2005, 3051.
- , « Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence » Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2005, n° 04-12824, *Bull. civ. III*, 2005, n° 118, p. 109, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 2005, IV, 2612.
- , « Commercial - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », note Civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 02-16046, *Bull. civ. I*, 2005, n° 363, p. 302 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 46, 2005, 3470.
- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 16, 2006, IV, 1872
- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 3^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-12234, *Bull. civ. III*, 2006, n° 114, p. 96, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 23, 2006, 2219.
- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 2^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-17224, *Bull. civ. II*, 2006, n° 174, p. 166 ; *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 30, 2006, 2622.
- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-11607, *Bull. civ. I*, n° 505, p. 449, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 51 – 52, 2006, 3485.
- , « « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 14, 2007, p. 1716.
- , « Civil et procédure civile - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », note Com., 3 avr. 2007, n° 06-12762, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 104, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 19, 2007, 1959.
- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-19390, *Bull. civ. I*, 2007, n° 328, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 48, 2007, 3160.
- , « Commercial - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Com. 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 226, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 47, 2007, 3123.

- , « Civil - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104, *Bull. civ. II*, 2006, n° 214, p. 223, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 36, 2006, IV 2742.
- , « Europe / International - Hautes juridictions - Panorama de Jurisprudence », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 47, 2005, IV, 3523.
- ROUMEFORT (de) Sylvie, « Force majeure : inapplication au débiteur contractuel d'une somme d'argent », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 188, 2021, n° 6863.
- ROUQUET Yves, « Le droit d'héberger un proche est d'ordre public », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2006, p. 637.
- ROUSSEL Franck, « La qualification du bail s'apprécie au jour de sa conclusion », Civ. 3^{ème}, 6 sept. 2018, n° 16-20092, inédit, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2019, p. 129.
- ROUSSILLE Myriam, « Nullité des conventions tendant à organiser l'entrée de commissaires aux comptes dans une SEL d'avocats », Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *Bull. civ. I*, 2015, n° 6, *Droit des sociétés*, n° 4, 2015, comm. 69.
- , « Nombreuses précisions sur la prescription biennale de l'action en remboursement du crédit immobilier », Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, n° 14-19101, inédit, *Gazette du Palais*, n° 314, p. 22.
- , « Devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur sur les risques couverts par l'assurance et report du point de départ de l'action en responsabilité », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, *Gazette du Palais*, n° 4, 2022, p. 57.
- , « Cession de parts de SNC : impossibilité pour le cessionnaire d'invoquer la nullité de l'acte pour non-respect des formalités », Com., 24 nov. 2009, n° 08-17708, inédit, *Droit des sociétés*, n° 3, 2010, comm. 49,
- ROUTIER Richard, « L'autorité de chose jugée attachée à une action en paiement n'empêche pas d'exercer une action en responsabilité contre la banque », Civ. 2^{ème}, 23 sept. 2010, n° 09-69730, *Bull. civ. II*, 2010, n° 147, *L'essentiel Droit bancaire*, 2010, n° 3, p. 3.
- ROVINSKI Jean, « Jurisprudence – Vente », Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ. III*, 1999, n° 11, p. 7, *Gazette du Palais*, n° 303, 2001, p. 34.
- ROZÈS Louis, « Baux commerciaux », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1827.
- RUBELLIN Pascal, « Entorse à l'autorité de la chose jugée des ordonnances du juge-commissaire », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, n° 4, 2023, p. 3.
- RUET Laurent, « Le locataire peut-il renoncer à l'adaptation à la baisse du loyer au prix de marché et à quelles conditions ? », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50 ; *Defrénois*, n° 34, 2017, p. 27.
- , « Crise sanitaire et exigibilité des loyers commerciaux », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Defrénois*, n° 42, 2022, p. 35.

- , « Critère de cancellation de la clause d'échelle mobile illicite », Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2022, n° 21-11169, *Bull. civ. III*, p. 85, *Deffrénois*, n° 15, 2022, p. 36.
- , « Chronique de jurisprudence commerciale », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Deffrénois*, n° 18, 2006, p. 1418.
- RZEPECKI Nathalie, « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *Bull. civ. I*, 2004, n° 303, p. 253, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 47, 2005, II 10160.
- , « Rupture unilatérale par une clinique d'un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, 1998, n° 300, *La Semaine Juridique - Édition Générale* n° 29, 21 Juillet 1999, II 10133.
- SABARD Olivia, « Maintien du principe des restitutions en cas d'annulation d'un contrat illicite », Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ. I*, 2021, p. 85, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 4, 2021, p. 1.
- , « Cession de l'usufruit et de la nue-propiété à des acquéreurs distincts », Civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n° 16-25829, *Bull. civ. III*, 2018, n° 58, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2019, p. 7.
- , « Responsabilité de l'assistant envers l'assisté en cas d'entraide bénévole », Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 20-20331, *Bull. civ. I*, 2022, p. 293, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 2, 2022, p. 1.
- , « Application de la garantie des vices cachés à un trouble venant d'un phénomène naturel extérieur à la chose », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2022, p. 7.
- , « Responsabilités consécutives à une situation d'entraide », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 195, 2021, n° 6975.
- , « Responsabilités nées d'une convention d'entraide bénévole », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 6, 2021, p. 6.
- , « Volet assurantiel de l'exposition Our body : suite et fin », Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *Bull. civ. I*, 2014, n° 178, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 11, 2014, p. 1.
- SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « Construction de maisons individuelles et responsabilité des constructeurs », Civ. 3^{ème}, 4 juin 1997, n° 95-18845, *Bull. civ. III*, 1997, n° 125, p. 84, *Revue de droit immobilier*, 1997, p. 460.
- , « Contrat de construction de maisons individuelles conclu sous condition de l'obtention d'un prêt », Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ. I*, 1998, n° 120, p. 79, *Revue de droit immobilier*, 1998, p. 392,
- SAINTOURENS Bernard, « Le respect du formalisme de l'agrément lors de la cession de parts sociales de SARL », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 4, 2014, p. 250.
- , « Nullité du contrat de location-gérance : incidence sur le bail commercial », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ. III*, 2018, n° 33, p. 29, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2018, p. 317.
- SALATI Olivier, « Le refus d'admettre une demande de complément d'expertise relève de l'appréciation souveraine, et motivée, des juges du fond », Civ. 2^{ème}, 26 juin 2008, n° 07-13875, *Bull. civ. II*, 2008, n° 156, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28-29, 2008,

act. 487.

—, « L’aveu et la demande subsidiaire strictement entendus par l’assemblée plénière de la Cour de cassation », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 25, 2009, 9.

—, « Procédure civile - Une demande principale pour les gouverner tous, et dans le litige les lier... », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 29, 2009, p. 129.

SALHI Karim, « L’autorité de la chose jugée d’une décision admettant une créance au passif d’une procédure collective ne doit pas être susceptible de vider de sa substance l’obligation incombant au juge national de procéder à un examen d’office du caractère éventuellement abusif des clauses contractuelles », Com., 8 fév. 2023, n° 21-17763, *Bull. civ. IV*, 2023, p. 142, *Lettre d’actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n° 6, 2023, alerte 71.

SAMIN Thierry et TORCK Stéphane, « L’imprescriptibilité du réputé non écrit : de la fiction à la déraison », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2019, comm. 117.

—, « Les opérations de banque et les opérations connexes sont soumises à l’article 1171 du Code civil », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2022, comm. 75.

—, « Prêts en francs suisses - Les prêts Helvet Immo à l’épreuve du droit consommériste », Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, *Bull. civ. I*, 2017, n° 77 et Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, 16-13050, *Bull. civ. I*, 2017, n° 78, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, 2017, 144.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, n° 145, *Recueil Dalloz*, 2009, Pan. p. 397.

—, Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2008, I, p. 218.

—, « La fabrication de produits non conformes justifie une rupture unilatérale anticipée d’un contrat », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524, inédit, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 10, 2009, p. 7,

—, « Un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée est licite », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 11, 2011, p. 3,

—, « Une clause ambiguë d’un contrat d’assurance doit s’interpréter dans le sens le plus favorable à l’assuré », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2011, p. 3.

—, « Droit des obligations », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 49, 2008, I, 218.

—, « L’évolution des circonstances économiques est de nature à priver de cause une obligation », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 10, 2010, p. 7.

—, « La fabrication de produits non conformes justifie une rupture unilatérale anticipée d’un contrat », Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524, inédit, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 10, 2009, p. 7.

- SAURET Alain et VIGNANCOUR Pierre-Louis, « Rupture conventionnelle : du bon usage des principes civilistes », *Soc.*, 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *Gaz. Pal.*, n° 82, 2013.
- SAUTONIE-LAGUIONIE Laura et WICKER Guillaume, « Le ralliement de la chambre commerciale à la théorie moderne des nullités en cas de cession de titres sociaux à vil prix : quand la Cour anticipe sur les réformes du Code civil et de la Cour de cassation », *Com.*, 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Revue des contrats*, n° 3, 2016, p. 481.
- SAVATIER Jean « Contrat de travail. Rupture. Mise à la retraite. Nullité des clauses-couperet. Irrecevabilité de l'employeur à s'en prévaloir », *Ass. plén.*, 6 nov. 1998, n° 97-41931, *Bull. A.P.* 1998, n° 3, p. 5, *Droit social*, 1999, p. 94.
- SAVATIER René, *Civ. 1^{ère}*, 27 mai 1959, *Recueil Dalloz*, 1959, p. 526.
- SAVATIER Xavier, « Maintenir une relation adultère en consentant une libéralité n'est pas contraire aux bonnes mœurs », *Civ. 1^{ère}*, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ. I*, 1999, n° 43, p. 29, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 267.
- SAVAUX Éric, « Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000 », *Civ. 1^{ère}*, 7 nov. 2000, n° 99-18576, *Bull. civ. I*, 2000, n° 286, p. 105, *Deffrénois*, n° 6, 2001, p. 437.
- , « Frémissement en matière d'imprévision », *Com.*, 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit *Revue des contrats*, n° 1, 2011, p. 34.
- , « Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats », *Civ. 3^{ème}*, 8 oct. 2014, n° 13-18150, inédit, *Revue des contrats*, n° 3, 2015, p. 445.
- , « Chronique de jurisprudence civile générale », *Deffrénois Civ. 1^{ère}*, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, n° 19, 2002, p. 1246.
- , *Soc.*, 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, « Droit commun et droit spécial dans la violence morale en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail », *Revue des contrats*, n° 3, 2013, p. 879.
- , « La résolution unilatérale du contrat s'implante. », *Civ. 1^{ère}*, 20 fév. 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, 2001, n° 40, p. 25, *Deffrénois*, n° 11, 2001, p. 705.
- , « Chronique de jurisprudence civile générale » *Ass. Plén.*, 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Deffrénois*, n° 15, 2006, p. 1212.
- , « Actions offertes à l'acheteur déçu de la chose vendue », *Ass. Plén.*, 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *Deffrénois*, n° 13, 2008, p. 1457.
- , *Civ. 1^{ère}*, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ. I*, 2008, n° 145, *Deffrénois*, 2008, p. 1974.
- , « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale », *Civ. 1^{ère}*, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *Deffrénois*, n° 22, 2008, p. 2509.
- , « La vileté du prix constitue une absence de cause sanctionnée par la nullité relative du contrat », *Civ. 3^{ème}*, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152 *Revue des contrats*, n° 1, 2012, p. 45.
- SCHMIDT Dominique, « Inopposabilité de la cession de parts sans consentement unanime des associés en nom collectif », *Com.* 16 mai 2018, n° 16-16498, *Bull. civ. IV*, 2018, n° 56, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1421.
- SCHLUMBERGER Edmund, « Les limites de la réparation du préjudice causé par un dol dans une cession de droits sociaux », *Com.*, 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit, *Bulletin Joly Sociétés*,

n° 11, 2019, p. 32.

SCHOLER Perrine, « La réticence dolosive de la banque créancière d'un prêt entraîne la nullité du cautionnement souscrit », Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511, *Bull. civ. I*, 2003, n° 114, p. 89, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 8-9, 2003, p. 909.

SERINET Yves-Marie, « L'intensité de l'office et les concours d'actions dans la vente : une clarification décisive ? », obs. Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10, *Revue des contrats*, n° 2, 2008, p. 435.

—, « Droit judiciaire privé », CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 43, 2009, 369.

—, « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 10 juin 2009, n° 08-15533, *Bull. civ. III*, 2009, n° 138, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 39, 2009, 273.

—, « Contrats et obligations », Soc., 10 nov. 2009, n°s 08-43805 à 08-43823, *Bull. civ. V*, 2009, n° 251, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 18, 2010, doct. 516.

—, « Autorité de la chose jugée - Contre un principe de concentration des demandes », Com., 13 juill. 2010, n° 09-67137, inédit *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 29, 34, 2011, 861.

—, « Procédure civile - Droit judiciaire privé » Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117 et Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169 *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 2011, doct. 1397.

—, « Chose jugée et renouvellement de la demande : le critère décisif tiré de l'objet », chronique de jurisprudence : Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364 ; Civ. 2^{ème}, 23 sept. 2010, n° 09-69730, Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14728 et Com., 16 nov. 2010, n° 09-71285, *Revue des contrats*, n° 2, 2011, p. 546.

—, « Procédure civile - Droit judiciaire privé », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 22-23, 2011, doct. 666.

—, « La cause désactivée », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191 *Revue des contrats*, n° 2, 2012, p. 383.

—, « Contrats et obligations », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 3, 2012, doct. 63.

—, « Principe de concentration, ordre public et restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat de construction de maison individuelle », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 58, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2015, act. 788.

—, « Principe de concentration, ordre public et restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat de construction de maison individuelle », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 57 *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 27, 2015, act. 788.

—, « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2016, n° 15-22250, inédit, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 47, 2016, doct. 1257.

—, « Droit des contrats », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 12, 2017, doct. 325.

—, « Défense au fond : les arcanes et les enjeux d'une qualification », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 11, 2018, act. 275.

- , « Contrats et obligations », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-15830, *Bull. civ.* III, 2018, n° 33, p. 29, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 27, 2018, doct. 782.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-22234, *Bull. civ.* I, 2021, p. 85, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 2021, doct. 787.
- , « La convention d'assistance bénévole et la responsabilité pour le dommage causé entre co-assistants », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ.* I, 2021, p. 305, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 23, 2021, act. 606.
- , « L'office du juge, la résolution et les restitutions », Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-03185, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 2003, II 10116.
- , « Après l'annulation d'un contrat de vente d'immeuble, il n'y a pas lieu au versement d'une indemnité d'occupation », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 1, 2005, 34.
- , « Droit des contrats », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ.* IV, 2022, p. 147 *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 07-08, 2022, doct. 257.
- , « Droit des contrats », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 3, 2012, doct. 63.
- , « Droit des contrats », Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2019, n° 17-25859, *Bull. civ.* I, 2019, p. 115, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28, 2021.
- SÉRIAUX Alain, « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ.* IV, 1996, n° 261, p. 223, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 121.
- , « Lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur du fait de l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe et interprétation d'une clause abusive », Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21822, *Bull. civ.* I, n° 145, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 28-29, 2008, II, p. 10133.
- SERRA Yves, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ.* V, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ.* V, 2002, n° 239, p. 234 ; Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ.* V, 2002, n° 239, p. 234, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2491, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2491.
- , « Article 1131 du code civil, droit de la concurrence, même combat ! », Soc., 11 mai 1999, n° 97-14493, *Bull. civ.* V, 1999, n° 156, p. 103, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 312.
- SERRIER Xavier, « La convention d'assistance bénévole : du neuf avec du vieux ? », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ.* I, 2021, p. 305, *Revue des contrats*, n° 1, 2023, p. 152.
- , « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ.* I, 2020, p. 464, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 483.
- SEUBE Jean-Baptiste, « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ.* III, 2006, n° 73, p. 61, *Revue des contrats*, n° 4, 2006, p. 1149.
- , « Obligations. Protection du consommateur », Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Deffrénois*, n° 8, 2011, p. 811.
- , « Contrats - Technique contractuelle », Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ.* III, 2011, n° 126 *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 2, 2012, 1027.

