

# DOSSIER

## RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS : LE DÉBAT

**L**a réforme de la théorie générale du contrat dans le Code civil s'annonce, même si l'on ne sait pas encore, à l'heure où nous écrivons ces lignes, si elle prendra la voie de l'ordonnance ou celle du débat parlementaire. Aucune révolution en perspective, mais des évolutions significatives de nature à changer assez profondément l'esprit du droit

commun. Un débat d'idées est nécessaire. Le voici lancé. Six thèmes ont été retenus, animés par un « duel » d'auteurs pour chacun d'eux, afin que le lecteur puisse saisir les enjeux de cette réforme.

Par **Laurent Aynès**,  
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne  
(Paris I)

### La cause

POUR QUE SURVIVE LA CAUSE,  
EN DÉPIT DE LA RÉFORME !

PAR DENIS MAZEAUD.....38

LA CAUSE, INUTILE ET DANGEREUSE

PAR LAURENT AYNÈS.....40

### La promesse

LA PROMESSE UNILATÉRALE ET LE PACTE  
DE PRÉFÉRENCE DANS LE PROJET  
D'ORDONNANCE DE RÉFORME DU DROIT  
DES OBLIGATIONS

PAR BERTRAND FAGES.....42

PROMESSE UNILATÉRALE ET PACTE  
DE PRÉFÉRENCE : DES DÉFINITIONS  
INOPÉRANTES

PAR DANIEL MAINGUY.....44

### La violence économique

VIOLENCE ÉCONOMIQUE OU ABUS  
DE FAIBLESSE ?

PAR JEAN-PASCAL CHAZAL.....47

LE VICE DU CONSENTEMENT POUR  
CAUSE DE VIOLENCE ÉCONOMIQUE

PAR HUGO BARBIER.....50

### Les clauses abusives

CLAUSES ABUSIVES : POUR  
UNE EXTENSION DU DOMAINE  
DE LA LUTTE

PAR NICOLAS DISSAUX.....53

LES CLAUSES ABUSIVES :  
ON ATTENDAIT GROUCHY...

PAR PHILIPPE STOFFEL-MUNCK.....56

### L'exécution forcée

DU « COÛT MANIFESTEMENT  
DÉRAISONNABLE »

À LA RECONNAISSANCE  
D'UN « DROIT D'OPTION »

PAR DANIEL MAINGUY.....60

CONTRE L'INTRODUCTION DU « COÛT  
MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE »  
COMME EXCEPTION À L'EXÉCUTION  
FORCÉE EN NATURE

PAR THOMAS GENICON.....63

### La résolution unilatérale

LA RÉOLUTION PAR NOTIFICATION :  
QUESTIONS EN SUSPENS

PAR PHILIPPE STOFFEL-MUNCK.....67

LA HIÉRARCHIE INVERSÉE DES MODES  
DE RÉOLUTION DU CONTRAT

PAR PIERRE-YVES GAUTIER.....70

## LA CAUSE

### POUR QUE SURVIVE LA CAUSE, EN DÉPIT DE LA RÉFORME!

LE COMPROMIS QUI CONSISTE, DANS LE PROJET, À SUPPRIMER FORMELLEMENT LA CAUSE TOUT EN PRÉCISANT ET EN MAINTENANT SES FONCTIONS, NE SATISFERA NI SES DÉFENSEURS, NI SES DÉTRACTEURS.



PAR DENIS MAZEAUD,  
PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS

**L**e discours auquel on essaiera d'apporter amicalement la contradiction est donc celui selon lequel la cause est le signe et la source de tous les maux contractuels. Signe de la défiance à l'égard de la liberté contractuelle qu'elle corromprait à force de la canaliser et de l'entraver. Source d'insécurité juridique, parce que mise depuis quelques décennies à toutes les sauces, et devenue, dès lors, un obstacle récurrent et fatal pour l'efficacité de contrats et de clauses pourtant librement conclus et conçus.

La critique n'est pas seulement excessive, car la cause n'est pas le fossoyeur de volontés contractuelles pures et dynamiques, enterrées dans un cimetière surpeuplé par des juges trop vertueux et déconnectés des réalités économiques, elle est excessive et injuste.

Cantonnée à la seule cause objective (1), le contrôle de celle-ci n'emporte, en effet, pas une atteinte intolérable à la liberté contractuelle, pas plus

qu'elle ne fragilise immodérément la stabilité contractuelle.

Simplet, il convient de s'entendre sur le sens que les juristes accordent à la notion de liberté contractuelle. S'il s'agit d'un sauf-conduit délivré à tous les individus pour réaliser leurs projets économiques. S'il s'agit d'une liberté échevelée à un point tel qu'elle ne suppose et ne supporte aucun contrôle, et qu'elle peut déployer des effets indépendamment de la structure du contrat, des effets qu'il emporte, de la nature des prestations que les contractants doivent exécuter, de la substance des droits et des obligations créés par l'union de leurs volontés «libres et joyeuses», des éléments objectifs et subjectifs qui les composent, de l'équilibre des pouvoirs et des prérogatives que les clauses confèrent aux parties, alors effectivement la cause constitue un frein critiquable à la liberté contractuelle, car elle peut conduire à la neutraliser et à empêcher que le projet contractuel se réalise, alors que les volontés se sont accordées sur son objet et se sont entendues sur son objectif.

Mais si on considère que la liberté contractuelle ne peut mener à l'effectivité du projet économique dont le contrat constitue le support juridique qu'à la condition qu'elle soit lucide, li-

bre, réelle, sérieuse et rationnelle, alors la cause, au même titre que d'autres notions, a son mot à dire, et doit constituer un rempart contre son dévoiement et ses abus. Puisque la capacité protège déjà les contractants les plus vulnérables, que la lucidité et la liberté du consentement sont assurées par la théorie des vices du consentement, que l'objet assure que le contrat ait bien une matière, il reste à la cause à jouer le rôle consistant à garantir la rationalité des engagements respectifs des contractants. En somme, au regard du principe de liberté contractuelle, l'exigence de cause de l'engagement souscrit par chaque contractant ne saurait provoquer de réaction négative, si on admet, du moins, qu'en matière de contrat l'encadrement de la liberté contractuelle, fruit des dispositions et décisions créées depuis des lustres par le législateur et la Cour de cassation, conduit à une liberté réelle, parce que lucide, réfléchie et rationnelle, et pas seulement à une liberté purement virtuelle, parce que se déployant indépendamment de la moindre contrainte.

Classiquement entendu, le rôle de la cause est conçu de telle manière que la liberté et la sécurité contractuelles ne ressortent pas affectées de sa mise en œuvre. En bref, il réside, pour garantir la rationalité de l'engagement contractuel, dans la protection de l'intérêt privé de chaque contractant contre les seuls déséquilibres structurels. En clair, il ne s'agit donc pas de protéger un contractant contre un déséquilibre économique qui le place dans une situation financière délicate, parce qu'il

#### NOTES

(1) On ne dira mot dans ce propos, en accord avec notre contradicteur, de la cause subjective.

a mal négocié son contrat ou parce que son partenaire a été plus habile que lui dans la défense de ses intérêts. Il s'agit uniquement de garantir la rationalité de son engagement, en soumettant la validité de celui-ci à l'exigence d'une contrepartie, indépendamment de toute équivalence économique avec la contrepartie en question.

Cette appréhension de la notion de cause et l'identification de sa fonction qui en résulte permettent non seulement de comprendre qu'un engagement est privé de cause lorsque, dès sa conclusion, la contrepartie légitimement attendue est illusoire ou dérisoire, mais encore de rassurer tous ceux qui croient encore que la cause est un danger pour le contrat et l'archipel de clauses qui le composent. La cause n'est pas une arme dont le juge, jouant les justiciers, dispose, au gré de son sens de l'équité, pour protéger les contractants contre les déséquilibres contractuels économiques, contre les mauvaises affaires réalisées par des personnes incompetentes ou insouciantes. C'est seulement un instrument de régulation contractuelle qui assure la rationalité des engagements, dépourvus *ab initio* de toute raison d'être.

Il est vrai, et la critique de la cause se renforce, que, depuis la toute fin du xx<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence a étendu le rôle de la cause de façon assez spectaculaire. Pour s'en tenir à l'essentiel, la Cour de cassation a, d'une part, amplifié le rôle de la cause dans le temps<sup>(2)</sup>. En raison de son rôle, parce qu'elle est une condition de validité du contrat, son existence devrait n'être contrôlée qu'au stade de la formation du contrat. Mais, et tel est l'apport jurisprudentiel en question, lorsque l'engagement contractuel est à exécution successive et qu'il a été souscrit en considération d'une contrepartie dont le maintien constitue, dans l'esprit des parties, la raison d'être de son exécution, la disparition ultérieure de cette contrepartie emporte la caducité du contrat. Avec cet arrêt, la cause est donc aussi, pour certains contrats, une condition de leur pérennité. D'autre part, la Cour de cassation<sup>(3)</sup> a décidé qu'au nom de la cause doivent être supprimées les clauses limitatives de réparation qui contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur,



parce qu'elles fixent un plafond de réparation dérisoire, au point qu'elles privent de toute sanction réelle le manquement contractuel. Ce faisant, la Cour ne prend d'ailleurs guère de distances avec la vision classique de la cause, telle que précédemment décrite. En effet, les clauses de responsabilité qui sont ainsi neutralisées sont celles qui ôtent de toute sanction et de force obligatoire l'engagement contractuel essentiel du débiteur, le privent ainsi d'objet et donc, corrélativement, privent de cause celui de son créancier.

Même si ces évolutions ont fait couler beaucoup d'encre, il serait excessif de soutenir qu'elles ont emporté une métamorphose telle de la notion de cause, que celle-ci constitue désormais l'ennemi juré de la liberté et de la sécurité contractuelles.

Pourtant, la critique anti-causaliste a manifestement séduit les auteurs du projet de réforme du droit français des contrats, objet de ce dossier de la revue *Droit & patrimoine*, puisqu'ils ont opté pour sa «disparition», tout en précisant, sans doute pour rassurer le bon peuple contractuel, que cette disparition programmée serait compensée grâce à la «*précision et (au) maintien de ses différentes fonctions correctrices et régulatrices*». En clair, dans le projet, la notion de cause passe à la trappe, mais ses fonctions sont maintenues et préservées...

Avouons-le, un tel parti pris, un pareil compromis, laisse vraiment perplexe,

d'autant plus que, effectivement, l'examen des règles du projet révèle que le rôle joué par la cause en droit positif, que ce soit classiquement (protection de l'intérêt privé contre les déséquilibres structurels) ou récemment (protection contre les clauses de responsabilité abusives), est bel et bien maintenu, du moins pour l'essentiel. Mais le rôle de la cause perdure dans des règles dans lesquelles la notion dont elles sont l'expression, l'incarnation, n'apparaît pas...

Tant et si bien qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que la suppression du mot «cause»... La réforme serait donc purement formelle... Des mots, des mots...