- , « L'annulation d'un contrat pour atteinte à une liberté fondamentale ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques », Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23928, *Bull. civ. III*, 2011, n° 198, *Revue des contrats*, n° 2, 2012, p. 515.
- , « Technique contractuelle », Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-13791 et Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108., *Bull. civ. I*, n° 56, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 25, 2012, 1400.
- , « La vente d'un fichier informatisé de clients non déclaré à la CNIL est annulée pour illicéité de son objet », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 29, 2013, 1422.
- , « Nature de la nullité encourue par le mandat immobilier ne respectant pas le formalisme de la loi Hoguet », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Deffrénois*, n° 18, 2017, p. 36.
- , « L'interprétation du contrat dans un sens favorable au consommateur », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n°s 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126, *Deffrénois*, n°18, 2011, p. 1485.
- , « Force majeure, sous-contrat et abus de faiblesse », Civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, *Bull. civ. III*, 2006, n° 46, p. 37, *Revue des contrats*, n° 3, 2006, p. 763.
- SEUBE Jean-Baptiste, MOUSSEON Pierre, GRIGNON Philippe et LOIR Romain, « Technique contractuelle », Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26518, *Bull. civ.*, I, 2014, n° 58, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 26, 2014, 1351.
- SIMLER Philippe « La détermination du prix : rapport de synthèse », Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15999, *Bull. A. P.*, 1995, n° 7, p. 13, Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. A. P.*, 1995, n° 8, p. 15 et Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A. P.*, 1995, n° 9, p. 16, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1997, p. 75.
- , « Crédit - Droit des sûretés », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 26, 2012, 1422.
- , « Droit des sûretés », Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-24092, *Bull. civ. I*, 2018, n° 13, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 36, 2018, 1276.
- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, « Droit des sûretés », Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-11607, *Bull. civ. I*, n° 505, p. 449, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 25, 2007, 1776.
- , « Droit des sûretés », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 25, 2007, p. 1776.
- , « Droit des sûretés », Com., 25 oct. 2011, n° 10-21383, *Bull. civ. IV*, 2011, n° 169, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 20 – 21, 2012, doct. 626.
- SINDRES David, « Nullité pour absence de cause : la cause est-elle -enfin- entendue ? », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *Les Petites Affiches*, n° 242, 2012, p. 15.
- SIRI Romain, « Nouvel éclairage sur le manquement à une obligation essentielle et la faute lourde », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *Les Petites Affiches*, n° 182, 2010, p. 6.
- SIZAIRE Christophe, « Cumul de l'action en garantie des vices cachés et de l'action de responsabilité délictuelle pour dol », obs. sous Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2020, n° 19-18104, *Bull.*

- civ. III, 2020, p. 572, *Construction – Urbanisme*, n° 11, 2020, comm. 128.
- , « Vente immobilière - Actions en garantie des vices cachés : délai d'action et forclusion », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 *Construction – Urbanisme*, n° 2, 2022, comm. 20.
- , « Vente d'immeuble - Amiante. Clause de non-garantie des vices cachés », Civ. 3^{ème}, 6 juill. 2011, n° 10-18882, *Bull. civ. III*, 2011, n° 126, *Construction – Urbanisme*, n° 10, 2011, 150.
- , « Nullité du contrat et régime des restitutions en l'absence de démolition de l'immeuble », Civ. 3^{ème}, 17 juin 2015, n° 14-14372, *Bull. civ. III*, 2015, n° 59, p. 57, *Construction – Urbanisme* n° 9, 2015, comm. 128.
- , « Vente d'immeuble - Vice caché et erreur sur les qualités substantielles », Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-11351, inédit, *Construction – Urbanisme* n° 6, 2016, p. 95.
- , « Contrat de construction de maison individuelle - Absence de clause manuscrite et nullité du contrat », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n° 73, *Construction – Urbanisme*, n° 9, 2018, 126.
- , « Absence de clause manuscrite et nullité du contrat », Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-10175, *Bull. civ. III*, 2018, n° 73, *Construction – Urbanisme*, n° 9, 2018, comm. 126.
- , Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Revue de droit immobilier*, 2018, p. 600, « Une harmonisation du régime des nullités », *Construction – Urbanisme*, n° 12, 2018, comm. 177.
- , « Caractère abusif de la clause prévoyant l'exigibilité immédiate du remboursement des fonds sans sommation préalable ou préavis d'une durée raisonnable », Civ. 1^{ère}, 22 mars 2023, n° 21-16044, *Bull. civ. I*, 2023 p. 376, *Construction – Urbanisme*, n° 5, 2023, comm. 65.
- , « Vileté du prix et nullité relative », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ. III*, 2011, n° 152, *Construction – Urbanisme*, n° 11, 2011, comm. 160.
- , « Responsabilité (quasi-délictuelle) du commercialisateur », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *Construction – Urbanisme*, n° 3, 2021, comm. 44.
- , « Nullité de la vente pour dol et point de départ de l'action en responsabilité », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *Construction – Urbanisme*, n° 12, 2022, comm. 135.
- , « Vice caché et phénomène naturel extérieur », Civ. 3^{ème}, 15 juin 2022, n° 21-13286, *Bull. civ. III*, 2022, p. 634, *Construction – Urbanisme*, n° 9, 2022, comm. 97.
- SIZAIRE Daniel, « Vente d'immeuble - Responsabilité du prêteur », Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-14458, *Bull. civ. I*, n° 129, p. 92, *Construction – Urbanisme*, n° 10, 2005, comm. 213,
- , « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription » Civ. 3^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-12234, *Bull. civ. III*, 2006, n° 114, p. 96, *Construction – Urbanisme*, n° 7 – 8, 2006, 168.
- , Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-03185, inédit, « Résolution de la vente », *Construction – Urbanisme*, n° 5, 2003, 122.
- SOMMER Jean-Michel et LEROY-GISSINGER Lise, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-14948, *Bull. civ. II*, 2010, n° 181, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 632.

- SOMMER Jean-Michel, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-16735, *Bull. civ. II*, 2011, n° 117, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 632.
- SPORTOUCH Jean-Marc, « Qui peut se prévaloir de la nullité d'une transaction ? La nullité d'une transaction est-elle absolue ou relative ? », Soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301, *Bull. civ. V*, 2002, 249 p. 243, *Procédures*, n° 11, 2002, comm. 207.
- STEVIGNON Anne, « Assistance bénévole : imbroglio entre responsabilité contractuelle et délictuelle », Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n° 19-20579, *Bull. civ. I*, 2021, p. 305, *Gazette du Palais*, n° 25, 2021, p. 21.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, *Communication - Commerce électronique*, n° 12, 2004, comm.160.
- , Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit, *Droit et Patrimoine mensuel*, 2011, n° 200, p. 68.
- , « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, inédit, *Revue de droit des contrats*, n° 2, 2015, p. 233.
- , « L'imprévision en question : interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances », Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Bull. civ. I*, 2004, n° 86, p. 69, *Communication - Commerce électronique*, n° 10, 2004, comm. 119.
- , Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115, *CCE 2010*, n° 99.
- , « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *Communication - Commerce électronique*, n° 2, 2006, comm. 26.
- , « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », Com., 7 janv. 2004, n° 02-17091, inédit, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 16, 2006, 1609.
- , « Novembre 2005 - juin 2006 : la jurisprudence au service d'une défense raisonnée des prévisions des parties », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Droit et patrimoine*, n° 152, 2006.
- , « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17134, *Bull. civ. I*, 2008, n° 243, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 10-11, 2009, I. 123.
- , « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *Communication - Commerce électronique*, n° 10, 2010, comm. 99.
- , « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 37, 2010, 1790.
- , « La porte ouverte par la Cour de cassation au vice de violence économique », Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, « arrêt Bordas », n° 00-12932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108, p. 84, *Communication - Commerce électronique*, n° 6, 2002, comm. 89.
- , « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Revue des contrats*, n° 2, 2022, p. 16.

- , « Responsabilité civile », Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-18904, inédit, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 10, 2017, doct. 257.
- , « Erreur sur la valeur et dol incident », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Revue des contrats*, n° 4, 2005, p. 1025.
- , « Réticence dolosive - Des rapports entre le dol et le devoir précontractuel d'information et de conseil », Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 140, p. 151, *Communication - Commerce électronique*, n° 10, 2005, comm. 158.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, et Cyril BLOCH, « Responsabilité civile », Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, 2010, n° 115 *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 41, 2010, doct. 1015.
- STORRER Pierre, « Pour un droit commercial de l'exploitation des données à caractère personnel », Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV*, 2013, n° 108, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1844.
- STRICKLER Yves, « Office du juge - Insuffisance de preuves et déni de justice », *Procédures*, n° 5, 2019, comm. 153, obs. sous Civ. 3^{ème}, 14 mars 2019, n° 18-12767, inédit.
- , « Entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain », *Procédures*, n° 6, 2022, comm. 143, obs. sous Civ. 2^{ème}, 14 avr. 2022, n° 20-22578, *Bull. civ. II*, 2022, p. 164.
- , « Office du juge - Requalification des actes (CPC, art. 12) », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *Bull. civ. I*, 2015, n° 99, *Procédures*, n° 6, 2015, 182.
- , « Autorité de la chose jugée - Principe de concentration des moyens », Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2021, n° 20-11706, *Bull. civ. II*, 2021, p. 47, *Procédures*, n° 10, 2021, comm. 244.
- , Civ. 1^{ère}, 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *Procédures*, n° 8-9, 2018, 244.
- , « Indépendance d'esprit versus dépendance économique », Civ. 2^{ème}, 9 déc. 2021, n° 20-10096, *Bull. civ. II*, 2021, p. 77, *Procédures*, n° 2, 2022, comm. 30.
- , « Le motif légitime n'est pas le débat à venir au fond », Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023, n° 21-21265, *Bull. civ. II*, 2023, p. 205, *Procédures*, n° 3, 2023, comm. 66.
- , « Mesures d'instruction - Entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain », Civ. 2^{ème}, 14 avril 2022, n° 20-22578, *Bull. civ. II*, 2022, p. 165, *Procédures*, n° 6, 2022, comm. 143.
- , « Concentration des moyens et compétence juridictionnelle - Portée du principe de concentration. Compétence en matière de contrats d'occupation du domaine public », Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, 15-16743 et 15-18595, *Bull. civ. I*, 2016, n° 106, p. 118, *Procédures*, n° 7, 2016, comm. 223.
- TALON Denis, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », Com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ. IV*, 1991, n° 43, p. 27, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 67.
- TANI Alex, Civ. 1^{ère}, « Mesures de protection judiciaire - Ordre public processuel et majeurs protégés : seul le requérant peut faire appel de la mainlevée », 24 mai 2018, n° 17-18859, *Bull. civ. I*, 2018, n° 94, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 26, 2018, 1227.
- TAQUET François, « Une rupture conventionnelle peut intervenir dans une situation conflictuelle », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 29, 2013, 1432.

- , « Conditions de validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Revue des procédures collectives*, n° 5, 2013, comm. 150.
- , « Rupture conventionnelle : contentieux et solutions », Soc., 23 mai 2013, n° 12-13865, *Bull. civ. V*, 2013, n° 128, *Revue des procédures collectives*, n° 3, 2015, comm. 56.
- , « Conditions de validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *Revue des procédures collectives*, n° 5, 2013, comm. 150.
- , « Les limites de la rupture conventionnelle », Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22332, *Bull. civ. V*, 2013, n° 24, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 258.
- TAURAN Thierry, « Interprétation des clauses des contrats “prévoyance” », La Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n^{os} 09-72552 et 10-10843, *Bull. civ. II*, 2011, n° 126 *Semaine Juridique Social*, n° 27, 2011, 1331.
- TCHENDJOU Marius, « La sanction des dessous-de-table par la Cour de cassation », Civ. 3^{ème}, 25 fév. 2004, n° 02-15269, *Bull. civ. III*, 2004, n° 42, p. 39, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2205.
- TEILLIAIS Georges, « Vente d'immeuble. - Prêt immobilier. - Offre de prêt. - Acceptation avant le délai de dix jours. - Nullité du prêt (oui) », Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, n° 95-15494, *Bull. civ. I*, 1997, n° 368, p. 249, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 1998, p. 370.
- TERRÉ François, « L'occasion rêvée », Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ. I*, 2005, n° 35, p. 27, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 17, 2005, act. 223.
- THÉRY Philippe, « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? » *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011 p. 586, obs. sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-10364, *Bull. civ. I*, 2010, n° 150.
- , « Chose jugée, cautionnement et revirement de jurisprudence : portrait du juge en législateur... », Civ. 2^{ème}, 18 oct. 2007, n° 06-13068, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 147.
- , « Concentration des moyens : la première chambre civile souffle le chaud et le froid... », Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, 15-16743 et 15-18595, *Bull. civ. I*, 2016, n° 106, p. 118, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 923.
- THÉRON Julien, « Le dol incident, source de nullité », Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 04-10415, *Bull. civ. III*, 2005, n° 137, p. 126, *Les Petites Affiches*, n° 17, 2006, p. 9.
- THIBIERGE Louis, « Prescription de l'action en garantie des vices cachés : la troisième chambre civile s'entête ! », Civ. 3^{ème}, 25 mai 2022, n° 21-18218, *Bull. civ. III*, 2022, p. 63, *Revue des contrats*, n° 3, 2022, p. 40.
- , « Prescription de l'action en garantie des vices cachés : en quête de cohérence ! », Civ. 3^{ème}, 5 janv. 2022, n° 20-22670, *Bull. civ. III*, 2022, p. 444 et Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022, n° 20-19047 *Bull. civ.*, III, 2022, p. 34, *Revue des contrats*, n° 2, 2022, p. 5.
- THIOYE Moussa, « Nullité de la vente conclue sur la base d'un mandat irrégulier », Civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n° 07-21610, *Bull. civ. III*, 2009, n° 80, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2009, p. 890.
- , « Irrespect du formalisme de la loi Hoguet : nullité relative », Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, *Bull. civ. ch. mixte*, 2017, n° 1, p. 1, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 612.

- THOBIE Adeline et HEYRAUD Yann, « Loyers commerciaux et covid-19 : la Cour de cassation impose le paiement », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 28, 2022, act. 742.
- THULLIER Béatrice, « Les conditions de licéité des clauses de non-concurrence » Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45387, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, Soc., 10 juill. 2002, n° 99-43334, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239, p. 234, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1222.
- TISSEYRE Sandrine, « Force majeure : l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 114.
- , « Épidémie de Covid-19 : en cas de fermeture de son commerce, le locataire reste tenu du paiement des loyers », Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20190, *Bull. civ. III*, 2022, p. 119, Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20127, *Bull. civ. III*, 2022, p. 103, et Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19889, inédit, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1398.
- , « Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », Com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, *Bull. civ. IV*, 2022, p. 147, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 539.
- TOMASIN Daniel, « Pouvoir de révision des honoraires des agents immobiliers par les juges du fond et protection des emprunteurs en matière immobilière », Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 91-10578, *Bull. civ. I*, 1993, n° 198, *Revue de droit immobilier*, 1993, p. 520.
- TORCK Stéphane, « Nouvelles illustrations et précisions au sujet du devoir de mise en garde des PSI », obs. Com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, 2008, p. 90.
- TOUATI Nina, BOHNERT Claire, DE LEIRIS Edouard, PALLE Nathalie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Deuxième chambre civile », note Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23972, *Bull. civ. II*, 2020, p. 58 et Civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, n° 18-23370, *Bull. civ. II*, 2020, p. 59, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2198.
- , « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2198.
- TOURNAFOND Olivier, « La sanction du défaut de conformité n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice subi par l'acquéreur », Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1993, n° 90-20932, *Bull. civ. I*, n° 302, p. 208, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 237.
- , « Distinction entre vices cachés et défaut de conformité », Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n° 88-11410, *Bull. civ. III*, 1991, n° 107, p. 61, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 200.
- , « Vices cachés et défaut de conformité dans la vente », Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 91-18047, *Bull. civ. I*, 1993, n° 159, p. 110 ; *Recueil Dalloz*, 1994, p. 239.
- , « La sanction du défaut de conformité n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice subi par l'acquéreur », Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, n° 91-16344, *Bull. civ. I*, 1993, n° 287, p. 198, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 237.
- , « La distinction du vice caché et de l'erreur vice du consentement », Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, n° 98-18966, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1002.

- , « Les vices cachés sont un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale, l'action fondée sur l'erreur n'est pas recevable », Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, n° 94-13921, *Bull. civ. I*, 1996, n° 213, p. 148, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 345.
- , « La nullité encourue en cas de violation de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation est une nullité relative de protection et non une nullité absolue », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Revue de droit immobilier*, 2018, p. 600.
- , « Les difficultés d'appréciation du dol émanant de l'acheteur », Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ. I*, 2000, n° 131, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 928.
- , « Réticence dolosive du vendeur et violation de l'obligation de renseignement », Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° n° 88-18530, *Bull. civ. I*, 1991, n° 144, p. 95, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 196.
- TOURNAUX Sébastien, Soc., 20 fév. 2013, n° 11-12262, *Bull. civ. V*, 2013, n° 45, *Revue du droit social*, 2013, p. 576.
- TRANCHANT Laetitia, « La force majeure ne peut être invoquée par le créancier de l'obligation », Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21060, *Bull. civ. I*, 2020, p. 464, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 2, 2021, p. 3.
- , « L'astreinte conventionnelle s'analysant en une clause pénale ne peut être liquidée judiciairement », Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 9, 2015, p. 6.
- TRÉARD Sylvie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV*, 2016, n° 50, p. 59, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1037.
- TRÉDEZ Guillaume, obs. Civ. 3^{ème}, 23 sept. 2020, n° 19-18104, *Bull. civ. III*, 2020, p. 572, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2021, p. 467.
- TRICOIRE Agnès, « Le corps mort comme objet d'exposition », Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n° 09-67456, *Bull. civ. I*, 2010, n° 174, *Légipresse*, 2010, p. 363.
- TRIGEAUD Jean-Marc, CA Amiens, 1^{er} fév. 1982, n° *JurisData* 1982-697112, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 1982, II, 19916.
- TUAILLON Christophe, « Annulation, restitution, réparation : l'explication », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2175.
- TUNC André, Civ. 2^{ème}, 23 mai 1962, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1963, p. 327.
- VAISSIÈRE Aude, « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 29, 2006, n° 2163.
- VAISSIÈRE (de la) François, « Pas de frais de négociation à l'occasion du droit de préemption », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Deffrénois*, n° 38, 2018, p. 21.
- , « Sécurité des ascenseurs et responsabilité du bailleur », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2009, p. 701.
- VALDELIÈVRE Guillaume, Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022, n° 19-24436, *Bull. civ. I*, 2022, p. 93, « Prescription de l'action en responsabilité à l'encontre du prêteur : un point de départ clarifié », *Gazette du Palais*, n° 4, 2022, p. 47.
- VALETTE Élodie et GRASSO Jules, Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20640, *Bull. civ. I*, 2022, p. 170, « Protection du consommateur - Une nouvelle règle de procédure civile nationale cède face à la protection des consommateurs contre les clauses abusives », *La Semaine Juridique -*

Entreprise et Affaires, n° 28, 2022, 1252.

VAREILLE Bernard, « Contrat de mariage : l'action en nullité pour vice du consentement est relative et se transmet aux ayants cause universels après le décès du conjoint », Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-15005, *Bull. civ. I*, 1995, n° 291, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 205.

VASSEUR Michel, « Action en responsabilité dirigée contre une banque par les créanciers d'une société en liquidation des biens et secret bancaire », Com., 19 juin 1990, n° 88-19618, *Bull. civ. IV*, n° 179, p. 123, *Recueil Dalloz*, 1992, p. 32.

VASSEUR Thomas, « Droit de la preuve. La délimitation de l'aveu », Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20913, *Bull. A.P.*, n° 6, *Recueil Dalloz* 2009, p. 2714.

VELARDOCCIO Dominique. « Nouvel échec de l'aménagement asymétrique d'une clause d'échelle mobile », Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-13914, *Bull. civ. III*, 2017, n° 45, p. 50, *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 6, 2017, p. 2.

VIAL-PEDROLETTI Béatrice, « Conclusion du mandat : incidence de la nullité d'un mandat non limité dans le temps », Civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 02-16046, *Bull. civ. I*, 2005, n° 363, p. 302, *Loyers et copropriété*, n° 2, 2006, comm. 26.

—, « Étendue du droit de jouissance du locataire : valeur d'une clause d'habitation personnelle », Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, n° 04-19349, *Bull. civ. III*, 2006, n° 73, p. 61, *Loyers et copropriété* n° 5, 2006, comm. 93.

—, « Garantie des vices cachés - Chute due à un ascenseur : obligation de résultat à la charge du bailleur et de la société chargée de l'entretien de l'ascenseur », Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 2009, n° 08-10070, *Bull. civ. III*, 2009, n° 71, *Loyers et copropriété*, n° 6, 2009, comm. 139.

—, « Bail à construction consenti à vil prix : quelle sanction ? », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152 *L'Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, n° 10, 2011, p. 7.

—, « Transfert du bail : condition », Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ. III*, 2016, n° 135, p. 141, *Loyers et copropriété*, n° 12, 2016, comm. 252.

—, « Nature juridique du contrat de séjour dans un EHPAD », obs. Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-19670, *Bull. civ. III*, 2020, p. 55, *Loyers et copropriété*, n° 2, 2021, 16.

—, « À quelle condition une convention d'occupation précaire permet-elle d'échapper à la loi du 6 juillet 1989 ? », obs. Civ. 3^{ème}, 6 mai 2021, n° 20-10992, inédit, *Loyers et copropriété*, n° 9, 2021, comm. 125.

—, « Bail à construction consenti à prix dérisoire : nature de la sanction », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *Loyers et copropriété*, n° 11, 2011, comm. 285.

VIALA M., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n° 95-18593, *Bull. civ. I*, n° 376, *Recueil Dalloz* 1998. 580.

VIATTE Jean, Civ. 2^{ème}, 7 oct. 1981, n° 80-12240, *Gazette du Palais* 1982, 112.

VIGNEAU Daniel, « Courtage matrimonial - Personne mariée : recherche nouveau conjoint ou partenaire... », Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20114, *Bull. civ. I*, 2011, n° 191, *Droit de la famille*, n° 2, 2012, comm. 21.

—, « Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs », Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238, *Bull. A. P.*, 2004, n° 12, p. 27, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 3175.

- VINCENDEAU Benjamin, « La transposition de l'article 5 de la directive n° 93/13/CEE : les apports du droit belge et du droit français », Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°s 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, 2003, n° 19, p. 14, *Revue de l'Union Européenne*, 2015, p. 473.
- VINEY Geneviève, obs. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 91-12131, *Bull. civ. I*, 1993, n° 42, *La Semaine Juridique*, 1993. I. 3727.
- , Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n° 95-18593, *Bull. civ. I*, n° 376, *La Semaine Juridique* 1998. I. 144.
- , « Responsabilité civile », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 15, 2005, I 132.
- , « La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? », Ass. Plén., 14 avril 2006, n° 02-11168, *Bull. A. P.*, 2006, n° 5, p. 9, *Revue des contrats*, n° 4, 2006, p. 1207.
- , Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1998, n° 96-13316, *Bull. civ.*, I, n° 53, *La Semaine Juridique - Édition Générale* 1998, I, 185 n° 16.
- , « Le devoir du banquier souscripteur d'une assurance de groupe garantissant le remboursement d'un prêt d'informer et de conseiller l'adhérent emprunteur », Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, *Bull. A. P.*, 2007, n° 4, p. 9, *Revue des contrats*, n° 3, p. 750,
- , Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20431, *Bull. civ. II*, 2015, n° 139, *Revue des contrats*, 2016, p. 30.
- VIUDÈS Philippe et ROUSSEL Franck, « Commission d'agence et ordre public : premières précisions sur l'article L. 145-46-1 du code de commerce », Civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14605, *Bull. civ. III*, 2018, n° 76, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1740.
- VITSE Samuel, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, *Bull. civ. I*, 2019, p. 177, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1784.
- VIRASSAMY Georges, « Contrats commerciaux. — Distribution de produits pétroliers. Fournisseur. Contrat le liant à un distributeur agréé. Exécution de bonne foi (non). Distributeur privé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Absence de tout cas de force majeure. Réparation due », Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ. IV*, 1992, n° 338, p. 241, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 46, 1993, II, p. 22164.
- VUITTON Xavier, « Procédure civile - Mesures d'instruction in futurum. - La Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon du « droit à la preuve » ? », Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 20-14309, *Bull. civ. II*, 2021, p. 309, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 26, 2021, act. 708.
- WALTZ-TERACOL Béline « L'exécution d'un contrat multirisque habitation dans le cadre d'un dégât des eaux », Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 18-19191, inédit, *Gazette du Palais*, n° 37, 2019, p. 55.
- , « Absence de cause et nullité relative du contrat en cas de vileté du prix d'un bail à construction », Civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21900, *Bull. civ.*, III, 2011, n° 152, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 1, 2012, 1001.
- WEILLER Laura, « Renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2135, Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *Bull. A.P.*, 2006, n° 8, p. 21.
- , « L'article 12 CPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *La Semaine Juridique*

- *Édition Générale* 2008, II, 10006, obs. sous Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. A.P.*, 2007, n° 10.

WERTENSCHLAG Bruno, « Bail en général. - Habitation. - Interdiction d'héberger des tiers. - Proches (non). - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. - Clause illicite », Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-11113, *Bull. civ. III*, 1996, n° 60, p. 41 *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 1996, p. 704.

WICKERS Thierry, « Avocat », Civ. 2^{ème}, 24 mai 2018, n^{os} 17-18458 et 17-18504, *Bull. civ. II*, 2018, n° 106, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 91.

—, « Avocat », Civ. 2^{ème}, 5 mars 2020, n° 18-24430, *Bull. civ. II*, 2020, p. 61, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 104.

—, « Avocat », Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27967, *Bull. civ. I*, 2019, p. 59, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 108.

WILLMANN Christophe, « Violence, contrat et religion », Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n° 96-18309, *Bull. civ. III*, 1999, n° 11, p. 7, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 76.

WIEDERKEHR Georges, « Régimes matrimoniaux », Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, n° 94-13242, *Bull. civ. I*, 1996, n° 63, p. 42, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 1996, I, 3962.

WINTGEN Robert, « Droit des obligations », Ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, *Bull. civ. ch. mixte*, 2004, n° 3, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 50, 2005, I 194.

WITZ Claude, « Vente internationale : l'office du juge face au pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme et jeu combiné de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Vienne », Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, 2001, n° 189, p. 120, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3607.

—, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, *Bull. civ. I*, 2005, n° 381, p. 317, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 530.

YOLKA Philippe, « Baux ruraux des communes et droit de priorité des exploitants », RD Civ. 3^{ème}, 10 juin 2009, n° 08-15533, *Bull. civ. III*, 2009, n° 138, rur., n° 375, 2009, comm. 122.

ZALEWSKI-SICARD Vivien, « Vente en l'état futur d'achèvement et nullité : tout est relatif », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Revue de droit immobilier*, 2018, p. 600, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 43-44, 2018, 1327.

—, « Construction : la nullité du contrat préliminaire de réservation », Civ. 3^{ème}, 4 oct. 2018, n° 16-22095, *Bull. civ. III*, 2018, p. 401, *Gazette du Palais*, n° 43, 2018, p. 56.

—, « VEFA et responsabilité quasi délictuelle du professionnel chargé de la commercialisation », Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2021, n° 19-24881, *Bull. civ. III*, 2021, p. 118, *Gazette du Palais*, n° 19, 2021.

ZATTARA-GROS Anne-Françoise, « Pas de confirmation possible d'une cession dont le projet n'a pas été notifié », Com., 21 janv. 2014, n° 12-29221, *Bull. civ. IV*, 2014, n° 17, *Gazette du Palais*, n° 126, 2014.

ZITOUNI Françoise, « Logement social et droit au logement », Civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016, n° 15-19091, *Bull. civ. III*, 2016, n° 135, p. 141, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2018, p. 97.

E) Rapports, allocutions et avis

ANCEL Pascal, AUBERT Jean-Luc, AYNÈS Laurent *et alli.*, *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (Articles 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription, (Articles 2234*

- à 2281 du Code civil). *Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 septembre 2005, p. 20. [En ligne] <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000622.pdf>
- COMITÉ DES ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA JUSTICE, « Rendre la justice aux citoyens. Rapport du comité des États généraux de la justice (Octobre 2021- avril 2022) ».
- COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, « Rapport d’information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale (1) par la mission d’information sur le redressement de la justice », n° 495, 4 avril 2017. [En ligne] <https://www.senat.fr/rap/r16-495/r16-4951.pdf>
- CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D’EXPERTS DE JUSTICE, « Les règles de déontologie de l’expert de Justice », 2012. [En ligne] <https://cejoa-caparis.org/deontologie/>
- CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, *Règlement Intérieur National de la profession d’avocat*, janv. 2021. [En ligne] https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2021-01-18_consolidefinal.pdf
- COUR DE CASSATION, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, « La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 2012. [En ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/
- DINTILHAC Jean-Pierre (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d’élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005 [En ligne] https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_groupe_de_travail_nomenclature_des_prejudices_corporels_de_Jean-Pierre_Dintilhac.pdf
- INSPECTION GÉNÉRALE DE LA JUSTICE, « Rapport. Bilan actualisé des réformes de la procédure d’appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives », juillet 2019.
- LOUVEL Bertrand, « Discours de M. le premier président Louvel », Audience solennelle d’installation de M. Bertrand Louvel en qualité de premier président de la Cour de cassation, 16 juillet 2014. [En ligne] https://www.courdecassation.fr/IMG///Discours_PP_140716v2.pdf
- , vendredi 2 octobre 2015 lors du colloque commémorant le trentenaire de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation [En ligne] https://www.experts-cnes.fr/wordpress/wp-content/uploads/metis_06.pdf
- PILLET François, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale (1) sur le projet de loi, modifié par l’Assemblée Nationale, ratifiant l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 24 janvier 2018, 49 p. [En ligne] <http://www.senat.fr/rap/117-247/117-2471.pdf>
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, coll. Voix de la Cité, 91 p. [En ligne] https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf
- POTOCKI André (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur le Cour de cassation 2030*, juill. 2021. [En ligne] <https://www.courdecassation.fr>
- Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016, Texte n° 25.

WORLD BANK GROUP, *Doing business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies*, 24 oct. 2019. [En ligne] <https://archive.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-reports>

F) Sites internet

<https://www.assemblee-nationale.fr/>

<http://www.clauses-abusives.fr/>

<https://www.insee.fr/>

<https://legal.un.org/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.senat.fr/>

<https://www.uncitral.org>

Droit anglais

A) Ouvrages généraux, traités, manuels, dictionnaires

1) Sources en français

DAVID René avec la collaboration de GUTTERIDGE Harold Cooke et WORTLEY Ben Atkinson, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, 479 p.

FRISON Danièle, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3^{ème} éd., Ellipses, 2005, 288 p.

2) Sources en anglais

ANDREWS Neil, *Contract law*, 1^{ère} éd., Cambridge University Press, 2011, 800 p.

BAKER John, *Introduction to English Legal History*, 5^{ème} éd., Oxford University Press, 2019, 704 p.

BEALE Hugh G., *Chitty on Contracts*, 31^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2012, 2479 p.

CARTWRIGHT John H., *Contract Law : An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3^{ème} éd., Hart Publishing, 2016, 360 p.

FINCH Henrie, *Law, or a Discourse Thereof in Four Books*, Londres : (Printed by permission of the Company of Stationers) for C. Adams, J. Starkey, & T. Basset, 1661, 558 p.

FURMSTON Michael, *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract*, 17^{ème} éd., Oxford University Press, 2017, 896 p.

MCKENDRICK Ewan, *Contract Law*, 14^{ème} éd., Red Globe Press, 2021, 459 p.

MCMEEL Gerard, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, 2^{ème} éd., Oxford University Press, 2011, 584 p.

MILSOM Stroud Francis Charles, *Historical foundations of the common law*, Butterworths, 1969, 480 p.

NORTON Robert Frederick, DUN Robert Hay et KOE Digby Latimer Francis, *A Treatise on Deeds*, Sweet and Maxwell (éd.), 1906, 694 p.

PEEL Edwin, *Treitel on the Law of Contract*, 15^{ème} éd., Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 2020, 1379 p.

POUND Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven : Yale University Press, 1922, 212 p.

SMITH Stephen A., *Aatiah's Introduction to the Law of Contract*, 6^{ème} éd., Oxford University Press, coll. Clarendon law series, 2006, 441 p.

B) Ouvrages spéciaux et thèses

1) Sources en français

RIEG Alfred, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. XIX, 1961.

THIRION Jean, *L'avènement de l'equity comme source de droit*, Thèse, Paris, 1951, dactyl.,

172 p.

2) Sources en anglais

BACON Francis, *The Maxims of the Law*, in SPEDDING James, Leslie ELLIS Robert and HEATH Douglas Denon, *The Works of Francis Bacon*, Boston : Brown and Taggard, vol. 14, 1860-1864, 539 p.