On present alors que le choix, purement formel, des auteurs du projet de réforme s'inscrit dans une perspective politique autrement plus ambitieuse. Précisément, il s'agit de maintenir le

#### NOTES

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2008, Defrénois 2009, art. 38916, obs. R. Libchaber, JCP G 2009, II, 10000, obs. D. Houtcieff, RDC 2009, p. 49, RTD civ. 2009, p. 118, obs. B. Fages.

(3) Contrats, conc., consom. 2010, chron. 220, obs. L. Leveneur, D. 2010, p. 1832, Dr. & patr. 2011, n° 200, obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier, et p. 1253, obs. O. Deshayes, RTD civ. 2010, p. 555, obs. B. Fages.

droit français au rang qui doit être le sien dans le concert contractuel européen. Chacun sait, en effet, qu'aucun *opus* européen, qu'il soit de facture purement académique (Lando, Gandolfi, von Bar) ou de nature institutionnelle (proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente), ne comporte la moindre allusion à la notion de cause. Et ce rejet de la cause n'a rien d'anecdotique, il procède d'un choix de politique juridique. Beaucoup de juristes européens affirment et affichent, en effet, leur antipathie pour cette notion complexe, désuète et liberticide, et lui préfèrent des règles et notions plus modernes et plus appro-

priées en termes de liberté, de sécurité et de justice contractuelles. En bref, la notion de cause doit disparaître et céder sa place à la protection généralisée contre les clauses abusives et à l'abus de faiblesse. On précisera que, ceci expliquant cela, les auteurs du projet de réforme ont succombé aux sirènes européennes et qu'en même temps qu'ils effaçaient la cause de notre arsenal contractuel national, ils ont intégré dans le Code civil de « demain » une règle de protection générale contre les clauses abusives et l'abus de faiblesse.

Pour être dans le vent européen, le projet français a donc sacrifié la cause, no-

tion complexe, désuète, liberticide, déstabilisante (j'en passe et des pires), dans une mesure que seul le futur contractuel permettra vraiment d'apprécier.

Il est permis de penser qu'il est dommage de se débarrasser, fût-ce formellement, d'une notion qui, outre qu'elle avait fait ses preuves, d'une part, garantissait la réalité de l'engagement contractuel en le soumettant à une exigence de rationalité, et, d'autre part, assurait sa vitalité, en évitant que l'obligation qui en constituait la contrepartie soit une simple illusion... perdue...

## LA CAUSE, INUTILE ET DANGEREUSE

LA THÉORIE DE LA CAUSE EST INUTILE SI ELLE EST APPLIQUÉE AVEC RIGUEUR. ELLE EST DANGEREUSE LORSQU'ELLE NE L'EST PAS.



PAR LAURENT AYNÈS,  
PROFESSEUR À L'ÉCOLE  
DE DROIT DE LA SORBONNE  
(PARIS I)

« **L**a cause est célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles ». André Rouast entamait ainsi le compte-rendu du livre de Henri Capitant, à la *Revue trimestrielle de droit civil*, en 1923. Presque un siècle après, les choses n'ont pas beaucoup changé, en dépit des milliers de pages consacrées à la cause et à l'article 1131 du Code civil.

En raison de cette obscurité indépensable, la cause est une auberge espagnole dont le seul mérite est d'ouvrir au débiteur récalcitrant une occasion supplémentaire de revenir sur son engagement. Elle n'a pas sa place dans un système juridique fondé sur l'autonomie de la volonté. Seul un doute fonda-

mental sur la valeur de la volonté, le doute de Domat et de Pothier, marqués par le jansénisme, peut expliquer la carrière qu'a connue en droit français la règle selon laquelle l'obligation doit non seulement avoir été voulue par le débiteur, mais encore répondre à une cause; c'est-à-dire avoir une justification objective. La cause n'ayant pas besoin d'être exprimée, le débiteur pourra, par hypothèse *a posteriori*, montrer que, bien qu'il l'ait voulu, son engagement n'était pas justifié en raison. Pourquoi donc le juge ou l'arbitre devrait-il *a posteriori* évaluer la rationalité de l'acte de volonté d'un individu capable, éclairé et libre? La possibilité de ce contrôle débouchant sur la nullité du contrat, même si, en fait, les nullités pour absence de cause sont assez rares, suffit à ébranler la confiance que l'on peut avoir dans l'engagement d'autrui lorsqu'il est gouverné par le droit français. Ce handicap affectant le droit français doit disparaître, parce qu'il n'est pas justifié.

La cause de l'obligation contractuelle est l'engagement du débiteur. Cet en-

gagement a lui-même une cause : dans le passé (contrats de restitution) ou dans l'avenir (contrats synallagmatiques). Si cette cause n'existe pas réellement – par exemple, les fonds n'ont pas été remis à celui qui s'engage à les rembourser, ou le cocontractant ne prend en réalité aucun engagement – et si le débiteur ne le sait pas, sa volonté est inefficace car son consentement est erroné. Mais s'il le sait et entend néanmoins s'engager, il n'y a aucune raison de priver sa volonté d'effets. Le système français qu'expriment les articles 1108 et 1131 du Code civil fait de la cause un élément distinct du consentement, tandis que la plupart des droits du monde en font un élément de l'acte de volonté. Le parti du droit français n'est pas nécessaire; il n'est pas utile; il est même nuisible.

Il n'est pas nécessaire. Un regard sur le monde, en particulier sur notre voisin allemand dont la législation est à la fois plus récente que le Code civil et plus marquée par son origine romaine, montre qu'un droit des contrats juste et efficace se passe sans difficulté d'un contrôle de la cause s'ajoutant à celui du consentement. L'histoire le confirme : le droit romain s'est progressivement dégagé du formalisme et a finalement affirmé que la volonté est la seule source de l'obligation conventionnelle sans autre soutien, la « *causa* » romaine s'identifiant, comme en droit allemand, à la justification du transfert de valeur – la cause des historiens et des physiciens, le pourquoi





d'un phénomène – et non à la cause finale du droit français. C'est essentiellement par méfiance à l'égard de la volonté que Domat suivi par Pothier ont inventé ce qui allait devenir les articles 1108 et 1131 du Code civil.

La cause n'est pas utile, car la plupart des injustices qu'elle est censé permettre de dénoncer peuvent être évitées plus efficacement et de manière plus prévisible par d'autres moyens. Ainsi, pour nous en tenir à ses applications les plus récentes, l'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires issue de la jurisprudence *Chronopost* relève d'une politique législative (par exemple, faut-il ou non transposer la prohibition des clauses abusives aux rapports entre professionnels?) ou de la cohérence du comportement. De même l'interdiction de la pratique des dates de valeur relève-t-elle d'une politique – législative ou professionnelle – de protection des usagers de la banque. L'interdépendance dans les groupes de contrats? Mais c'est une

question de terme extinctif ou de condition résolutoire implicites; et d'ailleurs la Cour de cassation n'a même pas utilisé la cause dans ses décisions récentes sur les locations financières. L'inutilité pour une société d'un contrat conclu avec son dirigeant? Mais c'est une question d'abus de biens sociaux. Une compréhension de l'erreur plus large que celle que propose l'article 1110 du Code civil pourrait aussi permettre de traiter les rares cas d'absence de cause à l'insu du débiteur... Au demeurant, les systèmes juridiques étrangers qui n'ont pas l'article 1131 du Code civil ne sont pas moins justes que le système français.

En revanche, l'article 1131 du Code civil fait peser sur le contrat une menace constante d'autant plus grave que la notion de cause n'est pas maîtrisable. Dans le temps : la cause doit exister au moment de l'engagement, mais elle doit persister; la jurisprudence a en effet admis la caducité du contrat pour disparition de la cause. Dans l'espace :

la tentation est permanente de faire glisser la cause de l'obligation vers la cause du contrat, c'est-à-dire l'utilité de celui-ci pour le débiteur (v. notamment les affaires de vidéocassettes). La combinaison de ces deux éléments conduit à affirmer qu'en droit français un contrat est nul lorsqu'il n'est pas ou plus avantageux pour le débiteur... Qui peut s'engager dans une telle perspective? Bien sûr, de savants interprètes écriront que cette manière de concevoir la cause n'est pas conforme à la conception initiale de la cause contrepartie, celle des *Lois civiles dans leur ordre naturel* de Domat. Mais cette cause-là est purement descriptive et inutile. La cause est suffisamment indéterminée pour se prêter à toutes les manipulations entre les mains de l'arbitre ou du juge, si l'on veut qu'elle serve à quelque chose.

Aussi doit-on se réjouir de la voir disparaître du projet de réforme du droit des contrats, qui marque ainsi sa confiance dans l'acte de volonté.

## LA PROMESSE

### LA PROMESSE UNILATÉRALE ET LE PACTE DE PRÉFÉRENCE DANS LE PROJET D'ORDONNANCE DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

UN EFFORT TRÈS APPRÉCIABLE POUR GARANTIR L'EFFICACITÉ DE CES DEUX AVANT-CONTRATS, UN EFFORT INUTILE POUR LES DÉFINIR, VOILÀ EN RÉSUMÉ L'APPORT DU PROJET D'ORDONNANCE. CET APPORT DEMEURE NÉANMOINS RELATIVEMENT LIMITÉ.



PAR BERTRAND FAGES,  
PROFESSEUR À L'ÉCOLE  
DE DROIT DE LA SORBONNE  
(UNIVERSITÉ PARIS 1)

Sur la promesse unilatérale et le pacte de préférence, le projet de réforme réalise un ajout car, à l'heure actuelle, le Code civil ne contient aucune disposition à leur sujet. Mais cet ajout reste relativement mesuré. Loin d'avoir cherché à codifier l'ensemble des règles jurisprudentielles en vigueur, les rédacteurs s'en sont tenus à un double objectif : définir ces deux avant-contrats (I) et garantir leur efficacité (II).

#### I - DÉFINITION DES DEUX AVANT-CONTRATS

Le projet d'ordonnance est, dans son ensemble, émaillé de très nombreuses

définitions, ce qui est regrettable d'un point de vue méthodologique : d'abord parce que la fonction d'un code n'est pas de servir de dictionnaire juridique (1), ensuite parce que l'art de la définition est difficile et risqué. S'agissant de la promesse unilatérale et du pacte de préférence, qui sont deux figures juridiques très utilisées en pratique, et cela dans des domaines et selon des modalités très variables, le recours à des définitions présente surtout l'inconvénient d'enfermer ces avant-contrats dans des moules juridiques rigides qui ne correspondent pas nécessairement aux attentes ou aux usages des acteurs de la vie des affaires.

Dans le projet, le pacte de préférence est défini comme « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». Bancale et grammaticale-

ment curieuse (d'un côté une partie non dénommée, de l'autre « son » bénéficiaire), cette définition oublie de dire que le pacte porte nécessairement sur un contrat déterminé. Elle est de surcroît imprécise (que veut dire « *traiter avec lui* » ?) et en décalage avec les variantes que connaît la pratique. En droit positif – et c'est une bonne chose –, l'absence de définition du pacte de préférence permet actuellement d'englober sous cette qualification générique des hypothèses aussi différentes que l'octroi d'une simple priorité (parfois appelée « droit de premier refus ») ou l'organisation d'un véritable mécanisme de préemption permettant au bénéficiaire d'acquiescer aux mêmes conditions que celles préalablement négociées avec un tiers (2). Il n'est pas certain que ce dernier cas de figure, pourtant très usuel en matière de titres sociaux, entre bien dans la définition retenue dans le projet.

La définition de la promesse unilatérale retenue dans le projet est la suivante. Elle est « *le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés* ». De façon très heureuse, les rédacteurs du projet se sont écartés du projet « Catala » qui définissait la promesse unilatérale comme celle par laquelle une partie promettait à une autre « *de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat* ». Comme nous l'avons souligné à l'époque, ce terme d'« exclusi-

#### NOTES

(1) V. plus généralement sur la place des définitions, G. Cornu, Les définitions dans la loi, in Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 77 ; M. Devinat, Les définitions dans les codes civils, Les Cahiers de Droit, vol. 46, nos 1-2, mars-juin 2005, p. 519.

(2) B. Fages, Lamy Droit du contrat.

«*vité*» n'était pas approprié à toutes les situations et notamment aux promesses d'achat de biens meubles consenties à une pluralité de bénéficiaires(3).

La définition retenue n'en reste pas moins perfectible.

Quitte à enfermer la promesse unilatérale dans une définition, mieux vaut partir de la situation du bénéficiaire pour bien faire ressortir, en la nommant, l'option qui lui est consentie et qui est la raison d'être de la promesse (4). Voilà d'ailleurs pourquoi le droit allemand, par exemple, parle de «*contrat d'option*» (*der Optionsvertrag*) au lieu de «*promesse*», tandis que la pratique des affaires, très pragmatique, raisonne toujours en se plaçant du côté du titulaire de l'option, auquel on aura, selon les cas, consenti un *call* (option d'achat) ou un *put* (option de vente) – deux termes anglais si expressifs et usuels qu'ils tendent, en matière de sociétés, à occulter la dénomination de «*promesse*», y compris dans les contrats soumis au droit français.

Mieux vaut aussi, dans la définition, exprimer sans détour que le promettant donne son consentement définitif au contrat(5).

La définition retenue dans le projet ne remplit aucune de ces deux exigences. Elle ne place pas l'option et le bénéficiaire au centre de la définition, puisqu'elle part du promettant; elle ne dit rien de l'engagement définitif de ce dernier(6). C'est dommage car une telle présentation aurait été en ligne avec les autres dispositions du projet, lesquelles, précisément, viennent conforter l'efficacité du droit d'option consenti au bénéficiaire.

## II - EFFICACITÉ DES DEUX AVANT-CONTRATS

Point très positif, le projet d'ordonnance entend garantir l'efficacité des deux avant-contrats, en commençant par celle de la promesse.

Tout de suite après la définition, deux alinéas disposent que, d'une part, «*la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du*

*contrat promis*» et, d'autre part, que «*le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*».

Ces deux précisions sont les bienvenues. La seconde qui, dans un contexte jurisprudentiel peu propice aux nullités, est de nature à dissiper tout doute sur la sanction encourue. Et surtout la première qui contredit directement une jurisprudence initiée par la troisième chambre civile en matière immobilière dans un célèbre arrêt du 15 décembre 1993(7) et malheureusement suivie par la Chambre commerciale en matière de droits sociaux(8). Les critiques qu'encourt cette jurisprudence sont connues. En concluant la promesse unilatérale, le promettant ne s'engage pas à maintenir une offre pendant un certain délai : il consent définitivement à un contrat dont tous les éléments sont déterminés et dont la formation ne dépendra plus, désormais, que de la levée de l'option. Son consentement est donc acquis dès la conclusion de la promesse; point n'est besoin de le réitérer, point n'est permis de le reprendre. Aussi n'y a-t-il pas lieu, lorsque l'option est régulièrement levée, de s'arrêter sur la circonstance que le promettant se serait entretemps rétracté. Il n'y a alors qu'une chose à faire : tenir cette rétractation pour inefficace et, si le bénéficiaire le demande, constater judiciairement que le contrat est formé. La solution retenue par le projet mérite donc d'être saluée.

L'efficacité du pacte de préférence est, quant à elle, affirmée dans une disposition précisant que «*lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu*». Hommage est donc ici rendu à une solution déjà admise par un arrêt de Chambre mixte du 26 mai 2006(9). Mais ceci avec une notable inflexion qui pourrait risquer de modifier les équilibres existants. Dans le projet, contrairement à ce qu'exige la Cour de cassation, le bénéficiaire désireux d'obtenir une mesure de substitution n'a pas à rapporter la preuve que le tiers connaissait son intention de se prévaloir du pacte : il lui suffit de dé-

montrer qu'il en connaissait l'existence.

Conscient d'avoir fait pencher la balance en défaveur du tiers, le projet, dans une disposition dont la rédaction n'est guère heureuse, reconnaît à ce dernier la faculté d'interroger le bénéficiaire sur l'existence du pacte en lui indiquant qu'à défaut de réponse il ne pourra plus solliciter sa substitution ou la nullité du contrat.

### NOTES

(3) B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, in La réforme du droit des contrats, Projets et perspectives, RDC 2006, p. 37 et s.

(4) V. B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 55 : «*Elle est la convention conférant à l'une des parties (appelée bénéficiaire) une option lui permettant de conclure à des conditions déterminées un contrat avec une autre (appelée promettant) qui, de son côté, donne déjà son consentement définitif à ce contrat*».

(5) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 sept. 2010, n° 09-13.345, Defrénois 2010, p. 2123, note L. Aynès, JCP G 2010, 1051, note G. Pillet, RDC 2011, p. 57, obs. Th. Genicon, RTD civ. 2010, p. 778, obs. B. Fages.

(6) Rapp. P. Puig, Négociation et avant-contrats, in La réforme du droit des contrats, Journal des sociétés, avr. 2014, n° 118, p. 16 et s., spécialement p. 19.

(7) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Bull. civ. III, n° 174, JCP G 1995, II, 22366, note D. Mazeaud, RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 2003, n° 02-14.459, RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 mars 2009, n° 08-12.237, Defrénois 2009, p. 1270, obs. R. Libchaber, Dr. & patr. 2009, n° 183, p. 84, obs. L. Aynès, RDC 2009, p. 995, obs. Y.-M. Laithier; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Gaz. Pal. 4 août 2011, n° 216, p. 15, note D. Houtcieff, Contrats, conc., consom. 2011, comm. 186, note L. Leveneur, D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud, D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy, Defrénois 2011, art. 40023, p. 1023, note L. Aynès, JCP E 2011, 1670, note Y. Placot, RLDC 2011/85, p. 3, Éditorial J. Mestre, RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages.

(8) Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526, Rev. sociétés 2012, p. 22, note B. Fages.

(9) Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque, RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.



## PROMESSE UNILATÉRALE ET PACTE DE PRÉFÉRENCE : DES DÉFINITIONS INOPÉRANTES

LA RÉFORME S'ENFERME DANS UN ENSEMBLE DE DÉFINITIONS ET RÉGIMES QUI, AU FINAL, POURRAIENT NE PAS CHANGER GRAND-CHOSE. DOMMAGE.



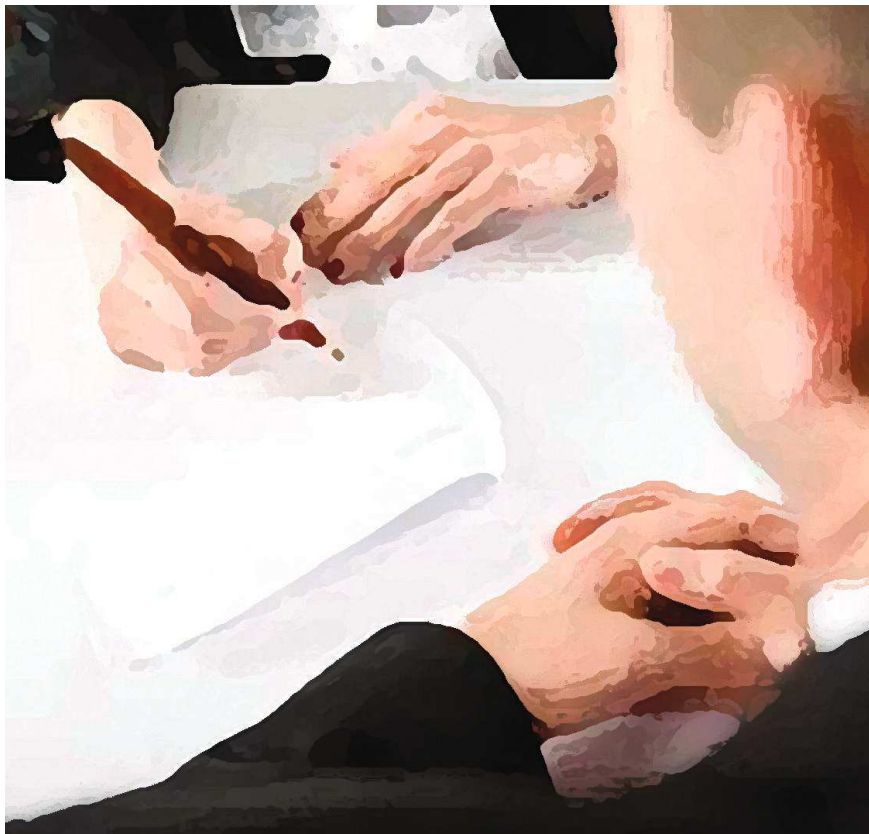
PAR DANIEL MAINGUY,  
PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ  
DE MONTPELLIER I

**L**e projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie, tel qu'il a été diffusé fin 2013, présente plusieurs avantages, dont celui de proposer un ensemble de normes applicables à la négociation du contrat, notamment en matière d'offre, d'acceptation, concernant également la question des

conflits de conditions générales, celle de l'existence d'un devoir d'information, etc., ainsi qu'au sujet des problèmes spécifiques posés par la conclusion électronique des contrats, qui jusqu'à présent était déterminé par les décisions, assez rares finalement, de jurisprudence. Cette question est essentielle si on veut bien admettre que la négociation des contrats est une phase systématique; il y a toujours un «avant-contrat» à un contrat, même à un contrat préparatoire, et une période particulièrement pathogène. L'autre grand ajout consiste à proposer une définition et un régime pour deux contrats préparatoires : le

contrat de promesse unilatérale de contracter et le pacte de préférence, à propos desquels une querelle majeure oppose la doctrine et la jurisprudence, d'une constance assez rare sous la tempête, depuis l'affaire «Cruz» de 1993(10).