BOUVIER John, *A law dictionary, adapted to the Constitution and laws of the United States of America, and of the several states of the American union; with references to the civil and other systems of foreign law*, vol. II, 1874, Philadelphia : J. B. Lippincott & Co., 732 p.

BOWER George Spencer, *The Doctr. of Res Judicata*, Londres: Butterworth, 1924, 292 p.

BROWN Matthew, MARTICHOU-FABARON Elisabeth, PERDU Michel, VAHL-OTTENWALTER Anne, *The Language of English Law and Politics*, Ophrys, 2003, 332 p.

HARRIS Donald et TALLON Denis (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, 414 p.

MAINE Henry, *Early Law and Custom*, London : John Murray, 1890, 402 p.

MILSOM Stroud Francis Charles, *Historical foundations of the common law*, Londres : Butterworths, 1969, 466 p.

SHEPPARD Stephen M. (dir.), *Bouvier Law Dictionary*, Compact Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, 1248 p.

SCOTT James Brown, *Law, the State, and the International Community*, The Lawbook Exchange Ltd., 2002, 1052 p.

TREITEL Guenter H., *Frustration and force majeure*, Londres : Sweet and Maxwell (éd.), 3^{ème} éd., 2014, 666 p.

C) Articles et fascicules

1) Sources en français

ALBARIAN Alexis, « L'avènement de la doctrine de la frustration en droit anglais des contrats grâce à la décision Taylor v. Caldwell : une belle leçon d' "œcuménisme juridique"... », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2009, p. 1711.

BELL John, « L'équité dans la justice anglaise : perspectives théoriques », in Marie-Luce PAVIA (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, 2003, p. 123.

FAIRGRIEVE Duncan, « 3 Questions - L'impact de la force majeure dans le common law ? », *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 30, 2020, p. 519.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Les arrêts "Paragon Finance" et "Rice v. Great Yarmouth Borough Council" : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels », *Revue des contrats*, n° 2, 2004, p. 483.

—, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport "Unfair Terms in Contracts" des Law Commissions anglaise et écossaise », *Revue des contrats*, n° 3, 2005, p. 891.

JOLOWICZ John Anthony, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du

precedent », *Archives de Philosophie du Droit*, t. XXX, 1985, p. 105.

ROTH Peter M., « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, 1998, n° 3, p. 773.

USUNIER Laurence, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *Revue des contrats*, n° 4, 2012, p. 1372.

2) Sources en anglais

ACCAOUI LORFING Pascale, « Article 1195 of the French Civil Code on revision for hardship in the light of comparative law », *International Business Law Journal*, n° 5, 2018, p. 449.

ANDREWS Neil, « Interpretation of Written Contracts in England », sept. 2013. [En ligne] <https://papers.ssrn.com>

—, « Res judicata and finality: Estoppel in the context of judicial decisions and arbitration rewards », in Kalliopi MAKRIDOU et Georgios DIAMANTOPOULOS (dir.), *Issues of Estoppel and Res judicata in Anglo-American and Greek Law*, Athènes : Sakkoulas Publications, 2014, p. 41.

BELL John, « The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts, 1 : English report », in Donald HARRIS et Denis TALLON (dir.), *Contract law today. Anglo-French comparisons*, Oxford : Clarendon Press, 1989, p. 195.

BRODIE Douglas, « Recent Cases, Commentary, The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence », *Industrial Law Journal*, vol. 25, 1996, p. 121.

BURCHELL Brendan J., « The Prevalence and Redistribution of Job Insecurity and Work Intensification », Brendan J. BURCHELL, David LADIPO, Frank WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Londres : Routledge, 2002, p. 61.

BUXTON Richard, « “Construction” and Rectification after Chartbrook », *The Cambridge Law Journal*, 2010, vol. 69, n° 2, p. 253.

CABRELLI David, « Implying terms in law: Belize no more? », *Edinburgh Law Review*, vol. 20, n° 3, 2016, p. 338.

CHEN-WISHART Mindy, « In Defence of Consideration », *The Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 13, n° 1, 2013, p. 209.

CIONGARU Emilian, « Theory of Imprevision, a Legal Mechanism for Restoring of the Contractual Justice », *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, vol. 149, 2014, p. 174.

COLLINS Tom, « Liquidated damages clauses - where are we now? », *Construction Law Journal*, 2016, vol. 32, n° 4, p. 463

COLLEDGE Barbara, « Good faith in construction contract – the hidden agenda », *Construction Law Journal*, 1999, vol. 15, n° 4, p. 288.

DAVIES Paul S., « Negotiating the boundaries of admissibility », *The Cambridge Law Journal*, mars 2011, vol. 70, n° 1, p. 24.

—, « Rectification versus interpretation: the nature and scope of the equitable », *The Cambridge Law Journal*, 2016, vol. 75, n° 1, p. 62.

—, « Rectification rectified », *The Cambridge Law Journal*, 2020, vol. 79, n° 1, p. 8.

- DAWSON Francis, « Interpretation and rectification of written agreements in the Commercial Court », *The Law Quarterly Review*, vol. 131, 2015, p. 344.
- DRAETTA Ugo, « Hardship and force majeure clauses in international contracts », *International Business Law Journal*, n° 3/4, 2002, p. 347.
- EISENBERG Melvin, « The Responsive Model of Contract Law », *The Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 1107.
- ETHERTON Terence, « Contract formation and the fog of rectification », Élocution du 24 avril 2015 prononcé devant la *Supreme Court*, p. 1. [En ligne] <https://www.judiciary.uk/announcements/speech-by-sir-terence-ether-ton-contract-formation-and-the-fog-of-rectification>
- GARNUSZEK Anita, « The law applicable to the contractual assignment of an arbitration agreement », *Arbitration*, vol. 82, n° 4, 2016, p. 348.
- GLASSER Mark K. et ROWLEY Keith A., « On Parol : The Construction and Interpretation of Written Agreements and the Role of Extrinsic Evidence in Contract Litigation », *The Baylor Law Review*, vol. 49, 1997, p. 657.
- GRAHAM Alistair et WHITAKER James, « “Threshing the undergrowth for some chance remark” – English High Court considers impact of entire agreement clauses on pre-contractual negotiations », Mayer-Brown, *Legal update*, juin 2018 [En ligne] <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2018/06/threshing-the-undergrowth-for-some-chance-remark>
- GROSSWALD CURRAN Vivian, « Dealing in Difference: Comparative Law’s Potential for Broadening Legal Perspectives », *American Journal Comparative Law*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 657.
- HALE Matthew, « Reflections by the Lrd. Chief Justice Hale on Mr Hobbes His Dialogue of the Law » in William Searle HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^{ème} éd., Londres : Methuen, 1956, vol. V, p. 499.
- HEMSWORTH Margaret, « Res judicata: the Henderson v Henderson principle and abuse of process: sketching the landscape », *Civil Justice Quarterly*, 2015, vol. 34, n° 1, p. 52.
- HESSELINK Martijn, « The concept of good faith », in Arthur HARTKAMP (dir.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 3^{ème} éd., 2004, p. 471.
- HOFFMANN Leonard, « The Intolerable Wrestle with Words and Meanings », *The South African Law Journal*, vol. 114, 1997, p. 656.
- LORENZEN Ernest G., « The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws », *Yale Law Journal*, vol. 50, 1940–41, p. 743.
- LOUSSOUARN Yvon, « The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctr., and Precedent in French Law », *The Louisiana Law Review*, vol. 18, n° 2, 1958, p. 235.
- MANCHESTER Colin, « Judicial Notice and Personal Knowledge », *The Modern Law Review*, vol. 42, n° 1, 1979, p. 22.
- MASKOW Dietrich, « Hardship and Force Majeure », *The American Journal of Comparative Law*, 1992, vol. 40, n° 3, p. 657.
- MCLAUCHLAN David, « A Contract Contradiction », *The Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 30, 1999, p. 175.

- , « The “drastic” remedy of rectification for unilateral mistake », *The Law Quarterly Review*, vol. 124, 2008, p. 608.
- , « Contract Interpretation: What Is It About? », *The Sydney Law Review*, vol. 31, n° 1, 2009, p. 5.
- , « The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? », *The Law Quarterly Review*, 2012, vol. 128, n° 4, p. 521
- MCMEEL Gerard, « The rise of commercial construction in contract law », *The Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, n° 3, 1998, p. 382.
- , « Interpretation and Mistake in Contract Law – “the fox knows many things” », *The Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, n° 1, 2006, p. 49.
- NELSON Vincent, « The Interpretation Of Contracts: The Rules Re-Written For Modern Times », 2004, 39 Essex Street, p. 1. [En ligne] <https://www.39essex.com>
- NICHOLLS Donald, « My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words », *The Law Quarterly Review*, vol. 121, n° 4, 2005, p. 577.
- O’SULLIVAN Janet, « Say What You Mean and Mean What You Say: Contractual Interpretation in the House of Lords », *The Cambridge Law Journal*, 2009, vol. 68, n° 3, p. 510.
- , « Silence is golden: implied terms in the Supreme Court », *The Cambridge Law Journal*, 2016, vol. 75, n° 2, p. 199.
- PATTENS Nicholas, « Does the law need to be rectified? Chartbrook revisited », The Chancery Bar Association, 2013 Annual Lecture, [En ligne] <https://www.chba.org.uk/formembers/library/annual-lectures/does-the-law-need-to-be-rectified-chartbrook-revisited>
- PEDEN Elisabeth, « Policy concerns behind implication of terms in law », *The Law Quarterly Review*, vol. 117, n° 3, 2011, p. 459.
- PEDEN Elisabeth et CARTER John, « Entire agreement - and similar – clauses », *The Journal of Contract Law*, vol. 22, n° 1, 2006, p. 1.
- PHANG Andrew Boon Leong, « Implied Terms Revisited », *Journal of Business Law*, 1990, p. 394.
- , « Implied terms in English law - some recent developments », *Journal of Business Law*, 1993, p. 242.
- PILKINGTON Timothy, « Subsequent conduct and the objective theory of contract », *The Australian Bar Review*, n° 45, 2018, p. 244.
- POLLOCK Frederick, « English opportunities in historical and comparative jurisprudence », in Frederick POLLOCK, *Oxford lectures and other discourses*, Londres : Macmillan, 1890, p. 37.
- POSTEMA Gerald, « Classical Common Law Jurisprudence (Part I) », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, n° 2, 2002, p. 155.
- , « Classical Common Law Jurisprudence (Part II) », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 3, n° 1, 2003, p. 1.
- ROWAN Solene, « The “legitimate interest in performance” in the law on penalties », *The Cambridge Law Journal*, 2019, vol. 78, n° 1, p. 148.
- RUDDALL James, « Common intention and rectification for common mistake », *The Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, vol. 1, 2014, p. 48.

- SHATWELL Kenneth Owen, « The Supposed Doctrine of Mistake in Contract: A Comedy of Errors » *Canadian Bar Review*, vol. 33, 1955, p. 164.
- SLADE Christopher John, « The Myth of Mistake in English Law of Contract », *The Law Quarterly Review*, vol. 70, 1954, p. 585.
- STEYN Johan, « Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men », *The Law Quarterly Review*, vol. 113, 1997, p. 433.
- , « Interpretation: Legal Texts and their Landscape » in Basil MARKESINIS (dir.), *The Clifford Chance Millenium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, 2000, p. 79.
- , « The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts », *The Sydney Law Review*, vol. 25, n° 1, 2003, p. 5.
- TRUKHTANOV Alexander, « Misrepresentation: Acknowledgment of Non-reliance as Defence », 2009, *The Law Quarterly Review*, vol. 125, p. 648.
- , « Exclusion of Liability for Pre-contractual Misrepresentation: A Setback », 2011, *The Law Quarterly Review*, vol. 127, p. 345.
- VAN DUNNÉ Jan, « On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles », *Construction Law Journal*, vol. 31, n° 1, 2015, p. 3.
- VOGENAUER Stefan, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », Oxford University, 2007, p. 2. [En ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984074
- WILLIAMS E. Hall, « Res Judicata in Recent Cases », *The Modern Law Review*, vol. 13, n° 3, 1950, p. 307.
- YIHAN Goh, « A wrong turn in history: re-understanding the exclusionary rule against prior negotiations in contractual interpretation », *The Journal of Business Law*, n° 5, 2014, p. 360.

D) Notes et chroniques de jurisprudence

1) Sources en français

- MUIR WATT Horatia, « Pourquoi le Brexit n'est pas une cause de frustration de (certains) contrats en cours soumis au droit anglais », *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v. European Medicines Agency*, *The High Court of Justice (Chancery Division)*, 20 fév. 2019, [2019] EWHC 335 (Ch), *Revue critique de droit international privé*, 2019, p. 1022.

2) Sources en anglais

- BROWNSWORD Roger, *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v John Walker & Sons Ltd*, *The England and Wales Court of Appeal*, 3 mars 1976, [1977] 1 WLR 164, « Rules and Principles at the Warehouse », *The Modern Law Review*, vol. 40, n° 4, 1977, p. 467.
- CAMPBELL David et HALSON Roger, « By their fruits shall ye know them », *Cambridge Law Review*, 2020, vol. 79, n° 3, p. 405.
- CONTE Carmine, « The penalty rule revisited », *The Law Quarterly Review*, 2016, vol. 132, n° 3, p. 382.

- DAY William, « A Pyrrhic victory for the doctrine against penalties: Makdessi v Cavendish Square Holding BV », *Journal of Business Law*, 2016, n° 2, p. 115.
- GALEZA Dorota, « Getting rid of the penal doctrine - the implications of the joint cases Cavendish Square v El Makdessi and ParkingEye v Beavis », *International Company and Commercial Law Review*, 2016, vol. 27, n° 6, p. 175.
- HANDLEY Ken R., « A closer look at Henderson v. Henderson », *The Law Quarterly Review*, vol. 118, 2002, p. 397.
- LINDSAY Bobby, « Penalty clauses in the Supreme Court: a legitimately interesting decision? », *Edinburgh Law Review*, 2016, vol. 20, n° 2, p. 204.
- MCLAUCHLAN David, « Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd: commonsense principles of interpretation and rectification? », *The Law Quarterly Review*, vol. 126, n° 1, 2010, p. 8.
- , « Continuity, not change, in contract interpretation? », *The Law Quarterly Review*, 2017, vol. 133, n° 4, p. 547.
- MORGAN Johnathan, « The penalty clause doctrine: unlovable but untouchable », *Cambridge Law Review*, 2016, vol. 75, n° 1, p. 11.
- SMITH Marcus, « Rectification of contracts for common mistake, Joscelyne v Nissen, and subjective states of mind », *The Law Quarterly Review*, 2007, vol. 123, p. 116.
- STAMP Mark, « The penalties rule in corporate contracts - is it offside? », *Company Lawyer*, 2016, vol. 37, n° 7, p. 219
- WATT Gary, « The Danger and Deceit of the Rule in Henderson v. Henderson: A New Approach to Successive Civil Actions Arising from the Same Factual Matter », *CJQ*, vol. 19, 2000, p. 287.
- WHITTAKER Simon, « Good faith, implied terms and commercial contracts », *The Law Quarterly Review*, vol. 129, p. 463.

E) Rapports, allocutions et avis

- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, « Unfair contract terms guidance. Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015 », 31 juill. 2015, CMA37. [En ligne]
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf
- , « Unfair contracts: what do businesses need to know? (short guide) », 31 juill. 2015. [En ligne] <https://www.gov.uk/government/publications/unfair-contract-terms-cma37/unfair-contracts-what-do-businesses-need-to-know-short-guide>
- MINISTRY OF JUSTICE, DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION AND SKILLS, « A Common European Sales Law for the European Union – A proposal for a Regulation from the European Commission The Government Response », 13 nov. 2012, n° 134, p. 42. [En ligne]
<https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/common-european-sales-law/>
- THE LAW COMMISSION, « Law of Contract. The Parol Evidence Rule. Working paper n° 70 », Her Majesty's Stationery Office, 1986, *Law Com. Reports* n° 154, n° 1.7 [En ligne]
<http://www.Lawcom.gov.uk/app/uploads/2016/08/No.070-Law-of-contract-the-Parol-Evidence-Rule.pdf>
- THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Law Commission*, « Law of

Contract. The Parol Evidence Rule. Working paper n° 70 », Her Majesty's Stationery Office, 1986, *Law Com. Reports*, n° 154, n° 1.7 [En ligne] <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2016/08/No.070-Law-of-contract-the-Parol-Evidence-Rule.pdf>

—, « Unfair terms in contracts », (Law Com. n° 292, Scot. Law Com. n° 199), présenté au Parlement du Royaume-Uni par le secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles et le Lord Chancellor par ordre de Sa Majesté et déposé devant le Parlement écossais par les ministres écossais, février 2005, Cm 6464. SE/2005/13. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2015/03/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf

—, « Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills », mars 2013. [En ligne] https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_advice.pdf

THATCHER Margaret, « Interview du 29 novembre 1979, à la suite du Conseil des Ministres tenu à Dublin ». [En ligne] https://www.youtube.com/watch?v=rNLVeAQvzn8&ab_

—, « Discours à la *House of Parliament* sur le Conseil des ministres, des 27 et 28 oct. 1990 à Rome et sur l'intégration européenne : «*Non, non, non*» ». [En ligne] https://www.youtube.com/watch?v=VUkXbS7s_J4&ab_

THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Review of Contract Law, Discussion Paper on Penalty Clauses*, Discussion paper n° 162, nov. 2016. [En ligne] http://www.scotlawcom.gov.uk/files/4815/0003/7098/Discussion_Paper_on_Penalty_Clauses_DP_No_162.pdf

WOOLF Harry, « Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Lord Chancellors Dept, 1995.