Rappelons, à qui l'aurait omis, que l'essentiel du débat repose sur la question de la rupture de l'un de ces contrats, ou de sa non-exécution, que l'on désigne par la formule d'une «rétractation», soit que le promettant décide de mettre fin directement au contrat de promesse unilatérale, souvent conclu pour une durée déterminée, ou indirectement en concluant le contrat promis avec un tiers, mais également la question de la sanction de cette rupture, avec le problème de l'exécution forcée en nature de la promesse et l'éventuelle substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers. S'agissant du contrat de promesse de contracter, la norme applicable repose aujourd'hui sur sa considération comme un contrat autonome du contrat promis, en sorte que la volonté exprimée par le promettant dans ce contrat n'est pas celui du contrat promis. Dès lors, la «rétractation» de cette promesse n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature (du contrat promis), autrefois parce que l'obligation du promettant était considérée comme une simple obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts, et depuis 2011 parce que le consentement au contrat promis n'est pas réalisé. S'agissant du pacte de préférence, la question était essentiellement celle de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers : le contrat conclu avec le tiers, qui est le contrat (équivalent au contrat promis) effectivement conclu et exécuté, peut-il être considéré comme annulable de telle manière que le bénéficiaire le «remplace», réalisant ainsi une forme d'exécution forcée en nature? La jurisprudence posait deux conditions : le fait que le tiers connaissait l'existence



### NOTES

(10) Nous renvoyons aux références indiquées par notre collègue Bertrand Fages, en ajoutant toutefois une de nos contributions : À propos de «l'affaire de la rétractation de la promesse de vente», JCP G 2012, n° 27, 808.



du pacte de préférence (ou de la promesse) et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, conditions répétées en 2006, ce qui pouvait fonctionner dans des circonstances particulières, par exemple entre associés ou dans les contrats de distribution, ou encore dans des situations immobilières particulières, de famille par exemple, comme la Cour de cassation l'avait positivement retenu en 2011.

L'essentiel de la critique doctrinale, parfois virulente, reposait sur le problème de la rétractation de la promesse de contracter, considérée comme efficace par les juges, contre la grande majorité de la doctrine. Il était assez curieux toutefois de lire des considérations faisant des propositions doctrinales la norme, contre lesquelles les juges se seraient heurtés, provoquant un « revirement » de jurisprudence en 1993. Au-delà des observations en termes de « source de droit » ou de description des normes juridiques, la portée de la critique doctrinale est considérable : depuis le projet « Catala », tous les projets de réforme indiquent vouloir codifier à droit constant, à quelques exceptions près, dont celles des promesses de contracter et des pactes de préférence.

Le projet de réforme propose en premier des définitions. C'est un exercice périlleux, souvent vain d'ailleurs et qui n'est pas toujours efficace : la définition du contrat de vente (C. civ., art. 1582) et celle du contrat de louage (C. civ., art. 1701) sont des exemples frappants d'inefficacité normative.

Le projet propose d'abord une définition du contrat de promesse unilatérale : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés* ». Cette définition présente l'avantage de mettre l'accent sur le bénéficiaire : celui-ci dispose d'un droit option. Le contrat est analysé comme un contrat d'option. Notre contradicteur considère comme une évidence que la définition aurait dû considérer que le promettant donne alors son consentement définitif au contrat. Or, cela ressort si peu de l'évidence que la juris-

prudence ne l'a pas reconnu, et ce depuis 1993. En toute hypothèse, on peut considérer que tant la doctrine critique de la jurisprudence actuelle que celle qui la loue peuvent se rejoindre autour de cette définition.

Le pacte de préférence fait également l'objet d'une définition : « *Le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». La définition est ici plus discutable, d'abord parce que rien n'est précisé s'agissant du contrat préparé. Est-ce un type de contrat déterminé ? L'objet et le prix doivent-ils être déterminés ? La définition est d'autant plus inutile que les « pactes » de préférence sont utilisés dans des situations très diverses, par exemple comme des contrats de priorité d'offre, de durée indéterminée, parfois très longue, pour des ventes d'immeuble comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2006, ou dans de véritables contrats de préemption comme dans les réseaux de distribution, d'ailleurs si difficiles ensuite à apprécier.

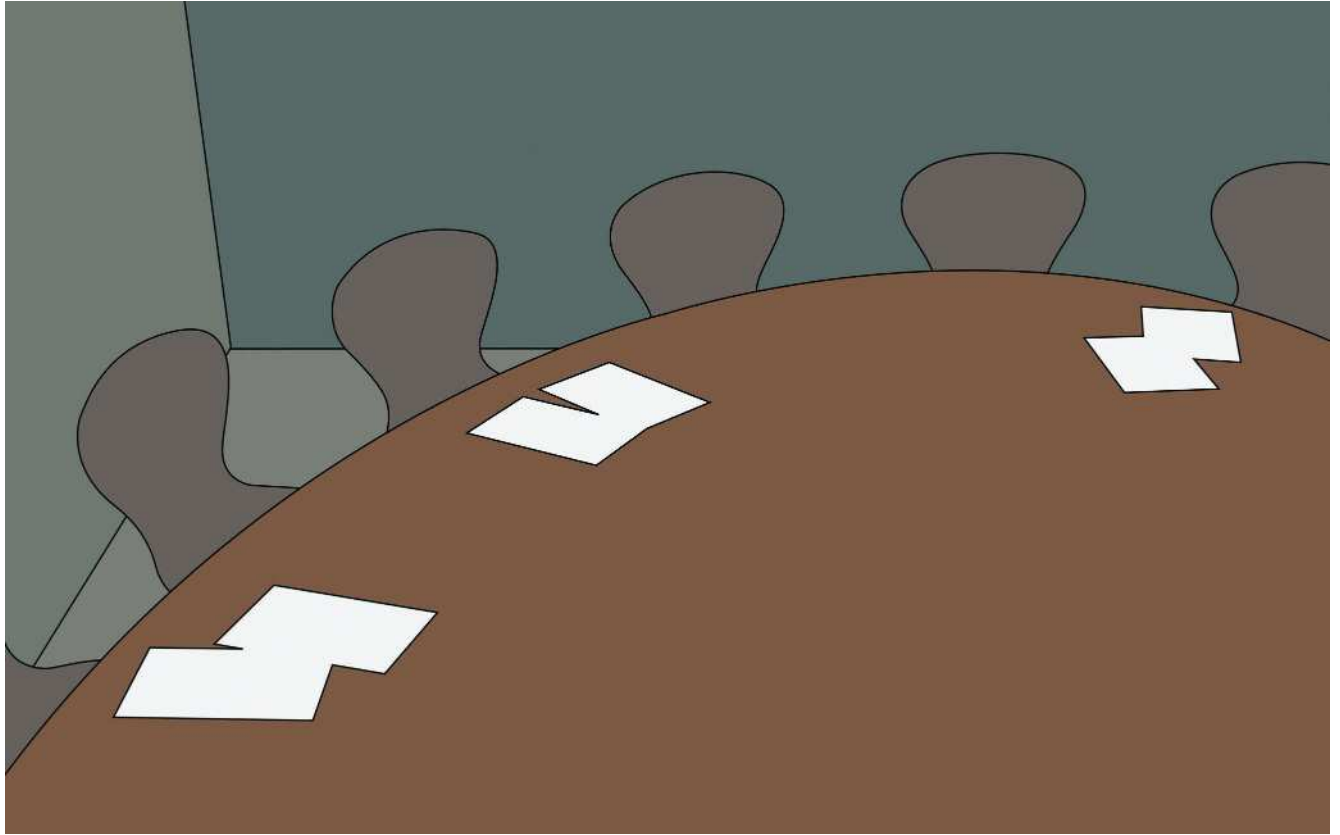
La nouveauté repose dans les effets de ces contrats et notamment dans la solution consistant à proposer l'« efficacité » de ces contrats, et notamment de la promesse, c'est-à-dire à contrer les solutions jurisprudentielles qui, aujourd'hui, déterminent la norme applicable à ces contrats.

En effet, l'alinéa 2 de l'article 24 du projet propose la formule suivante : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis* » et l'alinéa 3 que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». On retrouve une formule voisine dans l'alinéa 2 de l'article 25 du projet : « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu (...)* ».

De nature à satisfaire les détracteurs de la jurisprudence, ces formules ne sont peut-être pas aussi exemptes de failles qu'on voudrait bien le penser.

En premier, un argument de simple description : voilà vingt ans que la doctrine considère que la définition et le régime de la promesse de contracter sont ceux proposés dans le projet, et pourtant, la jurisprudence retient un régime alternatif : la rétractation de la promesse est efficace, le consentement donné au contrat de promesse n'est pas celui du contrat promis. Les raisons de cette solution reposent sur la considération, d'une part, qu'il n'existe pas, ou presque pas, de contrat qui soit si irrévocable qu'il emprisonne la volonté d'un contractant en sorte qu'on pourrait forcer son consentement et, d'autre part, que les situations véritablement préjudiciables au bénéficiaire sont rares : l'hypothèse d'un bien unique, d'un ensemble de titres conférant une majorité, un fonds de commerce déterminé, etc., alors que l'exemple d'école de la promesse unilatérale de vente laisse le bénéficiaire face à sa capacité d'achat intacte, avec quelques indemnités qui pourraient d'ailleurs croître soit sur la base d'une clause pénale, soit par la considération du préjudice de frustration du bénéficiaire, tandis que le promettant a augmenté la valeur de la chose vendue, tout comme le tiers (et son banquier, son assureur, son notaire, le fisc, etc.).

Ensuite, les termes retenus : la « révocation » de la promesse, terme qui n'est guère plus explicite que la « rétractation », ne peut empêcher la formation du contrat promis. Il s'agit très exactement du contraire de la solution rendue en 2011. Cette révocation est-elle inefficace en toute circonstance, y compris lorsque le « temps laissé » est indéterminé ? Certainement pas. La règle nouvelle suggère que la « révocation », qui est une forme de résiliation de la promesse, crée un exemple légal dans lequel cette résiliation serait considérée comme inexistante ou nulle et donc que le promettant pourrait être contraint à exécuter le contrat promis : ce n'est donc pas l'inexécution du contrat préparatoire qui est sanctionnée, c'est l'exécution du contrat promis qui serait contrainte. Dans l'hypothèse d'une vente, la rétractation ne pourrait donc empêcher la conclusion du contrat promis, mais qu'en est-il si le contrat a été conclu avec un tiers ? L'alinéa 3 de l'article 24



du projet n'est qu'apparemment utile : le contrat est nul, mais uniquement si le tiers connaissait l'existence de la promesse (et la jurisprudence ajoutera sans doute, comme pour l'alinéa 2 de l'article 25, qu'il faudrait que le tiers ait connu en outre l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir). Si le tiers ne connaissait pas l'existence de la promesse et que le promettant rétracte la promesse, on se retrouve dans une situation complexe : les conditions de la nullité de la promesse ne sont pas rassemblées, la rétractation par le promettant n'empêche pas la formation du contrat promis, mais il l'a déjà été avec un tiers de bonne foi, lequel prime le second contractant, surtout s'il s'agit d'une vente. Là se trouvent sans doute les limites du raisonnement voulant, à tout prix, forcer la logique d'un raisonnement jurisprudentiel dont on peut considérer, malgré les critiques, qu'il n'est ni dogmatique ni irréfléchi. S'agissant du pacte de préférence, on voit bien que le rédacteur a été guidé par l'idée que la jurisprudence de 2006 concernait surtout le pacte de préférence, surtout au regard de la situation particulière du tiers qui, dans le projet, peut interroger le bénéficiaire dans un délai rai-

sonnable, tout en prévoyant qu'une « mention » doit prévoir qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire perd toute action contre le tiers, et une réserve en cas de clause de confidentialité, mélangeant finalement des situations de négociations de vente d'immeuble et de contrats d'affaires sophistiqués. Dans le même temps, c'est peut-être assez vain : pourquoi ne pas demander plutôt au promettant, de manière systématique, de renseigner le tiers sur l'existence d'un pacte de préférence ? On ne voit pas bien pourquoi le bénéficiaire devrait supporter les conséquences, par son silence, de la violation du pacte par le promettant.

En outre, et en admettant que les articles 24 et 25 du projet soient retenus, on retrouvera un débat judiciaire autour de l'autorité de ces règles, face à des clauses inversant les solutions supplétives aujourd'hui proposées : aux clauses pénales ou d'exécution forcée visant à contraindre le promettant volage, répondront des clauses de dédit (éventuellement gratuites) ou de rétractation, ou des clauses excluant toute exécution forcée en nature en cas de rétractation, voire des clauses

d'alignement sur une meilleure offre associées à des formules de premier refus, des clauses d'information de négociation parallèle, etc., toutes choses d'ailleurs déjà largement utilisées dans des négociations lourdes.

On peut donc considérer que le projet ne résout finalement pas la question, majeure, dans laquelle un promettant, dans une promesse unilatérale de contracter ou un pacte de préférence, choisit de conclure le contrat préparé avec un tiers, de bonne foi, pour un prix ou un avantage supérieur (plus la dette future d'indemnisation au bénéficiaire) à celui qui aurait été le résultat de l'exécution normale et spontanée du contrat préparé, laissant donc entier le « droit de réaliser une bonne affaire » pour le promettant. C'est donc davantage du côté du coût de cette violation pour le promettant, en termes de clauses adéquates ou de réparation du préjudice réellement subi par le bénéficiaire, qu'il aurait peut-être fallu se plonger, plutôt que de s'enfermer dans un ensemble de définitions et régimes qui, au final, pourraient (nous verrons bien si le projet est adopté et les premières décisions rendues) ne pas changer grand-chose.

# LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

## VIOLENCE ÉCONOMIQUE OU ABUS DE FAIBLESSE ?

L'ABUS DE FAIBLESSE EST L'OCCASION DE SANCTIONNER EFFICACEMENT LES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS TROUVANT LEUR CAUSE DANS UN DÉSÉQUILIBRE DE PUISSANCE ÉCONOMIQUE ENTRE LES CONTRACTANTS, À CONDITION TOUTEFOIS DE RENONCER À VOULOIR TRAITER CE PROBLÈME PAR LE VICE DE VIOLENCE, LEQUEL EST UNE NOTION PSYCHOLOGIQUE INADAPTÉE POUR CE FAIRE.



PAR JEAN-PASCAL CHAZAL,  
PROFESSEUR DES  
UNIVERSITÉS À L'ÉCOLE  
DE DROIT DE SCIENCES PO

Le projet de loi d'habilitation en discussion au Parlement dispose que le gouvernement est autorisé à modifier par voie d'ordonnance la partie du Code civil régissant les contrats, notamment « *en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* » (art. 3, 2°). Exprimée de manière aussi générale, cette préconisation ne peut qu'emporter l'adhésion de tous. Qui serait assez cynique pour reconnaître franchement qu'il serait bon de permettre à un contractant d'exploiter impunément la faiblesse de son partenaire ? Même Georges Ripert, qui n'appréciait guère la socialisation du droit, reconnaissait que la liberté contractuelle ne devait pas aboutir « à l'exploitation injuste des faibles par les forts » (1). Tout le problème réside dans la manière de sanctionner l'exploitation abusive de l'état de faiblesse d'un

contractant. Le droit positif traite cette question en termes de vices du consentement ; on parle alors de « violence économique ». Je voudrais montrer que cette manière psychologisante d'appréhender le problème de l'abus de faiblesse est une impasse (même si l'expression de « violence économique » est suggestive), dont on ne peut sortir qu'en utilisant d'autres outils d'analyse.

Dans son dernier état, la jurisprudence a consacré le principe selon lequel l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique pouvait constituer un vice de violence susceptible d'emporter l'annulation de celui-ci (2). Toutefois, les conditions imposées sont si déraisonnablement restrictives qu'il était prévisible que les abus de faiblesse ne seraient pas réellement sanctionnés (3). En effet, la Cour de cassation exige trois conditions : 1°/Une situation de dépendance économique ; 2°/Une exploitation abusive de celle-ci ; 3°/La preuve d'une menace directe des intérêts légitimes effectivement exercée sur la personne en situation de dépendance. On peut comprendre l'exigence de cette dernière condition lorsqu'on pense la

situation en termes de vices du consentement : pour que la violence vicie le consentement d'un contractant, encore faut-il que la preuve soit rapportée que la liberté de celui-ci ait été anéantie par la crainte provenant de la menace proférée à son encontre. En pratique, cette preuve est impossible à rapporter, car celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas à exercer une quelconque menace pour profiter de la situation et obtenir un avantage excessif ; il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve.

L'impasse dans laquelle on se trouve lorsqu'on appréhende les phénomènes d'exploitation abusive de la faiblesse d'autrui par la théorie des vices du consentement n'est pas seulement probatoire, elle est aussi théorique. Ainsi, se demander si la volonté de la partie qui se plaint d'avoir vu sa situation de faiblesse injustement exploitée était libre ou contrainte, est l'exemple même de la question absurde. D'où vient alors qu'elle soit si fréquemment posée et qu'elle conduise beaucoup de juristes à poser le problème en termes de violence économique ? Son semblant de pertinence vient de la croyance que dans une économie de marché (« *free market economy* », disent significativement les Anglo-Américains) les agents économiques sont entièrement libres de leur choix. Dans ce récit, plus mythologique que scientifique, les cocontractants sont

### NOTES

- (1) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 1949, n° 59.  
 (2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108.  
 (3) C'était le sens de ma note *in D.* 2002, p. 1862.



des êtres désincarnés, parfaitement rationnels, égaux et donc présumés meilleurs juges de la défense de leurs intérêts. Par conséquent, si les négociations se déroulent loyalement (sans tromperies, etc.), le contrat finalement conclu traduira nécessairement un juste équilibre, que la seule mission du juge sera de faire respecter. Pourtant, dans la réalité, les choses ne se déroulent généralement pas ainsi. Non seulement les agents économiques ne sont ni parfaitement rationnels (et encore faudrait-il s'entendre sur ce que la rationalité est censée recouvrir) ni égaux, mais surtout leurs décisions sont au moins autant le produit de l'exercice de leur libre arbitre que celui des contraintes qui s'imposent à eux. Ainsi, même sur un marché supposé libre (ce qui, dans la réalité, ne se rencontre guère), une entreprise décidera de vendre à tel prix en fonction de paramètres qu'elle ne maîtrise pas ou peu : prix des matières premières, niveau des salaires, besoins et pouvoir d'achat des consommateurs, nécessité de couvrir ses charges fixes, pressions de la concurrence, existence de taxes, etc. L'économie de marché est une économie de gestion des contraintes dans laquelle faire un choix revient souvent à opter pour le moindre mal. Dans ces conditions, jamais un consentement à un contrat ne sera donné avec une pleine et entière liberté. Nous sommes tous plus ou moins obligés de contracter pour vivre, et cela concerne également les entreprises qui interviennent sur un marché, lequel, par son fonctionnement, exerce sur elles des effets de contrainte et de domination considérables. Inversement, ce n'est pas parce qu'un contractant se trouve placé dans un état de nécessité qu'il n'a plus de pouvoir de décision : il a toujours le choix, même si l'une des branches de l'alternative qui s'offre à lui est fatale. Après tout, si un voleur me demande mon argent en me menaçant d'une arme, je peux toujours préférer la mort!

Jamais complètement entière et jamais totalement asservie, la liberté de contracter est décidément une notion bien étrange et déconcertante! Il est ainsi surprenant que la doctrine s'appuie sur elle au point d'en faire la pierre angulaire du droit des contrats, et pour ce qui nous intéresse ici, le cri-



tère de distinction entre les contrats valables (ceux qui ont été librement voulus) et ceux qui sont annulables, car l'une des parties a vu sa liberté annihilée par une contrainte. Dans le monde réel, par opposition au monde mythique construit par la théorie économique néo-classique, il sera donc bien difficile de déterminer à partir de quel degré de contrainte un contrat devra être annulé. On tombe alors dans le paradoxe sorite (combien de grains faut-il pour faire un tas?) en traitant quantitativement ce qui devrait être abordé qualitativement : qu'est-ce qu'un consentement libre? Je pense qu'il est impossible, tant philosophiquement que juridiquement, de répondre à cette question.

Il est possible de sortir de cette aporie en renonçant à poser le problème en termes de vices du consentement. Qu'est-ce qui importe lorsqu'on envisage la question de l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse? Est-ce le fait qu'une personne ait consenti à contracter à des conditions telles que si elle n'avait pas été placée dans la même situation, elle n'aurait pas accepté les mêmes conditions? Je pense que non dans la mesure où la plupart des contractants pourraient dire la même chose! L'important ré-

side, à mon sens, dans le déséquilibre contractuel anormal que cette personne subit, lequel engendre un sentiment d'injustice et la nécessité de ne pas le laisser sans réaction juridique. 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 co-contractant 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. À partir de là d'autres difficultés surgissent. À partir de quel degré de déséquilibre contractuel le juge doit-il intervenir; n'est-ce pas là aussi une question de degrés intimement subjective? Sanctionner le déséquilibre contractuel en soi ne reviendrait-il pas à condamner l'économie de marché dont l'une des règles essentielles est que chaque acteur a le droit de réaliser des profits dans les échanges économiques, et même de tendre à leur maximisation, lesquels se réalisent nécessairement aux dépens d'autrui? Au fond, tout cela ne causerait-il pas une trop grande insécurité

juridique, préjudiciable à la bonne santé de l'économie?