F) Sites internet

<https://academyofexperts.org/>

<https://www.legislation.gov.uk>

The Guardian, « Margaret Thatcher's European rebate demand was defeat - Mitterrand aide », 4 juill. 2009.

Droit comparé

A) Ouvrages généraux, traités, manuels, dictionnaires

1) Sources en français

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome II : La méthode comparative*, LGDJ, 1974, 412 p.

CUNIBERTI Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuels, 2019, 444 p.

DAVID René, GORÉ Marie, JAUFFRET-SPINOSI Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, 542 p.

LAITHIER Yves-Marie, *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 2009, 255 p.

LEGEAIS Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2016, 583 p.

2) Sources en anglais

STEINER Eva, *French law : a Comparative Approach*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2018, 336 p.

ZWEIGERT Konrad et KOTZ Hein (WEIR Tony trad.), *An introduction to comparative law*, Oxford : Clarendon Press, 3^{ème} éd., 1998, 744 p.

B) Ouvrages spéciaux, mélanges et thèses

1) Sources en français

COMMISSION FRANÇAISE D'ÉTUDES DE L'UNION LÉGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉES ET AMIES ET COMMISSION REALE POR LA RIFORMA DEI CODICI, *Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien*, Paris : Imprimerie nationale, 1929, 573 p.

DESCAUDIN Christophe, *Étude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, *Defrénois*, coll. Doctorat & Notariat, t. 63, 2019, 598 p.

MOTULSKY Henri et TERRÉ François (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, vol. XXXII, Paris : Éditions de l'Épargne, coll. Travaux et Recherches de l'Institut De Droit Comparé de Paris, 1969, 457 p.

TISSEYRE Sandrine, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2012, 368 p.

2) Sources anglais

RAMPERLBERG René-Marie, *Repères romains pour le droit européen des contrats. Variations sur des thèmes antiques*, LGDJ, 2005, 206 p.

ROWAN Solène, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012, 265 p.

STEINER Eva, *French law. A comparative approach*, Oxford University Press, 2010, 448 p.

WASTON Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974, 106 p.

C) Articles et fascicules

1) Sources en français

CARTWRIGHT John, « Les nullités absolues : quel avenir ? - Un regard étranger », *Revue des contrats*, n° 03, 2019, p. 146.

CARDAHI Choucri, « L'exécution des conventions immorales et illicites, étude de la règle "nemo auditur" d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1951, p. 385.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *Revue des contrats*, n° 1, 2007, p. 481.

—, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *Revue des contrats*, n° 2, 2017, p. 363.

- FERRAND Frédérique, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Actes du Colloque de Caen*, du 20 janv. 2012, *Procédures*, n° 3, 2012, p. 36.
- JALUZOT Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 29.
- KENNEFICK Ciara, « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *Revue des contrats*, n° 4, 2013, p. 1531.
- LAMOUREUX Marie, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *Revue Lamy Droit civil*, n° 35, 2007, p. 75.
- LEGRAND Pierre, « Sur l'analyse différentielles des jurisprudences », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 1053.
- MUIR WATT Horatia, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503.
- SALVAT Odile, « Le juge anglais et les "contrats spéciaux". Perspective de droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 70, n° 4, 2018, n° 12, p. 921.

2) Sources en anglais

- BASTEN John, « The Court Expert in Civil Trials: A Comparative Appraisal », *The Modern Law Review*, vol. 40, n° 2, 1977, p. 174.
- ENONCHONG Nelson, « Effects of illegality: a comparative study in French and English law », *ICLQ*, vol. 44, n° 1, 1995, p. 196.
- GROVES Kelda, « The doctrine of good faith in four legal systems », *Const. L. J.*, vol. 15, n° 4, 1999, p. 265.
- KAHN-FREUND Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, vol. 37, n° 1, 1974, p. 1.
- MARKESINIS Basil, « Cause and Consideration: A Study in Parallel », *CLJ*, vol. 37, n° 1, 1978, p. 53.
- MATTEI Ugo, « Why the wind changed: intellectual leadership in western law », *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, n° 1, 1994, p. 195.
- MICHAELS Ralf, « The Functional Method of Comparative Law », in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^{ème} éd., 2019, Oxford University Press, p. 346.
- ROSHER Peter, « Good faith in construction contracts: comparing French and English contract law approaches », *International Business Law Journal*, n° 2, 2020, p. 145.
- SACCO Rodolpho, « Legal Formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 1.
- SMIT Hans, « Frustration of Contract : A Comparative Attempt at Consolidation », *Columbia Law Review*, vol. 58, n° 3, 1958, p. 287.
- STEIN Eric, « Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law », *Nw. U. L. Rev.*, vol. 72, n° 2, 1977-1978, p. 198.
- TURNER Robert, « Dimensions of Evidence in European Civil Procedure », *Civil Justice and Criminal Justice Programme of the European Union*, n° 21, p. 24. [En ligne]

https://www.pf.um.si/site/assets/files/3223/evidence_in_civil_law_-_united_kingdom.pdf
(consulté le 18/07/2022)

VALCKE Catherine, « Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems », *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n° 3, 2004, p. 713.

—, « Comparative History and the Internal View of French, German, and English Private Law », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 19, n° 1, 2006, p.

—, « Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law – An Exercise in Comparative Legal Rhetoric », in *Exploring Contract Law*, (dir. Jason NEYERS), Hart Publishing, 2009, p. 77.

—, « On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory », *The Journal of Comparative Law*, n° 4, 2009, p. 69.

VOGENAUER Stefan, « Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations », in Andrew BURROWS and Edwin PEEL (eds), *Contract Terms*, Oxford University Press, 2007, p. 3. [En ligne] <https://papers.ssrn.com>

Droit européen

A) Ouvrages généraux, traités et manuels

CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2016, 192 p.

KÖTZ Hein, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, SIGNAT Carine et GALBOIS-LEHALLE Diane, *Droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Université, 2020, 454 p.

B) Ouvrages spéciaux, mélanges et thèses

1) Sources en français

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, MAZEAUD Denis, WICKER Guillaume et RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, 853 p.

ROUHETTE Georges, DE LAMBERTERIE Isabelle, TALLON Denis, et WITZ Claude, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, SLC, coll. Droit comparé et européen, 2003, 655 p.

2) Sources en anglais

LANDO Ole et BEALE Hugh, *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, éd. Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1995.

TWIGG-FLESNER Christian, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2^{ème} éd., Routledge, 2013, 230 p.

C) Articles et fascicules

CORNU Gérard, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 57.

DAVID René, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, 1974, p. 211.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Faut-il un Code civil européen ? », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 99.

GANDOLFI Guiseppa, « Le Code européen des contrats », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain. Colloque du 22 juin 2007*, vol. 8, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 115.

LEQUETTE Yves, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 69.

MAZEAUD Denis, « Un droit européen en quête d'identité », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain. Colloque du 22 juin 2007*, vol. 8, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2008, p. 97.

WITZ Claude, « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003 p. 447.

D) Notes et chroniques de jurisprudence

ABENHAÏM Marc, « Protection des consommateurs - Clauses abusives », CJUE, 7 nov. 2019, Profi Credit Polska S.A. c. Bogumiła Włostowska e.a. et Profi Credit Polska S.A. c. OH, aff. C-419/18 et C-483/18 et CJUE, Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Europe*, n° 5, 2020, 169.

—, « Clauses abusives », CJUE, Györgyné Lintner, 10 mars 2020, aff. C-511/17, *Europe*, n° 5, 2020, comm. 169.

ANADON Coralie, « Examen d'office du caractère abusif d'une clause par le juge », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 40, 2009, n° 2422.

ATTAL Michel, « Droit international et européen », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 5, 2010, doct. 135.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique Droit européen des obligations - Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C415/11, *Revue trimestrielle de droit européen* 2013. 559.

—, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », CJUE, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 666.

—, « Chronique Droit européen des obligations - Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », CJUE, Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c. Jahani BV, 30 mai 2013, aff.- C488/11, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 559, n° 3.

—, « Chronique de droit européen des contrats », CJUE, Unicaja Banco SA c. José Hidalgo Rueda et Caixabank SA c. Manuel María Rueda Ledesma, Caixabank SA c. José Labella Crespo e.a., Caixabank SA c. Alberto Galán Luna e.a. 21 janv. 2015, aff. jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2015, chron. 2.

—, « Office du juge communautaire et national, et directive n° 93/13/CE sur les clauses abusives », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Revue des contrats*, n° 4, 2009, p. 1467.

—, « Démarchage à domicile et office du juge », CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, *Revue des contrats*, 2010, p. 652.

—, « Droit européen des contrats - Chronique de droit européen des contrats (1er janv. 2019 - 31 déc. 2019) », CJUCE, 7 nov. 2019, Profi Credit Polska S.A. c. Bogumiła Włostowska e.a. et Profi Credit Polska S.A. c. OH, aff. C-419/18 et C-483/18, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2020, 1.

—, CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Revue trimestrielle de droit européen* 2014, p. 715.

AUBRY Hélène, « Droit de la consommation », CJUE, OPR-Finance s.r.o. c. GK, 5 mars 2020, aff. C-679/18, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 594.

—, « Obligation pour le juge national d'examiner d'office si les mentions du contrat de crédit sont conformes à la directive du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation », CJCE,

- Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 octobre 2006, aff. C-377/14, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1744.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C415/11, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1297.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 945.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1297.
- , « Chronique Droit européen des obligations - Protection des emprunteurs immobiliers », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 715.
- , « Droit de la consommation », CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 616.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 616.
- AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, CJUE, Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV, 4 juin 2015, aff. C-497/13, n° 48, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 617.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Karel de Grote, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 607.
- AVENA-ROBARDET Valérie, « Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage », CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2910.
- AVOUT (d') Louis, « Droit du commerce international », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1956.
- AVOUT (d') Louis et BOLLÉE S., « Droit du commerce international », CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, n° 38, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2562.
- BASSANI-WINCKLER Vincent, « Clauses abusives », CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *Europe*, n° 7, 2022, comm. 252.
- BERLIN Dominique, « Clause abusive et annulation du contrat », CJUE, ERSTE Bank Hungary Zrt c. Attila Sugár, 1^{er} oct. 2015, aff. C-32/14, *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 14, 2019, 319.
- , « Protection des consommateurs - Obscurité des clauses contractuelles... et de la directive », CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 19, 2014, 564.
- , « Les clauses abusives devant le juge national : relevé d'office et pouvoir d'instruction », CJUE, Györgyné Lintner, 10 mars 2020, aff. C-511/17, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 13, 2020, act. 390.
- BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Clause abusive, pratique commerciale déloyale et sort du contrat », CJUE, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 5, 2012, p. 3.

- , « Clauses abusives - Office du juge et contrôle du caractère abusif des clauses », CJUE, Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2020, 105.
- , « Le juge national doit déclarer d’office la nullité d’une clause pénale abusive », CJUE, Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c. Jahani BV, 30 mai 2013, aff.- C488/11, *L’Essentiel droit des contrats*, n° 7, 2013, p. 2.
- , « Clauses abusives - Office du juge et contrôle du caractère abusif des clauses en l’absence de comparution du consommateur », CJUE, Kancelaria Medius SA c. RN, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2020, comm. 116.
- , « Office du juge national et délimitation du champ d’application de la Directive de 1993 », CJUE, Karel de Grote, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2018, comm. 141.
- , « Office du juge et contrôle du caractère abusif des clauses », CJUE, Györgyné Lintner, 10 mars 2020, aff. C-511/17, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, 2020, comm. 105.
- , « Le relevé d’office du juge de l’exécution : comment éradiquer les clauses abusives au stade des procédures civiles d’exécution ? », CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, 2023, comm. 68.
- , « Principe d’effectivité du droit de l’Union européenne et obstacles tirés des principes procéduraux nationaux », CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, 2022, comm. 126.
- BISCHOFF Jean-Marc, CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc, aff. C-214/89, *Journal de droit international*, 1993, p. 474.
- BLAISE Jean-Benard, « Une clause attributive de juridiction introduite dans les statuts d’une société anonyme satisfait-elle aux conditions de l’article 17 de la convention de Bruxelles ? », CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc, aff. C-214/89, *Bulletin Joly Sociétés*, 1992, n° 7-8, p. 767.
- BOSCO David, « Clause attributive de juridiction - Efficacité des clauses attributives de juridiction invoquées dans le contexte d’une action privée pour violation du droit de la concurrence », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, 2019, comm. 11.
- BOUVERESSE Aude, CJUE, Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c. Jahani BV, 30 mai 2013, aff. -C488/11, *Europe*, 2013, comm. 321.
- , « Protection des consommateurs - Principe d’effectivité », CJUE, Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV, 4 juin 2015, aff. C-497/13, *Europe*, n° 8 – 9, 2015, 337.
- CAZET Safia, « Protection des consommateurs - Clauses abusives et contrats de prêts », CJUE, ERSTE Bank Hungary Zrt c. Attila Sugár, 1^{er} oct. 2015, aff. C-32/14, *Europe*, n° 5, 2019.
- CLARET Hélène, « Crédit à la consommation : quelques précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes », CJCE, Rampion c. Franfinance SA, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 458.
- CLAY T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, n° 38, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 3026.

- COMBET Mathieu, « L'emprise du droit européen de la consommation sur le droit processuel des états membres », CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Les Petites Affiches* 2013, n° 181, p. 9.
- COULON Cédric, « Vente - Responsabilité du vendeur et révélation du défaut de conformité : des précisions sur la garantie des biens de consommation », CJUE, Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV, 4 juin 2015, aff. C-497/13, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 9, 2015, 26.
- DANIEL Élise, « Notion de professionnel », CJUE, Karel de Grote, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Europe*, n° 7, 2018, comm. 281.
- , « Clauses abusives », CJUE, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, *Europe*, n° 3, 2017, comm. 118.
- DESHAYES Olivier, « L'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 59.
- DUPONT-LASSALLE Julie, « Protection des consommateurs - Intervention d'une association de consommateurs dans une procédure d'exécution », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Europe*, n° 4, 2014, comm. 182.
- , « Protection des consommateurs - Définition des clauses abusives », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Europe*, n° 3, 2014, comm. 132.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, « De la validité d'une clause attributive de juridiction insérée dans les statuts d'une société », CJCE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc, aff. C-214/89, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 528.
- , « Clause contributive de juridiction et droit de la concurrence : l'affaire eBizcuss devant la CJUE », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2338.
- GOURIO Alain et GILLOUARD M., « Réglementation européenne des clauses abusives », CJUE, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, 2017, comm. 95.
- GUERLIN Gaëtan, « Le juge national a l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *L'Essentiel droit des contrats*, n° 8, 2009, p. 6.
- IDOT Laurence, « Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, 2010, 1290.
- , « Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, n^{os} 19 et 20, *Europe*, n° 2, 2010, n° 88.
- , « Règlement "Bruxelles I"- Clause attributive de juridiction et action en droit de la concurrence », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Europe*, n° 12, 2018, comm. 496.

- , « Le contentieux international des actions en réparation pour violation du droit de la concurrence : l'arrêt CDC revisité », CJUE, *Apple Sales International e. a. c/MJA*, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Revue critique de droit international privé*, 2019, p. 786.
- , « Chronique Droit du contentieux de l'UE - Le « private enforcement » au coeur de l'actualité », CJUE, *Apple Sales International e. a. c/MJA*, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 907.
- LALOT Laurence, CJUE, *Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c. Jahani BV*, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013, n° 84, p. 49.
- LANG Laurent, MOREAU Julien et POINDRON Olivier, « Clause de déchéance du terme : l'assignation en paiement de l'emprunteur ne vaut ni mise en demeure, ni déchéance du terme », CJUE, *Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez*, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 859.
- LEBORGNE Anne, « Droit de l'exécution », CJUE, *Ibercaja Banco*, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *Recueil Dalloz*, 2023, p. 1282.
- LEGEAIS Dominique, « Lien entre le crédit et la prestation financée », CJCE, *Rampion c. Franfinance SA*, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2008, p. 403.
- , « Pratique trompeuse relative au TAEG constitutive d'une clause abusive », CJUE, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol*, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2012, p. 386.
- LEGRAND V., « Clauses abusives : précisions de la Cour de justice sur la notion de professionnel », CJUE, *Karel de Grote*, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Actualité Juridique Contrat*, 2018, p. 333.
- MAUGERI Véronique, « Clauses abusives : l'office du juge analysé par la CJCE », CJCE, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 63, 2009, n° 3524.
- MEISTER Marie, « Protection des consommateurs - Clauses abusives », CJUE, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol*, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Europe*, n° 5, 2012, comm. 221.
- , « Protection des consommateurs - Clauses abusives et office du juge », CJUE, *Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Europe*, n° 6, 2014, 274.
- MESTRE Jacques, « Des comportements parallèles à l'action commune », CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc*, aff. C-214/89, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 755.
- MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Deux nouvelles précisions inédites dans la lutte judiciaire contre les clauses abusives », CJCE, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium*, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 113.
- MICHEL Valérie, « Protection des consommateurs - Moyens d'ordre public et protection des consommateurs », CJUE, *OPR-Finance s.r.o. c. GK*, 5 mars 2020, aff. C-679/18, *Europe*, 5, 2020, comm. 167.
- , « Protection des consommateurs – Clauses abusives », Europe CJUE, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, 14 mars 2013, aff. C415/11, *Europe*, n° 5, 2013, comm. 228.

- MICHEL Valérie et MEISTER Marie, « Clauses abusives », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *Europe*, n° 8-9, 2009, comm. 334.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « Protection du consommateur - Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles de la CJUE », CJUE, Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, 14 mars 2013, aff. C415/11, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 23, 2013, 1331.
- , « Clauses abusives : précisions matérielles et procédurales », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Responsabilité civile et Assurances*, n° 5, 2014, alerte 18.
- , « Protection du consommateur - Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 14, 2014, 1177.
- , « Protection du consommateur - Clauses abusives : étendue du contrôle, étendue de la sanction », CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 2014, 148.
- MOREAU Mélanie, MOREAU Julien et POINDRON Olivier, « Examen de plusieurs stipulations d'un prêt hypothécaire à l'aune de la directive sur les clauses abusives », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2017, p. 525.
- NOURISSAT Cyril, « Nouvelle précision sur le relevé d'office du juge », CJCE, Rampion c. Franfinance SA, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *Procédures*, n° 3, 2008, comm. 79.
- , « Nouvelles précisions sur l'office communautaire du juge national », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *Procédures*, n° 12, 2009, comm. 275.
- , « Clause attributive de juridiction - Du jeu de la clause attributive en cas d'allégation d'abus de domination », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Procédures*, n° 12, 2018, comm. 369.
- PAISANT Gilles, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », CJCE, Rampion c. Franfinance SA, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 7, 2008, II 10031.
- , « L'obligation de relever d'office du juge national », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 42, 2009, act. 336.
- , « La question du sort du contrat en cas de clause abusive et de pratique commerciale déloyale », CJUE, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ spol, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 24, 2012, 720.
- , « L'obligation de relever d'office du juge national », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, C-243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 42, 2009, p. 336.
- PARLEANI Gilbert, « Les actions indemnitaires pour violation du droit de la concurrence confrontées aux clauses de prorogation de compétence », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Actualité Juridique Contrat*, 2019, p. 31.
- PELLIER Jean-Denis, « Quand le droit de la consommation protège les étudiants », CJUE, Karel

- de Grote, 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Revue des contrats*, n° 4, 2018, p. 588.
- , « Précisions relatives à l’office du juge en matière de clauses abusives », CJUE, Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Dalloz actualité*, 30 mars 2020.
- PÉRALDI-LENEUF Fabienne, « Protection des consommateurs - Clauses abusives », CJUE, 7 nov. 2019, Profi Credit Polska S.A. c. Bogumiła Włostowska e.a. et Profi Credit Polska S.A. c. OH, aff. C-419/18 et C-483/18, *Europe*, n° 1, 2020, comm. 28.
- RIGAUX Anne, « Recours en manquement - Charge de la preuve », CJUE, ERSTE Bank Hungary Zrt c. Attila Sugár, 1^{er} oct. 2015, aff. C-32/14, *Europe*, n° 5, 2019, comm. 188.
- PICOD Fabrice, CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, « Protection des consommateurs - Relevé d’office et nullité du contrat en cas de défaut d’information du consommateur », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2010, 64.
- , « Obligation pour le juge national d’examiner d’office des clauses qu’il juge abusives », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyórfi, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 25, 2009, act. 27.
- PIÉDELIEVRE Stéphane, CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, n^{os} 19 et 20, *Gazette du Palais*, 10-11 févr. 2010.
- , « Clauses abusives et déséquilibre significatif », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Gazette du Palais*, n° 170, 2017, p. 21.
- , « Clauses abusives et prêt en devises étrangères », CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Gazette du Palais*, n° 170, 2014, p. 16.
- , « Office du juge et clauses abusives », CJUE, Kancelaria Médius, 4 juin 2020, aff. C-495/19, et CJUE, Györgyné Lintner, 10 mars 2020, aff. C-511/17, *Gazette du Palais*, n° 30, 2020, p. 35.
- POILLOT Élise, « Droit de la consommation », CJUE, Eva Martin c. EDP Editores SL, 17 déc. 2009, aff. C-227/08, n^{os} 19 et 20, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 790.
- POISSONNIER Ghislain, « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyórfi, 4 juin 2009, C-243/08, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2312.
- , « L’office du juge en droit de la consommation est lié à l’objet du litige », CJUE, Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1394.
- , « Protection du consommateur - Office du juge en droit de la consommation : vers un exercice complet et dynamique ? », CJUE, OPR-Finance s.r.o. c. GK, 5 mars 2020, aff. C-679/18, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 39, 2020, 1356.
- , « Les nouveaux superpouvoirs du juge de l’exécution en droit de la consommation », CJUE, SPV Project 503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, 17 mai 2022, aff. jointes C-693/19 et C-831/19, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1162.
- , « Les nouveaux superpouvoirs du juge de l’exécution en droit de la consommation », CJUE, Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1162.

- RASCHEL Loïs, « Le juge national doit examiner d’office le caractère abusif d’une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*, n° 42, 2009, 1970.
- RAYMOND Guy « Saisine d’office du juge national », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, 2007, comm. 310.
- , « Clarté et lisibilité d’une clause de conversion d’une devise étrangère », obs. CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13 ; *Contrats Concurrence Consommation*, 2014, comm. 202.
- RIGAUX Anne, « Notion de crédit à la consommation », CJCE, Rampion c. Franfinance SA, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *Europe*, n° 12, 2007, comm. 352.
- ROUTIER Richard, « Prêt en devise étrangère : nécessité de permettre d’en évaluer les conséquences économiques », CJUE, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *L’Essentiel droit bancaire*, n° 6, 2017, p. 7.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit des contrats », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 51, 14 décembre 2009, 574.
- , « Contrats et obligations - Droit des contrats », CJUE, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 24, 2014, doct. 699.
- , « Droit de la consommation », CJUE, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 583.
- SERINET Yves-Marie, « Droit judiciaire privé », CJCE, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi, 4 juin 2009, aff. C 243/08, *La Semaine Juridique - Édition Générale* 2009, n° 43, 369.
- SIMLER Philippe, « Droit des sûretés », Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 05, 2023, 1022.
- , « Droit des sûretés », Ibercaja Banco, 17 mai 2022, aff. C-600/19, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 10, 2023, 1069.
- SIMON Denys, « Protection des consommateurs - Clauses abusives », CJUE, 7 nov. 2019, Profi Credit Polska S.A. c. Bogumiła Włostowska e.a. et Profi Credit Polska S.A. c. OH, aff. C-419/18 et C-483/18 et CJUE, Kancelaria Medius, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Europe*, n° 8 – 9, 2020, comm. 273.
- , « Protection des consommateurs - Clauses abusives », CJUE, Kancelaria Medius SA c. RN, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Europe*, n° 8–9, 2020.
- TENEBAUM Alice, « Variations autour de la directive n° 91/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », CJUE, Unicaja Banco SA c. José Hidalgo Rueda et Caixabank SA c. Manuel María Rueda Ledesma, Caixabank SA c. José Labella Crespo e.a., Caixabank SA c. Alberto Galán Luna e.a. 21 janv. 2015, aff. jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *Revue des contrats*, n° 3, 2015, p. 607.
- THÉRY Philippe, « L’ordre public conventionnel et la sentence arbitrale : l’arbitrage en liberté surveillée », CJCE, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, n° 38, *Revue trimestrielle de droit civil* 2007, p. 633.

TRIBOUT Julien, « Clauses abusives », CJUE, QE c. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, 8 déc. 2022, aff. C-600/21, *Europe*, n° 2, 2023, comm. 76.

USUNIER Laurence, « Clause attributive de juridiction et comportements anticoncurrentiels : la Cour de justice corrige le tir », CJUE, Apple Sales International e. a. c/MJA, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 289.

E) Rapports, allocutions, projets d'harmonisation et avis

COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente », 11 oct. 2011, art. 2, p. 24. [En ligne] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=en>

—, « Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community highlighting the progress made (coloured version) in the negotiation round with the UK of 16-19 March 2018 », 19 mars 2018. [En ligne] https://commission.europa.eu/system/files/2018-03/draft_agreement_coloured.pdf

GISCARD D'ESTAING Valéry « Interview accordée au journal Atlantico le 25 juin 2016 », [En ligne] <https://atlantico.fr/article/decryptage/valerie-giscard-d-estaing-brexit-ou-pas-l-europe-a-28-n-est-pas-gouvernable-sans-reformes-profondes-jean-marc-sylvestre>

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 1998,

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : Unidroit, 2016, 481 p. [En ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>

PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport du 20 décembre 2013 du Parlement européen sur l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales*. [En ligne] <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0474+0+DOC+XML+V0//FR#top>

THE STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition Prepared*, Sellier. European law publishers, 2008, (traduction de Jacques GHESTIN). [En ligne] https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/traducvbar-livre_i-ii-iii_08-2008.pdf

F) Sites internet

<https://curia.europa.eu/>

<https://www.europarl.europa.eu/>

https://www.trans-lex.org/450100/_/european-contract-code/

<https://www.unidroit.org/fr/instruments>

Index thématique

(Les numéros renvoient aux paragraphes.)

A

Absolute contract doctrine : 656, 689s
Abus de l'état de dépendance : 81s, 85, 87
Abuse of process : 772, 776s, 780
Acte clair : 183, 187s, 194s, 200s, 206, 211, 239, 331
Agent sportif : 594
Aléa : 150, 519, 529, 720, 722, 727
Annulabilité du contrat : 44
Appréciation :
 in abstracto : 37, 39, 84
 in concreto : 39, 41, 56s, 84, 222, 624, 632
 objective : 41, 63
 subjective : 41, 56s, 84s, 449, 671
Apparence (théorie de) : 280
Article 12 du Code de procédure civile : 759, 778, 781, 812s, 848s, 854, 856s, 860s, 863s, 870s, 878, 882, 886, 901s, 915s, 918, 920, 925
Article 1134 ancien du Code civil : 4, 54, 191, 557, 931
Article 1135 ancien du Code civil : 548, 555s, 565s, 583
Assignation : 198, 589s, 592, 651, 868s, 901s
Assumpsit : 5, 27, 508
Attentes légitimes : 71, 280, 390, 579
Autonomie de la volonté : 4, 24, 115, 342, 758, 924, 932
Avenant interprétatif : 247s
Avocat :
 devoir de conseil : 543, 751
 honoraires : v. Honoraires

B

Benchmarking
 clause de : 707s
Bonne foi : 2, 25, 40, 52, 83, 153, 162, 464, 546, 548s, 555, 557s, 561s, 566s, 577s, 628s, 640s, 695s, 705s, 753s, 861s, 924
Bonnes mœurs : 114s, 118, 124, 126s, 130, 145, 147, 164, 172, 905, 915, 930
Breach of contract : 77, 389, 411, 596, 675, 754, 775
 fundamental breach : 675, 680s
Brexit : 1s, 662

C

Cause
 du contrat : 115, 117s, 506
 de la demande : 778s, 821
 de l'obligation : 117, 199, 506, 512
 objective : 117, 164, 506, 508
 subjective : 117s, 124, 164, 506
Césareo (arrêt) : 772, 776, 778s, 820, 856s, 920, 929s

Chevassus-Marche (arrêt) : 695s, 699
 Chose jugée : 775, 778s, 820, 895s, 920
 autorité de la : 18, 21, 772s, 775s, 779s
Civil Procedure Rules : 593s, 792, 794s, 833, 844
 Clauses abusives (v. aussi : *unfair terms*)
 droit européen : 620, 622, 804, 909
 droit français : 621s, 909, 922
Common law (la)
 tradition juridique : 3, 5
 corpus de règles s'opposant aux règles d'*equity* : 25
 Compétence (clauses attributives de) : 806, 810s
 Compétence territoriale : 805s, 892s, 899
 Comportement du contractant : 23, 25, 39, 41, 48s, 55, 67, 79s, 216s, 219, 245, 377, 394s, 419s, 426, 451s, 456, 463, 466, 468, 485, 492, 499, 565, 574, 579, 670s, 673, 800, 828
 Concentration
 des moyens : 776, 778, 780, 920
 des demandes : 776, 780
 Confirmation de l'acte : 44, 67, 89, 156
 Consentement : 4, 30s
Consideration : 5, 13, 24, 27, 44, 508s, 521s, 525, 532, 639, 756, 931
 Contenu du contrat : 8, 112, 116s, 119, 131s, 136s, 140
Contextual approach : 339, 341, 350, 355, 368s, 372, 383, 399, 407s, 484
 Contrat (définition) : 26
 Contrats
 d'adhésion : 346, 636
 de consommation : 12, 303, 309, 322s, 326, 329, 567, 622, 624, 636, 638, 924
 de gré à gré :
 Crise sanitaire : 650, 653s
 Cumul d'actions : 862s

D

Da mihi factum, dabo tibi jus. : 857, 901
 Dauvin (arrêt) : 850s, 854, 856s, 861, 863, 887, 908, 925, 930
 Définition (clause de) : 236, 238s, 332, 653s
 Dénaturation : 184s
 définition : 189s
 fondement : 191s
 Déni de justice : 210, 835
 Déséquilibre significatif : 264, 315, 523, 567, 620, 641, 756
 Déterminant du consentement : 35, 41s, 56s, 63s, 84s
Disclosure : 787, 791
Distinguishing : 20, 774
 Dol : 45s, 75, 88, 90, 109, 131
 Dommages et intérêts : 43, 50, 77, 85s, 90s, 105, 108s, 152, 160, 164, 166, 168, 608, 610, 680
 Droits fondamentaux : 131s, 154, 159, 173, 794, 930
Duress : 73, 76s, 94, 109, 926
 economic duress : 77s, 89
Duty of care : 45, 58s

E

Engagement disproportionné : 9, 526, 540s, 639, 756, 928

Entire agreement clauses : 406s, 433

Equity : 25, 567, 609

Equitable remedy : 25, 66, 109, 454

Équité : 548s, 599, 660, 666s, 688

Erreur : 34s, 48

Estoppel

estoppel per rem judicatam : 779

issue estoppel : 771, 773, 775

equitable estoppel : 419, 426s

Exception de procédure : 891s

Exception d'incompétence : 892

Excessivement onéreux : 528, 721, 723s, 747

Exécution forcée : 152, 154, 158, 168, 501, 776, 858, 877, 901

Expert : 44, 61, 284, 518s, 536, 634, 672s, 772, 794, 828, 831s, 835, 842s

Expertise : 528s, 794, 827s, 835s, 839s, 844

Expert-witness : 832s

F

Faisceau d'indices : 492, 568, 629, 787

Fairness : 550s, 567

Faits

adventices : 785, 849, 875, 919

dans le débat : 784, 786s, 824, 851, 860, 879

extrinsèques : 786

Fin de non-recevoir : 426, 635, 776s, 780s, 820, 868, 895s

Fondement juridique : 778, 781, 812s, 820, 852s, 857, 860, 864, 874, 878, 901s

Forçage du contrat : 336, 583

Force de chose jugée : 738

Force majeure

contractuelle : 653s

légale : 646s, 657, 719, 723, 753, 756

Force obligatoire : 4s, 14, 24, 28, 132, 191s, 211, 247, 504, 550, 635s, 688, 693, 712, 724, 729, 731, 738, 755, 757, 798, 817, 924, 931s