À la première question, je répondrai que, dans le monde réel, il serait probablement nuisible de rechercher un idéal d'équilibre dans les contrats. Nous devons nous contenter de sanctionner les seuls déséquilibres manifestes, criants, socialement inacceptables. Les processualistes ont l'habitude de manier le critère de l'évidence ou du non sérieusement contestable pour déterminer les pouvoirs du juge des référés, sans que cela ait causé de cataclysmes. La deuxième question mérite également d'être traitée avec un minimum de réalisme. Je ne pense pas qu'il soit de l'intention des parlementaires ou du gouvernement de changer de système économique à l'occasion de la réforme des contrats qui est présentée, par l'étude d'impact, comme une opération de simplification et de modernisation. Peut-être certains prêtent-ils à la majorité socialiste un projet machiavélique de révolution cachée, ce qui semble peu probable au vu du ralliement de ce parti à l'économie de marché depuis les années 1980. Rassurons donc les libéraux de tous poils : il est possible de sanctionner l'exploitation abusive de la faiblesse d'autrui sans prohiber la recherche de la maximisation du profit dans une économie de marché. Il suffit de préciser que le déséquilibre contractuel manifeste doit trouver sa source, ou bien dans une situation de faiblesse inhérente à la personne du contractant qui en est victime (maladie, situation de détresse particulière, etc.), ou bien dans un déséquilibre de puissance économique entre les deux parties, dont la relation de dépendance est l'exemple le plus clair. Seul le second cas mérite quelques précisions. Nous pouvons tous convenir que l'égalité de fait entre les contractants est une illusion et que l'exiger serait une utopie. Il serait donc irréaliste d'annuler un contrat au seul motif que les parties n'étaient pas placées sur un pied d'égalité dans la négociation. Nous pouvons également trouver un large consensus sur le fait que, pour une PME française, négocier avec une multinationale qui détient un quasi-monopole n'est pas la même chose que d'entrer en pourparlers avec un fournisseur ou un client de taille comparable à la sienne. Comment, sans inter-

dire qu'un contrat puisse être conclu entre deux personnes de puissances économiques asymétriques, faire en sorte que le puissant n'abuse pas de sa position pour obtenir un avantage excessif? La solution serait de permettre au juge de sanctionner un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations contractuels lorsque celui-ci trouve sa cause dans un déséquilibre parallèle de puissance économique entre les parties.

Pour ce qui est de la question plus générale de la sécurité juridique, il est difficile d'y répondre sans déborder largement la place ici impartie. Je me contenterai de dire qu'il s'agit d'une formule épouvantail qui ne veut pas dire grand-chose. De quelle sécurité parle-t-on? De la sécurité de qui? René Demogue a écrit sur la question des pages qui ont conservé toute leur actualité (4). 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. La sécurité de celui-ci serait, en effet, bien mieux assurée si le juge intervenait pour imposer un rééquilibrage du contrat en faveur de celui dont la faiblesse de sa situation l'a empêché de défendre convenablement ses intérêts. Ceux qui parlent de sécurité juridique comme synonyme de respect des prévisions des parties défendent en réalité les seuls intérêts de la partie qui a pu les imposer à l'autre, notamment en rédigeant un contrat d'adhésion. Cette ambiguïté dissipée, il est également important de ne pas surjouer la peur de l'insécurité juridique au moindre pouvoir conféré au juge d'intervenir dans le contrat. Il faut rappeler que c'est une majorité de droite qui a introduit dans l'article L. 442-6 du Code de commerce la disposition suivant laquelle engage la responsabilité du contractant le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (5), supprimant la condition d'existence d'une relation de dépendance. Que je sache, cette disposition, pourtant audacieuse du point de vue de la justice contractuelle, n'a causé ni bouleversement ni ruine de l'économie française. *A fortiori* la sécurité juri-

dique ne souffrirait pas d'une disposition sanctionnant non pas tous les déséquilibres contractuels manifestes, mais seulement ceux qui sont symétriques à un déséquilibre de puissance économique entre les contractants à ce point flagrant qu'il serait juste de présumer que le premier a pour cause efficiente le second.

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, ce que l'actuel projet de loi d'habilitation n'impose nullement. Autrement plus satisfaisante est la rédaction proposée par le projet de Cadre commun de référence de l'Association Henri Capitant : « *La nullité ou la révision du contrat peut être poursuivie par la victime d'un déséquilibre contractuel excessif qui procède de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance ou de sa faiblesse* » (6), ou encore par le *Draft Common Frame of Reference* qui distingue clairement la question de la violence (*coercion or threats*) de celle de l'exploitation déloyale (*unfair exploitation*) d'une situation de faiblesse (7). Ces deux derniers projets sont également plus pertinents s'agissant des sanctions de l'abus de faiblesse, lesquelles ne se résument pas à la nullité du contrat, mais permettent au juge de le rééquilibrer à la demande de la partie lésée, laquelle peut avoir intérêt à préserver le contrat plutôt que d'obtenir son anéantissement; pensons par exemple aux contrats de distribution dont dépend la survie de l'entreprise en situation de dépendance. Ainsi consacrée, la sanction de l'exploitation abusive de la faiblesse d'autrui me semble être à la fois juste et mesurée.

#### NOTES

(4) R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, A. Rousseau Éditeur, 1911.

(5) L. n° 2008-776, 4 août 2008, JO 5 août.

(6) Association Henri Capitant et Société de législation comparée, Projet de Cadre commun de référence, Principes contractuels communs, vol. 7, Société de législation comparée, 2008, art. 4 : 207.

(7) DCFR, art. II - 7 : 207.



## LE VICE DU CONSENTEMENT POUR CAUSE DE VIOLENCE ÉCONOMIQUE

LE PAS VERS LA JUSTICE CONTRACTUELLE QUE REPRÉSENTE LA CONSÉCRATION DU VICE DE VIOLENCE ÉCONOMIQUE N'EST APPRÉCIABLE QU'AU REGARD DES CONTREPARTIES OFFERTES À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE PAR LE TEXTE ET PAR LA RÉFORME DANS SON ENSEMBLE.



PAR HUGO BARBIER,  
PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ  
D'AIX-MARSEILLE

Après avoir énoncé le vice général de violence à l'article 48, l'avant-projet de réforme tel qu'actuellement rédigé prévoit en son article 50 un texte intitulé «abus de faiblesse», selon lequel «il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse».

Commençons par relever le point fondamentalement original de cette disposition par rapport aux traits classiques du vice d'abus de faiblesse. Habituellement, les textes le consacrant exigent la présence d'un déséquilibre significatif du contrat au profit du fort pour caractériser le vice source de nullité du contrat (8).

Or l'avant-projet de réforme a choisi de traiter plutôt séparément abus de faiblesse et déséquilibre significatif du contrat. D'un côté a été forgé ce texte consacrant la violence économique où seule compte la question de savoir si le contractant faible aurait ou non contracté en l'absence de la violence. D'un autre, ajout très remarqué, a été inséré un texte sur les clauses abusives,

relatif au contrôle du contenu du contrat donc, et destiné à lutter contre le déséquilibre significatif de celui-ci non par son annulation mais par retranchement des clauses déséquilibrantes (9).

Il est plusieurs mérites à ce parti pris. Tout d'abord, il a pour effet de purger la violence économique de tout parfum de contrôle de la lésion. Le législateur rejoint ainsi pleinement le fameux attendu de la Cour de cassation : «la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion» (10). En miroir, il permet une lutte contre les contrats déséquilibrés non restreinte aux seuls contrats de dépendance ni perturbée par le régime propre aux vices du consentement.

Aussi l'articulation logique existe-t-elle sans nul doute : de façon radicale, éliminer les contrats nés d'un abus de faiblesse, peu important leur caractère équilibré (11), et, par ailleurs, de manière plus chirurgicale, rayer les clauses

### NOTES

(8) V. en droit allemand, la condition de «disproportion flagrante», BGB, § 138; en droit québécois, la condition de «disproportion importante», C. civ. québécois, art. 1406. *Idem* dans les Principes européens du droit des contrats ou la proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, qui exigent tous deux un «avantage déloyal» (art. 4 : 109) ou un «profit excessif» (art. 51); ou dans les Principes de Pavie, art. 30, 3°, la condition d'«avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés»; ou encore dans l'avant-projet de réforme «Catala», art. 1114-3, la condition d'«avantage manifestement excessif».

(9) Chancellerie, Avant-projet de réforme du droit des obligations, version 2013 : art. 77 : «Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée».

(10) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, D. 2000, p. 879 note J.-P. Chazal, D. 2001, p. 1140, obs. D. Mazeaud, JCP G 2001, II, 10461, note G. Loiseau, RTD civ. 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 863, obs. P.-Y. Gautier.

(11) Bien que le déséquilibre, sans plus être un critère, demeure un indice du vice, v. *infra*.





déséquilibrant les contrats, peu important le contexte de leur formation.

Pourtant, et là est le point où l'on peut discuter, il faut bien rappeler une chose. Le contrôle de l'équilibre du contrat *via* une généralisation de la sanction des clauses abusives est aussi une méthode de lutte contre les abus de faiblesse. Que ce soit le droit de la consommation ou plus récemment le droit des pratiques restrictives de concurrence, leur *ratio legis* réside bien dans l'existence d'une situation de faiblesse du consommateur ou du partenaire commercial. À tel point d'ailleurs que le texte initial de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce contenait la mention de cet abus de situation (12).

Par conséquent, introduire tout à la fois un vice de violence économique et un contrôle renforcé de l'équilibre du contrat, c'est combattre deux fois les abus de faiblesse. Une fois de trop ?

## I - UN VICE, DEUX CONCEPTIONS

Certes, il est tout à fait concevable de poursuivre la même finalité de lutte contre les abus de faiblesse par deux moyens techniquement distincts aux sanctions propres, l'un de justice procédurale et d'essence subjective qu'incarnent les vices du consentement, l'autre de justice substantielle et d'essence objective que représente le contrôle du contenu du contrat. C'est une conception présente en droit allemand (13), dans les Principes européens du droit des contrats (14), dans la proposition de règlement européen relatif à un droit commun de la vente (15). Mais, et c'est essentiel, la sanction des clauses abusives n'y frappe que les clauses non négociées (16), précision non retenue par le projet français en l'état actuel. Ce dernier serait donc au poste le plus avancé de ce modèle.

Or il peut être proposé une autre conception. Si le vice de violence économique doit être introduit, on serait tenté de dire que c'est pour mieux assurer ensuite la force obligatoire des contrats dénués de vice du consentement. Les pressions économiques subies par les contractants ayant été l'objet de toutes les attentions au moment de la formation des volontés contrac-

tuelles, le contrat ensuite formé ne doit pas pouvoir être facilement remis en cause au prétexte d'un déséquilibre. C'est au fond, à côté de sa fonction négative d'éradication des contrats extorqués, la fonction positive du vice de violence économique : renforcer la force obligatoire des contrats où la pression économique exercée par les contractants est restée dans des limites acceptables. Là semblent se rejoindre les objectifs de sécurité juridique et de justice contractuelle.

Pour illustrer cette autre conception, prenons les droits anglais et américain. Ils consacrent le vice d'*economic duress* comme source de nullité pour tout contrat dont la conclusion a été déterminée par une violence économique illégitime. Or, ni dans le droit anglais, ni dans le droit américain ne se retrouve un contrôle de l'équilibre contractuel aussi présent que dans le possible futur droit français des contrats (17). Il en va de même dans les Principes de Pavie (18). Dans ce modèle, le traitement des cas d'abus de faiblesse est condensé dans un vice, sans plus ensuite justifier d'atteintes par le juge à la force obligatoire du contrat et à son intangibilité.

Disons même qu'un dernier modèle exactement inverse, consistant à ne pas admettre de vice de violence économique mais à sanctionner ensuite

les lésions manifestes, notamment par la traque des clauses abusives, serait une solution concevable. L'idée serait alors de laisser jouer les pressions économiques, même les plus appuyées, pour ensuite scruter le contenu du contrat qui en est résulté et le purger de trop forts déséquilibres.

Mais en toute hypothèse, la solution cumulative des contrôles paraît trop fragiliser la force obligatoire du contrat et attenter à la sécurité juridique nécessaire aux opérations économiques soumises au droit français. À l'heure où la loi même n'est plus stable, la stabilité des contrats est une finalité à privilégier pour éviter la précarisation généralisée des normes juridiques.

## II - UN VICE, TROIS CRITÈRES

Une fois dit que le vice du consentement pour violence économique serait particulièrement bienvenu dans un droit des contrats avare de contrôle judiciaire du contenu du contrat, reste à se concentrer sur ses trois critères tels que prévus par le texte actuel : l'état de nécessité ou la situation de dépendance, l'abus de ceux-ci, le vice du consentement qui en résulte.

L'état de nécessité servira à couvrir les contrats occasionnels, ceux-ci étant par nature hors du périmètre des

### NOTES

(12) Avant la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (JO 5 août, dite «LME»), l'ancien article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce sanctionnait le fait pour un contractant d'«abuser de la relation de dépendance».

(13) V. à côté du paragraphe 138 du BGB sur l'abus de faiblesse, le mécanisme d'éradication des clauses abusives non négociées aux paragraphes 305 et suivants.

(14) V. outre l'article 4 : 109 sur les profits excessifs ou l'avantage déloyal, l'article 4 : 110 invitant le juge à rayer les clauses abusives.

(15) V. en plus de l'article 51 sur l'exploitation déloyale, les articles 79 et suivants sanctionnant les clauses abusives.

(16) En faveur de cette restriction, v. D. Mazeaud (dialogue avec Th. Genicon), *L'équilibre contractuel : trop c'est trop*, RDC 2012, p. 1469.

(17) Tout au plus existe-t-il le vice d'*unconscionability*, qui permet très

à la marge de sanctionner les contrats fortement lésionnaires ; or, justement, une partie de la doctrine souhaite sa fusion avec l'*economic duress*.

V. Y.-M. Laithier, *Remarques sur les conditions de la violence économique*, LPA 2004, n° 233, p. 5, n° 35 et les réf. citées.

(18) Ces derniers prévoient uniquement l'interdiction des clauses abusives dans les contrats de consommation et l'exigence d'acceptation expresse de certaines clauses dans les contrats entre professionnels (art. 30, 4° et 30, 5°).

(19) V. en ce sens : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, n° 460 ; G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986, nos 185 et s.

contrats de dépendance (19). Mais il est et doit demeurer un cas marginal (20).

Quant à la situation de dépendance économique, il faudra sans doute se rallier à la définition restrictive retenue pour les besoins d'application d'autres textes selon laquelle ce n'est pas la place prépondérante du client ou du fournisseur pour une entreprise qui compte mais la possibilité pour celle-ci de trouver des clients ou des fournisseurs économiquement et techniquement comparables (21). Au fond, il s'agit de savoir s'il existait par ailleurs un contrat de « remplacement ». De quoi aviver l'idée du contrat substituable (22) à la manière dont le droit de la concurrence convoque celle du produit substituable pour déterminer notamment l'existence d'une position dominante sur un marché. Et par conséquent, de quoi obliger le juge à faire une étude de marché pour l'occasion ! Naturellement avec l'aide de celui qui invoque la dépendance, chargé de rapporter la preuve de celle-ci.

Mais même ainsi bordé, *quid* de l'usage du texte sur la violence économique dans un contexte de crise économique ? Celle-ci se caractérise justement par la raréfaction des solutions de rechange car offre et demande se contractent. S'en dégage donc un texte à la portée indexée, si l'on ose dire, sur la croissance économique française !

Vient maintenant le deuxième point focal du texte : l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance. Là se pose une question fondamentale. L'abus qu'évoque le texte spécifique à la violence économique peut-il être autre chose que « la pression » visée par le texte général sur la violence ? Bien que cela puisse parfaitement être soutenu par l'invocation de l'adage « *Specialia generalibus derogant* », il ne nous semble pas que cela soit souhaitable. Quoique spécial, c'est bien en effet un texte compris sous le vice général de violence dont il doit conserver le prisme et non un texte plus large sur l'abus de droit comme l'est par exemple la sanction des abus de dépendance économique ou des clauses abusives (23). S'il y a abus sans pression, il n'y a pas violence. Ainsi le juge ne pourra-t-il pas constater un simple abus, par exemple comme dans les ar-



articles L. 132-1 du Code de la consommation ou L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, à partir du constat que le contrat est fortement déséquilibré (24), mais devra caractériser des traces concrètes d'une pression. Au fond, le recours à la notion d'abus ne s'impose nullement et nuit même à la cohérence du *corpus* des textes sur la violence. Ou alors, quitte à solliciter l'abus, il faudrait en faire un vice distinct du vice de violence, comme c'est le cas dans la plupart des droits étrangers ou codifications doctrinales (25).

*Last but not least*, encore faudra-t-il que l'ensemble ait abouti à vicier le consentement. Pour finir comme l'on a commencé, on insistera une dernière fois sur le fait que le déséquilibre significatif du contrat n'est pas un des critères du texte. Mais déchu de son rang de critère, peut-il au moins être un indice du vice du consentement ? On pourrait partir de l'idée que lorsque l'on cherche chez la partie faible à caractériser « *un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit* » si elle n'avait subi de violence économique, l'existence d'un fort déséquilibre du contrat laisse penser justement qu'on est face à un tel engagement (26). Néanmoins, comme tout à l'heure pour la caractérisation de l'abus, il faut prendre garde. À tirer automatiquement le vice du consentement, subjectif, du caractère objectivement déséquilibré du contrat, on dénature le mécanisme, recréant la passerelle avec la sanction de la lésion qu'on avait entendu écarter. Aussi, tout en pouvant évidemment prendre

en compte cette donnée, c'est aussi ailleurs qu'il faudra chercher trace d'une crainte suffisamment forte pour avoir emporté le consentement du contractant, notamment à partir d'une appréciation *in concreto* de la personne et de la situation du contractant qui allègue le vice. C'est là le tout dernier point et peut-être le plus délicat. En ôtant du texte le critère de déséquilibre, on a peut-être pleinement ramené le vice de violence économique dans l'esprit des vices du consentement mais on l'a aussi privé d'un point d'ancrage difficile à remplacer.

#### NOTES

(20) V. not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, in *Traité de droit civil* (J. Ghestin [dir.]), LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1491 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2012, n° 247.

(21) Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14529, D. 2004, p. 1661, note Y. Picod, JCP G 2004, I, 149, obs. M. Chagny, pour les besoins de l'application de l'article L. 420-2 du Code de commerce en matière de contrats de distribution. Plus généralement, retraçant la jurisprudence en ce sens et en faveur de ce critère, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, Essai d'une théorie, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 577 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, précité, n° 459.

(22) « *La possibilité de substituer* », énoncé d'ailleurs l'arrêt précité de la Cour de cassation du 3 mars 2004. Sur le critère de l'existence d'une alternative pour l'appréciation de l'*economic duress* en *common law*, v. Y.-M. Laithier, *Remarques sur les conditions de la violence économique*, précité, n° 14.

(23) V. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, Essai d'une théorie, précité, n°s 349 et s., et n°s 572 et s.

(24) Sur le danger de déduire l'existence d'un vice de violence à partir du seul constat d'un déséquilibre, v. Y.-M. Laithier, *Remarques sur les conditions de la violence économique*, précité, n°s 27 et s.

(25) Notamment en Allemagne, aux Pays-Bas, ou au Québec, dans les Principes européens du droit des contrats ou dans la proposition de règlement européen sur le droit commun de la vente, v. Ph. Stoffel-Munck, *Autour du consentement et de la violence économique*, RDC 2006, p. 45 ; adde J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 1500.

(26) V. spéc. sur cette question : J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, précité, n° 1501.

# LES CLAUSES ABUSIVES

## CLAUSES ABUSIVES : POUR UNE EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE

LÉGISLATEUR, ENCORE UN EFFORT SI VOUS VOULEZ LUTTER EFFICACEMENT CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES!

PAR NICOLAS DISSAUX, PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ DE LILLE II

Des philosophes présentent le bonheur comme absence de malheur. Certains médecins tiennent que la santé n'est rien d'autre qu'absence de maladie. De même, les juristes sont parfois tentés d'analyser la justice comme absence d'injustice. Purement négatives, ces définitions peuvent répugner. Il n'empêche : « *L'expérience de l'injustice apparaît en réalité première et la justice vient après : l'injustice joue le rôle de révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée, advient* » (1). À cet égard, la lutte contre les clauses injustes est sans doute l'un des meilleurs moyens de promouvoir la justice contractuelle. Longtemps, elle s'est faite un peu à la diable, clause par clause. De manière casuistique, les autorités publiques s'avisèrent du danger présenté par telle ou telle, s'employant à le supprimer ou à le limiter par une règle spéciale. Clause pénale, clause d'exclusivité, clause de non-concurrence, clause de célibat, clause attributive de compétence : autant d'exemples illustrant une approche qui demeurait ponctuelle.

Enfin, le concept de clause abusive vint. En droit de la consommation,

d'abord (1978). En droit des affaires, ensuite (2008). Une véritable catégorie juridique était née, qui permettait de traquer l'abus en tant que tel, indépendamment du type de clause considéré. Et voilà qu'il s'agit désormais d'en généraliser l'application à l'ensemble des contrats de droit privé, d'en faire une pierre du droit commun donc.

C'est l'article 77 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* » (al. 1<sup>er</sup>). Étant précisé que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (al. 2<sup>d</sup>).

Symboliquement, le texte est important. Les adeptes de l'autonomie de la volonté regretteront peut-être qu'il consacre l'influence délétère d'une logique consumériste sur le droit civil. Mais précisément : ne serait-ce pas le signe qu'il exprime un changement de philosophie contractuelle ? Certes, le premier principe qui coiffe les dispositions préliminaires de l'avant-projet reste celui de la liberté contractuelle (art. 2), uniquement tempéré par l'exigence de bonne foi (art. 3). Qu'un arti-

cle du Code civil fustige les clauses abusives au sein d'un chapitre consacré à la validité du contrat en général, il y a cependant ici une profonde mutation.