Forclusion : 780, 801

Fraude : 165, 520, 738, 772

Frustration : 645, 654s, 657s, 690, 723, 747, 753, 790, 827

Fundamental breach : v. *breach*

G

Good faith : 567s

H

Hardship

clause de : 653, 701s

notion : 712, 717, 724s, 734s

Harmonisation des droits nationaux : 3

Honoraires

- des avocats : 589s
- du mandataire : 587s, 694, 751
- du *solicitor* : 593s

Huard (arrêt) : 695s, 699

I

Identité de litiges : 772, 780s

Implied term

- in fact* : 430s, 572, 580
- in law* : 571s, 577, 580
- by custom* : 285s

Imprévision (théorie de)

- droit français :
 - rejet initial : 688s
 - article 1195 nouveau du Code civil : 715s
- droit anglais : v. *loss lies where it falls*

Inexécution contractuelle : 668s, 748s

Instrumentum : 29, 34, 180, 183s, 331, 338s, 371s, 406s, 436s, 486s, 790, 495

Intangibilité du contrat : 4, 667, 686, 688, 693, 697, 711, 743, 931

Intérêt protégé : 149s

Intégralité (clause de) : 246s, 331, 407s

Interprétation du contrat

- clause de : 231s
- contra proferentem* : 298s, 308s, 318s, 336, 489
- in favorem* : 290, 293s, 303s, 336, 487
- littérale : 183s, 212s, 352s, 359, 361, 369, 377, 436, 471, 577
- objective : 183s, 213s, 227, 253, 256, 264, 273, 276, 280, 335, 338
- subjective : 180, 182, 256, 273, 276, 278, 297, 330, 342s, 478, 487, 491

Irrégularité de fond : 894

J

Judicature Acts 1873-1875 : 25

Judge-made law : 3, 19, 23

Jurisdiction clauses : 808

L

Legal transplant : 12, 925

Légicentrisme : 3, 23

Libre disposition :

- des droits : 798, 812, 816s
- du litige : v. principe dispositif

Lésion : 9, 529s

Liberté contractuelle : 5, 28, 74, 80, 83, 85, 115, 128, 131s, 140, 617, 674, 689, 729, 738, 753, 756, 805, 817, 915, 924

Liquidated damages clause : 597, 609s

Loss lies where it falls : 664, 687, 689s

M

Manquement suffisamment grave : 669s

Master of the Rolls : 17

Material adverse change clause : 665

Mesures d'instruction : 759, 794s, 824s, 829, 837s, 841s, 911, 917

Mise en état : 791s, 828

Mistake

common mistake : 34, 36s, 440s

unilateral mistake : 34, 36, 40s, 440, 463

Misrepresentation : 36, 45s

fraudulent misrepresentation : 45s, 55s

innocent misrepresentation : 45s, 66

negligent misrepresentation : 45s, 58s

Moyens

de droit : 780s, 813s, 847s, 850s, 859s, 868s, 881, 901, 914s, 917s

de fait : 842

de pur droit : 813, 849s, 864, 871, 887, 902, 916, 919

mélangés de fait et de droit : 849, 851, 887

prescrits : 866

N

Négociations : 4, 29, 52, 55, 213, 222, 246, 275, 301, 314, 337, 348, 359, 372s, 382s, 395, 408, 411, 443, 447s, 451, 461, 478s, 480s, 485, 491, 567, 630, 695, 706, 922

Negotium : 34, 189, 331, 438s, 445, 497, 732, 735s

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans : 164

Non-concurrence (clause de) : 128s, 133, 135s, 150, 160, 601, 612, 614, 616, 752

Non-renonciation (clause de) : 245, 332

Nullité

absolue : 44, 124, 148s, 154, 159, 870, 906

partielle : 159, 929

relative : 43s, 65s, 87s, 106, 148s, 155s, 635, 870, 906

O

Obiter dictum : 18, 77s, 130, 154, 455, 468, 881

Objet

du contrat : 23, 26, 37s, 45, 48s, 56, 68, 112, 318, 508s, 525, 625, 655s, 798

de la demande : 742, 778, 800, 870

du litige : 732, 761, 764s, 794, 820, 852, 862, 867, 875, 906, 914, 917

de l'obligation : 26, 508s, 512

Obligation

d'information :

contractuelle : 311, 559s, 564, 568, 591, 870

précontractuelle : 51s, 55, 109s, 311, 559

de mise en garde : 559s, 778

de renégociation : 557, 563, 695, 703

de sécurité : 550, 554, 558s, 565, 582s, 790

Ordre public :

classique : 119, 131, 905

de direction : 119, 124, 149, 151, 905, 908

économique : 119, 124, 126, 131, 136, 149, 151, 905
procédural : 889s, 898
de protection : 150s, 157, 172, 908, 928
substantiel : 119, 889, 899s, 905, 908
Organisation judiciaire du Royaume-Uni : 17
Overriding principle : 795, 831, 857

P

Pacte de *quota litis* : 591
Parol evidence rule : 186, 211s, 222s, 301, 335, 338, 353, 367, 372, 374, 383, 397, 406s, 418s, 429, 436, 443, 457, 484, 491
Penalty clause : 608s, 617
Personne raisonnable :
droit anglais : 57, 63s, 110, 177, 213s, 221s, 252s, 264s, 276s, 335, 341, 353, 358, 374, 391, 395, 432, 436, 459, 472, 479, 485, 490, 572, 926
droit français : 84, 252s, 255s, 271s, 294, 335, 490, 926
droit international : 376
Perte de chance : 71
Precedent : 3, 14, 17s
Prescription : 801
clause de : 800s
Présomption :
droit anglais : 38, 57, 93, 95s, 101s, 109, 267, 413s, 425, 610, 616s, 679, 773
droit français : 129s, 191, 283, 336, 402, 504s, 817
Prétentions : 765s, 774s, 777, 779, 782s, 786, 789s, 819, 824, 835, 837, 839, 843, 848, 850s, 853s, 858, 862, 867s, 874s, 880, 900, 902, 909, 919
Preuve
charge de : 57, 99, 103s, 461, 564, 588, 789s, 817
modes de : 5, 634, 795s, 817
Principe dispositif : 758s, 763, 766, 821, 857, 867s, 876, 881, 907, 915, 917
Prix :
abus dans la fixation : 526, 533, 639, 756, 928
détermination : 553s
réduction : 553s, 577, 640, 748, 877
Production forcée de pièces : 791s
Promesse contractuelle : 5, 26, 508s, 655, 690
Proportionnalité (contrôle de) : 132s, 172
Public policy : 111s, 114, 120s, 127s, 152, 158, 160, 167, 172, 888, 906, 928
Purposive approach : 355, 472

Q

Qualité essentielle : 34s

R

Ratio deducendi : 18s, 21, 422
Reasonable person : v. personne raisonnable (droit anglais)
Recklessness : 55
Rectification : 436s, 488, 491
Réduction du prix : v. prix

Refus de statuer : 836
Relational contract : 568s, 579, 656, 692
Relever d'office
 faculté de
 juge français : 861s
 juge anglais : 868s
 obligation de : 888s, 900s
Reliance : 57, 63, 418s, 422, 424s
Renégociation :
 clause de : 700s
 obligation : 695s, 699, 705s, 710
Res judicata : 771s, 779s
Requalification : 872s
 juge anglais : 880s
 juge français : 874s
Restitutions : 107s, 141
 droit anglais : 165s, 168, 664
 droit français : 161s, 168, 651, 867
Résolution
 judiciaire
 juge anglais : 663
 juge français : 535s, 744s
 légale : 647
Reversions : 532
Révision :
 juge anglais : 747s, 754
 juge français : 585s, 596s, 640, 694s, 734s
Réouverture des débats : 781s, 869, 921

S

Severance : 160
Solicitors : v. Honoraires
Stare decisis : v. *Precedent*

T

Témoins : 191, 832
The court knows no law : 857, 867
Théorie générale du contrat : 23s, 28, 931s
Time-bar clauses : 803s
Traduction :
 clause de : 242s, 332
 méthode : 13
Trespass : 5, 59
Trust
 confiance : 96 (v. aussi : *Undue influence*)
 contrat : 49, 224s

U

Ultra petita : 907

Ultra vires : 662
Unconscionable bargain : 522
Undue influence : 91s
 actual undue influence : 94s
 presumed undue influence : 96s
Unenforceability : 152s, 158, 160, 166, 168, 905
Unfair terms : 314, 620, 623s, 756, 804, 909, 922, 928
Usages : 281s
 droit anglais : 285s
 droit français : 283s

V

Vérité : 795s, 821, 835, 908, 924
Vices du consentement : 32, 94, 109, 152, 499, 927, 930
Vileté du prix : 517s, 530
Violence : 73s
 économique : 78s (v. aussi Abus de l'état de dépendance et *duress*)
Void : 36, 41, 44, 441, 513, 635, 656
 comparaison avec la nullité absolue : 44
Voidable : 44, 67, 88s, 107
 comparaison avec la nullité relative : 44
Volonté
 contractuelle : 29s, 171, 173s, 188s
 déclarée : 129, 184, 194s, 330, 343, 408, 885
 réelle : 177s, 195, 208, 212s, 224, 251s, 263s, 334, 341s, 353s, 372s, 394s, 436s, 471, 491

W

Writ : 5, 25

Table des matières

Remerciements	i
Table des abréviations	1
Sommaire	2
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE – LE JUGE GARANT DE LA SÉCURITÉ CONTRACTUELLE : LE CONTRAT, CHOSE DES PARTIES	51
Titre 1 – Le contrôle judiciaire de la validité du contrat	53
Chapitre 1 – Le contrôle de l’intégrité du consentement	55
Section 1 - Une protection semblable du consentement : des mécanismes similaires	55
§ 1 - La méprise sur des éléments essentiels du contrat	56
A) Le rapprochement des notions d’erreur et de <i>mistake</i>	58
1) Le caractère essentiel de l’objet de la méprise	58
2) Le caractère déterminant du consentement	70
B) La sanction commune de l’anéantissement du contrat vicié par la méprise sur des éléments essentiels	73
§ 2 - La tromperie du cocontractant	76
A) La tromperie volontaire du cocontractant : un rapprochement du dol et de la <i>fraudulent misrepresentation</i>	77
1) Le rapprochement du dol et de la <i>fraudulent misrepresentation</i>	77
a) La dissimulation de la réalité au cocontractant	77
b) La volonté de tromper le cocontractant	87
c) Une tromperie induisant le consentement	90
2) La <i>negligent misrepresentation</i> et l’ <i>innocent misrepresentation</i> , spécifiques au droit anglais 95	
a) L’existence d’une <i>duty of care</i>	95
b) Une tromperie de nature à induire en erreur une personne raisonnable : la <i>materiality</i> de la <i>representation</i>	98
B) La sanction de la tromperie du cocontractant	100
1) L’anéantissement du contrat, une sanction commune au dol et à tous les types de <i>misrepresentation</i>	100
2) L’octroi de dommages et intérêts	104
§ 3 - L’extorsion du consentement du cocontractant	108
A) L’extorsion du consentement par la contrainte	109
1) Une conception large de la contrainte	109
a) La contrainte sur la personne du contractant	109

b) La contrainte de nature économique	112
2) Une contrainte subjectivement déterminante du consentement	125
B) Une divergence de sanction entre le droit français et le droit anglais.....	128
1) La sanction commune de l'annulation du contrat	128
2) La sanction des dommages et intérêts spécifique au droit français.....	131
Section 2 – Un mécanisme spécifique au droit anglais : l' <i>undue influence</i>	132
§ 1 – L'exercice illégitime d'une influence sur le cocontractant.....	132
A) L'existence d'une influence sur le contractant.....	132
1) Le cas général : l' <i>actual undue influence</i>	132
2) La présomption de l'existence d'une influence fondée la relation de particulière confiance entre les contractants	134
a) Une relation présumée de particulière confiance : une présomption irréfragable d'influence.....	135
b) Une relation avérée de particulière confiance : une présomption réfragable d'influence	137
B) L'exercice illégitime de l'influence	140
1) L'exercice illégitime de l'influence dans le cas général de l' <i>actual undue influence</i>	140
2) L'exercice illégitime de l'influence dans un cas de présomption.....	141
§ 2 – L'incidence de l' <i>undue influence</i> sur le contrat	143
A) Un contrat en principe <i>voidable</i>	143
B) L'exception de la compensation	145
Conclusion du Chapitre 1	147
Chapitre 2 – Le contrôle de la licéité du contenu du contrat	149
Section 1 – Des définitions comparables de l'illicéité du contenu du contrat	149
§ 1 – Une moralisation de la vie contractuelle contrôlée par les juges nationaux.....	149
A) L'influence importante des juges sur les outils de contrôle de licéité du contenu du contrat .	150
1) L'identité de fonction de l'ordre public et des bonnes mœurs en droit français	150
2) Une notion unique de <i>public policy</i> en droit anglais.....	155
B) Un contrôle dissemblable de la licéité du contrat.....	158
1) Une notion d'ordre public judiciaire étendue en France.....	158
2) Une notion d'ordre public judiciaire restreinte en Angleterre.....	164
§ 2 - Une moralisation de la vie contractuelle par le contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux	174
Section 2 – Des sanctions divergentes de l'illicéité du contenu du contrat	187
§ 1 – La sanction commune de l'absence d'effets juridiques du contrat illicite	188
A) L'absence d'effets juridiques du contrat illicite en France et en Angleterre.....	188
1) Une absence d'effets constatée par le juge français et le juge anglais	188
a) Le prononcé de la nullité du contrat par le juge français	188
b) Le prononcé de l' <i>unenforceability</i> du contrat par le juge anglais	199
2) La possible renonciation de la partie protégée à la nullité du contrat en droit français	204
B) L'absence d'effets juridiques d'une seule clause contractuelle	208

§ 2 – Le principe du retour au <i>statu quo ante</i> reconnu en droit français, écarté en droit anglais	210
A) Le principe des restitutions en droit français : un principe nuancé.....	210
B) Le principe du rejet des restitutions en droit anglais : un principe tempéré	217
Conclusion du Chapitre 2	221
Conclusion du Titre 1	225

Titre 2 – La détermination partagée du sens du contrat : le respect commun de la volonté déclarée des parties..... 227

Chapitre 1 – La méthode d’interprétation objective : l’attachement à la teneur littérale, une méthode reine du droit anglais adaptée par le droit français..... 233

Section 1 - L’action des parties sur l’interprétation judiciaire du contrat

§ 1 - L’interprétation judiciaire évincée : une place différenciée de la lettre sur l’esprit

A) La sanction de l’interprétation de l’acte clair : le contentieux marginal de la dénaturation ...

1) La théorie de l’acte clair

a) La définition de l’acte clair

i) Les critères multiples de la notion de clarté

ii) Le contrôle de la notion de clarté

b) La caractérisation de la dénaturation

2) Une méthode de lecture littérale rarement mise en œuvre

B) L’interprétation littérale par le juge anglais : le principe d’une méthode objective d’interprétation.....

1) Une interprétation portant sur le seul *instrumentum* : le principe de la *parol evidence rule*
259

2) La prévalence du « *sens clair et évident* » des termes de l’*instrumentum* : la préservation des attentes raisonnables des contractants

§ 2 - L’interprétation judiciaire encadrée : le cantonnement de l’office du juge.....

A) Les clauses d’interprétation : une entrave *a priori* au pouvoir d’interprétation du juge.....

1) L’efficacité de l’entrave des parties sur l’interprétation judiciaire.....

2) Une entrave polymorphe.....

a) L’exclusion de l’exercice du pouvoir d’interprétation du juge.....

i) La clause de définition

ii) La clause de traduction.....

b) La réduction du pouvoir d’interprétation du juge

i) La clause de non-renonciation.....

ii) La clause d’intégralité

B) L’avenant interprétatif : une entrave *a posteriori* au pouvoir d’interprétation du juge.....

Section 2 - Des outils d’interprétation communs issus de la méthode objective

§ 1 - Le recours à des standards objectifs : la recherche d’une volonté contractuelle normale

A) Le recours au standard de la personne raisonnable.....

1) Une place inégale parmi les outils d’interprétation

a) Le juge français et la personne raisonnable : une règle d'interprétation subsidiaire fondée sur une recherche de volonté vraisemblable	285
b) Le juge anglais et la personne raisonnable : un principe d'interprétation impérieux au service d'une recherche de volonté normale.....	292
2) Une crainte inégale d'un potentiel d'élargissement du pouvoir du juge	298
a) Le standard de la personne raisonnable, facteur d'élargissement de l'office du juge : la mise en œuvre de l'interprétation créatrice	299
b) Le standard de la personne raisonnable, facteur de limitation de l'office du juge : l'harmonisation de l'interprétation	303
B) Le recours à l'usage supplétif.....	306
1) Les suites données aux conventions par l'usage.....	307
2) <i>L'implied term by custom or usage</i>	308
§ 2 - L'interprétation selon la qualité d'une des parties : l'abandon de la recherche de la volonté contractuelle.....	311
A) Une faculté d'abandon subsidiaire de la recherche de la volonté contractuelle réelle en droit commun	312
1) L'interprétation en faveur du débiteur dans le contrat de gré à gré.....	312
2) L'interprétation <i>contra proferentem</i> d'une clause imposée par l'une des parties.....	315
B) Une obligation d'abandon de la recherche de la volonté contractuelle réelle en droit spécial	318
1) L'interprétation <i>in favorem</i> imposée dans les contrats d'exploitation des droits d'auteur : une protection dérogatoire de l'auteur de l'œuvre.....	319
2) L'interprétation <i>contra proferentem</i> imposée : un rééquilibrage du contrat sous couvert d'interprétation.....	321
a) L'exigence spécifique de clarté du contrat	321
i) L'exigence spécifique de clarté à la charge du vendeur imposée par le droit français	321
ii) L'exigence spécifique de clarté à la charge du professionnel imposée par le droit de l'Union.....	322
b) L'interprétation <i>contra proferentem</i> comme sanction du défaut de clarté.....	328
i) L'interprétation <i>contra proferentem</i> imposée au juge français dans le contrat de vente	329
ii) L'interprétation <i>contra proferentem</i> imposée aux juges français et anglais par le droit de l'Union dans les contrats de consommation.....	330
Conclusion du Chapitre 1	337
Chapitre 2 – La méthode d'interprétation subjective : la recherche de la volonté réelle, une méthode reine du droit français source d'inspiration du droit anglais	343
Section 1 : La recherche de la volonté contractuelle réelle aux fins d'interprétation du contrat	343
§ 1 - L'abandon progressif du littéralisme comme principe d'interprétation : un rapprochement théorique marqué.....	345
A) Le principe de l'interprétation subjective française.....	345
1) L'attention portée aux termes de l' <i>instrumentum</i>	346

2)	L'attention portée à un faisceau d'éléments concordants extrinsèques.....	349
B)	La naissance de la <i>contextual approach</i> anglaise	352
1)	Une méthode assouplie d'interprétation du contrat : la recherche de l'efficacité du contrat 354	
2)	La redéfinition du caractère objectif de la méthode d'interprétation : la personne raisonnable placée dans le contexte de conclusion du contrat	360
§ 2 -	L'examen d'éléments extrinsèques : une convergence pratique nuancée.....	375
A)	Des éléments extrinsèques examinés par les juges français et anglais : des convergences vers une méthode d'interprétation subjective	375
1)	La place inégale des négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation ...	376
a)	L'examen systématique des négociations précontractuelles par le juge français	377
b)	Le refus de principe de l'examen des négociations précontractuelles par le juge anglais	378
2)	Une possible harmonisation de la place des négociations précontractuelles dans le processus d'interprétation.....	384
a)	Les exceptions à l'exclusion de l'examen des négociations précontractuelles	384
b)	La pertinence d'une prise en compte des négociations précontractuelles	387
i)	L'incohérence procédurale du principe de refus de l'examen des négociations précontractuelles	388
-	La prise en compte des négociations précontractuelles en matière de <i>rectification</i>	388
-	La prise en compte des négociations précontractuelles en matière de formation du contrat	388
ii)	La pertinence de l'examen des négociations eu égard à l'office du juge	390
B)	Des éléments extrinsèques propres au droit français : la force de la différence des cultures juridiques	392
1)	Le comportement subséquent des parties : un élément éclairant la volonté <i>a posteriori</i> ...	393
2)	Les contrats extérieurs à l' <i>instrumentum</i> interprété	396
a)	Les actes du même ensemble contractuel : l'interdépendance des contrats	397
b)	Les actes étrangers à l'ensemble contractuel	398
Section 2 -	La disparition de la <i>parol evidence rule</i> : le désaveu d'une conception purement objective du contrat.....	400
§ 1 -	La clause d'intégralité : un retour incertain à la <i>parol evidence rule</i>	400
A)	Un remède à l'imprévisibilité de l'interprétation	401
B)	Un remède en partie privé d'efficacité	411
1)	La <i>reliance</i> d'une partie sur le comportement de l'autre	411
a)	L'existence de stipulations contraignantes hors de l' <i>instrumentum</i>	412
b)	<i>L'equitable estoppel</i> : l'échec de la clause d'intégralité en raison de l'équité	416
2)	<i>L'implied term in fact</i>	419
§ 2 -	La <i>rectification</i> , réécriture du contrat en adéquation avec la volonté contractuelle réelle : un assouplissement de la <i>parol evidence rule</i>	424
A)	La <i>rectification</i> de l' <i>instrumentum</i> sur le fondement d'une intention commune antérieure : un	

mécanisme faussement objectif.....	426
1) L'expansion contrôlée de la <i>rectification</i> d'une <i>common mistake</i>	427
a) Un mécanisme d'inspiration subjective : l'importance de l'intime conviction du juge ..	428
i) Un mécanisme qualifié d'objectif	429
ii) Un mécanisme empreint d'appréciation subjective.....	434
b) Un mécanisme assorti d'un standard probatoire élevé : le cantonnement de la modification de l' <i>instrumentum</i> à des hypothèses isolées	444
2) La rare rectification d'une <i>unilateral mistake</i> : le respect d'une loyauté contractuelle	446
B) Le champ d'application résiduel de la <i>rectification</i>	453
1) Le développement d'une notion voisine concurrente : l'interprétation correctrice	453
2) La persistance d'une différence de régimes juridiques	456
a) La place inégale des éléments extrinsèques	456
i) Une différence contestable dans la prise en compte des éléments extrinsèques.....	458
ii) La confusion engendrée par la réalité procédurale	460
b) L'inégale modification matérielle de l' <i>instrumentum</i>	463
Conclusion du Chapitre 2	465
Conclusion du Titre 2	469
Conclusion de la Partie 1	471

DEUXIÈME PARTIE - LE JUGE GARANT DE LA JUSTICE CONTRACTUELLE : LE CONTRAT, CHOSE DES PARTIES ET DU JUGE..... 473

Titre 1 – La détermination judiciaire du contenu du contrat : le contrat comme *negotium*, chose des parties et du juge..... 477

Chapitre 1 – L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat initialement déséquilibré	479
Section 1 – L'anéantissement du contrat excessivement déséquilibré.....	479
§ 1 - Le refus initial commun de l'immixtion judiciaire dans le contenu contractuel.....	480
A) Un principe commun d'absence de contrôle judiciaire de l'équivalence des prestations	480
B) L'exigence commune de l'existence d'une contrepartie comme garantie d'un équilibre contractuel minimal	487
§ 2 - L'inégale constance du refus de l'immixtion judiciaire dans le contenu contractuel.....	489
A) L'élargissement inégal du contrôle judiciaire de l'équivalence	489
1) L'élargissement inégal de la cause du contrat et de la <i>consideration</i>	491
2) L'anéantissement du contrat en raison d'une clause abusive	500
B) Les mécanismes de contrôle de l'équivalence propres au juge français.....	503
1) La lésion, un outil inexistant en droit anglais	503
2) L'abus dans la fixation du prix.....	508
3) L'engagement disproportionné du débiteur	517
Section 2 – La réécriture du contrat en vue de l'équilibre des prestations	524
§ 1 - La réécriture du contrat par l'ajout d'obligations implicites	524

A)	Les fondements de l'obligation implicite : l'objectif de justice contractuelle	528
1)	La découverte d'obligations implicites sur le fondement de l'équité et de la bonne foi....	528
2)	Les <i>terms implied in law</i> découverts sur le fondement de la <i>fairness</i>	549
B)	L'analyse de l'obligation implicite : la réécriture du contrat	573
§ 2 -	La réécriture du contrat par la modification d'obligations existantes.....	577
A)	Le contrôle judiciaire du prix excessif par rapport à la prestation convenue.....	578
B)	L'intervention judiciaire en matière de clauses pénales.....	590
1)	La révision du montant de la clause pénale par le juge français	591
2)	L'anéantissement des clauses pénales sur le fondement de l'absence d'intérêt légitime par le juge anglais.....	598
a)	La requalification de la « <i>liquidated damages clause</i> » en « <i>penalty clause</i> » par le juge anglais.....	599
b)	Le rare anéantissement des clauses pénales	605
C)	Le rééquilibrage économique du contrat par la suppression des clauses abusives	611
1)	L'évaluation judiciaire du déséquilibre significatif.....	611
a)	L'appréciation du déséquilibre significatif en matière consumériste	612
b)	L'extension de l'office du juge français en matière de clauses abusives	626
2)	L'analyse de la sanction du « réputé non écrit » et de la nullité d'une clause : une réécriture du contrat.....	635
Conclusion du Chapitre 1		643
Chapitre 2 – L'intervention judiciaire sur le contenu du contrat devenu déséquilibré		647
Section 1 – L'anéantissement du contrat devenu déséquilibré.....		647
§ 1 - L'anéantissement du contrat déséquilibré par des circonstances extérieures.....		647
A)	L'intervention peu fréquente du juge français : la force majeure	647
1)	La force majeure mise en œuvre par le juge	648
2)	La force majeure définie par les parties	655
B)	La rare intervention du juge anglais : la <i>frustration</i>	657
1)	Un remède à la disparition d'un élément essentiel du contrat.....	657
2)	Un remède au changement de circonstances rendant impossible l'exécution initialement envisagée.....	659
§ 2 - L'anéantissement du contrat déséquilibré par l'inexécution contractuelle		670
A)	L'appréciation du bien-fondé de la résolution du contrat pour manquement suffisamment grave	670
B)	L'appréciation du bien-fondé de la <i>termination for breach</i>	679
1)	La qualification de la <i>condition</i> , stipulation essentielle du contrat	680
2)	La caractérisation d'un « <i>fundamental breach</i> » des promesses contractuelles	687
Section 2 – La survie du contrat réécrit par le juge		692
§ 1 - La réécriture du contrat déséquilibré par des circonstances extérieures		692
A)	Une restriction initiale de l'office des juges français et anglais en matière de circonstances imprévues.....	692

1)	Le refus inégalement infléchi de l'intervention judiciaire	692
a)	Un refus fondé sur l'intangibilité du contrat	693
i)	Le rejet initial de la théorie de l'imprévision	693
ii)	La règle du « <i>loss lies where it falls</i> »	695
b)	Les premiers infléchissements du rejet de la révision judiciaire du contrat.....	699
i)	Les tempéraments législatifs	700
ii)	Les tempéraments jurisprudentiels	700
2)	Les solutions contractuelles en cas de changement de circonstances	708
a)	Les clauses de renégociation.....	709
i)	La clause de <i>hardship</i>	709
ii)	La clause de <i>benchmarking</i>	714
b)	Les clauses de maintien de valeur.....	715
B)	Une intervention inégale en cas de bouleversement de l'économie du contrat en cours d'exécution.....	717
1)	L'intervention substantielle du juge français : le choix de la révision ou la fin du contrat	718
a)	L'évaluation du bien-fondé de la demande de renégociation	718
i)	L'appréciation du caractère imprévisible des circonstances survenues postérieurement 720	
ii)	L'appréciation du caractère excessivement onéreux de l'exécution.....	724
iii)	L'absence d'éviction conventionnelle	727
b)	Le pouvoir de révision du contrat : la survie d'un contrat devenu chose des parties et du juge 733	
i)	Le pouvoir de révision du contrat : la survie d'un contrat devenu chose des parties et du juge	733
ii)	Le pouvoir de résolution du contrat : la fin du contrat à l'encontre de la volonté de l'une des parties	740
2)	L'impossible révision du contrat par le juge anglais.....	742
§ 2 -	La réécriture du contrat déséquilibré par l'inexécution contractuelle.....	743
	Conclusion du Chapitre 2	749
	Conclusion du Titre 1	751

Titre 2 – Le cadre de la mise en œuvre de la justice contractuelle : le contrat comme objet du litige, chose des parties et du juge 755

Chapitre 1 –	La maîtrise renouvelée du procès contractuel par les parties : un juge départiteur.....	759
Section 1 –	Un principe traditionnel : la maîtrise du litige par les parties	759
§ 1 –	La définition de l'objet du litige par les parties	759
A)	Le principe de la définition de l'objet du litige par les parties	759
1)	L'objet du litige en droit français.....	760
2)	La <i>cause of action</i> en droit anglais	766
B)	La véritable fonction de la définition de l'objet du litige	781

§ 2 – La maîtrise des faits par les parties	788
A) L’allégation de faits entre les mains des parties.....	789
B) Le rôle des parties et du juge en matière probatoire	793
Section 2 – Un phénomène moderne : la contractualisation du procès et du litige.....	813
§ 1 – La contractualisation du procès, les conventions relatives à l’exercice de l’action en justice	814
A) L’exercice dans le temps de l’action en justice.....	814
B) L’exercice dans l’espace de l’action en justice	819
§ 2 – La contractualisation du litige, les conventions relatives au droit	826
Conclusion du Chapitre 1	835
Chapitre 2 – La maîtrise renforcée du procès contractuel par le juge : un juge acteur	837
Section 1 - Un rôle dynamique proposé au juge	837
§ 1 - Un rôle dynamique sur la preuve du fait : la détermination des mesures d’instruction	837
A) La décision portant sur la mesure d’instruction sollicitée par le justiciable	838
1) Un office du juge français étendu en matière de mesures d’instruction	838
2) Une liberté limitée dans l’octroi de la mesure d’instruction	846
B) La faculté d’ordonner d’office des mesures d’instruction	848
1) Une faculté en principe octroyée au juge français	848
2) Une faculté en principe refusée au juge anglais.....	855
§ 2 – Un rôle dynamique sur le droit : la faculté de relever d’office les moyens de droit en droit commun	858
A) Des formulations dissemblables de l’office du juge en matière de droit	859
1) Le droit, le domaine privilégié du juge en France	859
2) Le droit, le domaine privilégié des parties en Angleterre	868
B) Une inégale faculté de relever d’office les moyens de droit.....	870
1) Une faculté accordée aux juges français et refusée aux juges anglais	870
a) Une faculté étendue en droit français.....	871
b) Une faculté réduite en droit anglais	878
2) Une faculté exercée dans le respect du principe du contradictoire	881
Section 2 – Un rôle dynamique imposé au juge	887
§ 1 – L’obligation de requalification des faits et actes litigieux.....	887
A) Des divergences quant à l’obligation judiciaire de requalification.....	887
1) La requalification par le juge français : une étape obligatoire	887
2) La requalification par le juge anglais : une question posée par les parties	896
B) L’exemple de la requalification du contrat litigieux	897
§ 2 – L’obligation de relever d’office les moyens d’ordre public	904
A) Le relevé d’office d’un moyen d’ordre public procédural.....	907
1) Les exceptions de procédure d’ordre public	907
2) Les fins de non-recevoir d’ordre public.....	910
B) Le relevé d’office d’un moyen d’ordre public substantiel.....	913
1) L’office du juge en l’absence d’un fondement juridique présenté par le plaideur	913

2) L'office du juge en présence d'un fondement juridique présenté par le plaideur	916
a) Le relevé d'office d'un moyen tiré du droit commun	916
b) Le relevé d'office d'un moyen tiré du droit de la consommation	922
Conclusion du Chapitre 2	931
Conclusion du Titre 2	935
Conclusion de la Partie 2	939
Conclusion générale	943
Tableau des équivalents fonctionnels	951
Bibliographie	953
Index thématique	1117
Table des matières	1125