Structurellement, l'article 77 est assurément mal fagoté. Pourquoi poser dans un premier alinéa la définition et la sanction de la clause abusive pour revenir dans un second sur le cadre d'appréciation de l'abus ? Un paragraphe consacré à la notion, un autre à la sanction : la démarche eût été plus claire, plus simple. Au moins l'indigence des dispositions relatives à la sanction serait-elle nettement apparue...

Techniquement, c'est en effet surtout là que le bât blesse : le texte a beau reprendre une définition plutôt heureuse, il prévoit une sanction assez douteuse. Comme si la lutte contre les clauses abusives gagnait en extension ce qu'elle perdait en précision. L'extension concerne la notion (I) ; l'imprécision, la sanction (II).

### I - L'EXTENSION DE LA NOTION

En permettant la suppression d'« *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* », l'article 77 de l'avant-projet de réforme généralise la lutte contre les clauses abusives. Justifiée (A), cette extension n'en demeure pas moins limitée (B).

### NOTES

(1) S. Lebovici, *C'est pas juste*, in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Justice, L'obligation impossible*, Autrement, coll. « Morales », 2002, p. 15 et s., spécialement p. 15.



**A - UNE EXTENSION JUSTIFIÉE**

L'extension de la lutte contre les clauses abusives est justifiée tant d'un point de vue politique (1°) que technique (2°).

**1°/ D'un point de vue politique**

Droit vivant et droit savant concourent tous deux à justifier cette extension. Tant que le premier n'a poursuivi l'éradication des clauses abusives qu'au sein des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la question pouvait se poser (2). L'article L. 132-1 du Code de la consommation pouvait passer pour un texte dont l'économie était dictée par la faiblesse présumée d'un type de partie au contrat. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (3) a cependant nécessairement changé la donne. Depuis, il résulte de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (4). Étendue aux relations qu'entretiennent les professionnels entre eux, la chasse aux clauses abusives ne pouvait pas ne pas l'être aux rapports que deux particuliers sont amenés à nouer (5). Le raisonnement *a fortiori* s'imposait. Quant au second, au droit savant donc, plusieurs offres de lois proposaient d'étendre l'interdiction des clauses abusives. Directement inspiré de l'article 4 : 110 des Principes européens du droit des contrats (6), le projet rédigé sous l'égide de M. Catala suggérait ainsi l'introduction d'un article 1122-2 dans le Code civil : « La clause qui crée un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». Suspendue à l'exigence d'une « disposition particulière », la formulation est beaucoup plus étroite que celle de l'article 77 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Mais on le voit : les esprits étaient prêts.

**2°/ D'un point de vue technique**

Ces mêmes esprits ne seront d'ailleurs pas surpris par la définition retenue de la clause abusive. À l'instar des articles L. 132-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, l'article 77 vise « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Évidemment, l'expression ne laisse pas de conserver sa part de mystère. Qu'est-ce qu'un « déséquilibre » ? Quand sera-t-il « significatif » ? L'interprète doit s'en remettre à la sagesse du juge. Tout au plus relèvera-t-on que le déséquilibre doit être constaté entre les droits et les obligations des parties. Abusives dans un sens large, certaines clauses ne le sont donc pas au sens strict, celui de l'article 77. Qu'il suffise d'évoquer les clauses, de non-concurrence par exemple, qui portent atteinte d'une manière disproportionnée aux droits fondamentaux d'une partie. Elles seront nulles ; mais sur un autre fondement : l'article 2 de l'avant-projet (7). De même, « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » ; mais en vertu de l'article 76 cette fois. Ce n'est pas à dire que l'appréciation du caractère abusif d'une clause dépende du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle concernée. La Cour de cassation a précisément décidé le contraire à propos de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (8). L'abus doit néanmoins procéder d'une comparaison des droits et obligations des parties. Où l'on voit déjà que l'extension de la lutte contre les clauses abusives est limitée.

**B - UNE EXTENSION LIMITÉE**

Limitée, l'extension de la lutte contre les clauses abusives l'est de manière tout à la fois directe (1°) et indirecte (2°).

**1°/ De manière directe**

L'article 77, alinéa 2, de l'avant-projet limite l'appréciation du déséquilibre significatif en prévoyant que celle-ci « ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». L'exclusion s'inspire manifestement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Encore faut-il relever quelques différences. *Primo*, le texte consumériste ne se borne pas à restreindre le champ d'appréciation de

l'abus. Il fournit également des directives positives à l'attention du juge, précisant dans son cinquième alinéa que, « sans préjudices des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ». L'article 77 pour-

**NOTES**

(2) C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Les clauses abusives entre professionnels, t. 3, *Economica*, coll. « Études juridiques », 1998.

(3) L. n° 2008-776, 4 août 2008, JO 5 août.

(4) Pour une synthèse récente, v.

E. Gicquiaud, *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD com. 2014, p. 1 et s.

(5) P. Catala, *Des contrats déséquilibrés*, in *Études à la mémoire de F.-C. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77-90, spécialement p. 88.

(6) PEDC, art. 4 : 110 – Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle : « (1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion. (2) Le présent article ne s'applique pas : a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible, b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties ».

(7) Dont l'alinéa 2 dispose, en effet : « 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 ».

(8) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2006, n° 04-16.698, D. 2006, p. 2743, note Y. Dagorne-Labbé, RTD civ. 2007, p. 113, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2006, p. 1114, obs. D. Fenouillet, et p. 1225, obs. S. Carval.

rait utilement reprendre ces données. *Secundo*, l'article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation dispose que «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». Parce qu'il mentionne uniquement «l'adéquation du prix à la prestation», l'article 77 semble, lui, ne considérer que les contrats d'entreprise. On objectera que l'obligation du vendeur de transférer la chose peut s'analyser comme une «prestation». Les termes choisis n'en sont pas moins sibyllins. Et là encore, la formulation du Code de la consommation est meilleure que celle de l'avant-projet.

## 2°/ De manière indirecte

La lutte contre les clauses abusives continue d'achopper sur l'exclusion de la lésion comme cause générale de nullité des contrats. Le potentiel subversif de l'article 77 de l'avant-projet se trouve largement contrebalancé par l'orthodoxie de l'article 78 dont le titre est suffisamment explicite : «Défaut d'équivalence ou le rejet de la lésion qualifiée». Son contenu l'est tout autant : «Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement». En l'état, l'article 77 ne sera donc pas le cheval de Troie d'un terrorisme judiciaire. Son efficacité est en outre passablement compromise par l'imprécision de la sanction qu'il prévoit.

## II - L'IMPRÉCISION DE LA SANCTION

Une clause abusive «peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée». Une action en «suppression» de clause, donc... Quelle étrange sanction abrite cette terminologie nouvelle ? Il faut nécessairement en rechercher la nature (A), avant que d'en préciser le régime (B).

### A - NATURE DE LA SANCTION

Une clause abusive «peut être supprimée par le juge» : la sanction paraît iné-



dite (1°); elle est à coup sûr facultative (2°).

### 1°/ Une sanction inédite

La sanction prévue par l'article 77 de l'avant-projet l'est au moins dans son appellation. La clause peut être «supprimée» : soit. Le problème est que bon nombre de sanctions contractuelles conduisent à une «suppression». Le terme est abusivement compréhensif. La caducité, la résiliation, la nullité, la rescision aboutissent à une suppression. Celle-ci vaut-elle pour l'avenir uniquement ? Affecte-t-elle aussi le passé ? Aucune précision n'est fournie par le texte. Sans doute est-on naturellement porté à verser dans l'analogie. De sorte qu'une clause abusive devrait être réputée non écrite, comme ce que prévoit l'article L. 132-1 du Code de la consommation. L'article 76 de l'avant-projet n'évoque-t-il pas cette sanction pour les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ? Les mots opposent néanmoins une certaine résistance. Car on ne peut à proprement parler «supprimer» ce qui est censé ne jamais avoir existé. Dit autrement, une clause réputée non écrite ne peut être supprimée pour la simple et bonne raison qu'elle n'existe pas. Au reste, l'article 77 exige bien une demande de suppression. Ce qui n'est pas davantage compatible avec l'idée même du réputé non écrit. Alors quoi ? Une nullité ? Probablement. Le plan dans lequel s'insère l'article 77 le suggère : le déséquilibre significatif est en-

visagé au titre des conditions de la validité du contrat. Une nullité relative, donc : elle ne protège que la victime du déséquilibre (9).

### 2°/ Une sanction facultative

La suppression d'une clause abusive l'est à raison de la simple faculté qui est laissée au juge de l'ordonner. Il «peut» le faire ; il ne le «doit» pas. Cette marge de manœuvre est surprenante. Sa raison d'être échappe. L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit que la clause abusive «est réputée non écrite» ; l'article L. 442-6, I, 2°, dispose qu'elle «engage» la responsabilité de son bénéficiaire. Dans les deux cas, le présent de l'indicatif confère à la sanction une automaticité qui s'impose. Rien de tel ici. En théorie, une clause pourrait ainsi être déclarée abusive sans encourir la moindre sanction. L'hypothèse devrait rester rare en pratique. Ce manque de vigueur amollit toutefois le dispositif.

### NOTES

(9) Cette analyse pourrait cependant être contrariée par les termes de l'article 87 de l'avant-projet. Ce texte dispose, en effet : «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 objet la sauvegarde d'un intérêt privé. Il en est ainsi en cas de vice du consentement ou de défaut de capacité». Cette dernière phrase semble en effet limitative...

**B - RÉGIME DE LA SANCTION**

Le régime de la sanction attachée à la stipulation d'une clause abusive n'est guère qu'évoqué par l'article 77. Il faut être plus précis. Et considérer tour à tour non seulement les conditions (1°), mais encore les effets de l'action en « suppression » de la clause (2°).

**1°/ S'agissant des conditions de l'action**

Le texte n'envisage que la qualité à agir : la demande de suppression doit émaner du contractant au détriment duquel la clause abusive est stipulée. Il eût probablement été inutile d'aller plus loin sur le terrain du droit commun. La possibilité d'agir ménagée au profit de certaines associations en droit de la consommation ou au ministre de l'économie et au ministre public en droit des affaires n'aurait pas grand sens ici. Au demeurant, la restriction est logique

si la « suppression » de la clause s'analyse en une nullité relative. Ce qui permettrait plus généralement de renvoyer au régime de la nullité prévu par les articles 86 et suivants de l'avant-projet.

**2°/ S'agissant des effets de l'action**

L'article 77 de l'avant-projet se borne à fulminer la « suppression » de la clause. C'est là pourtant passer sous silence au moins deux questions : la suppression de la clause est-elle susceptible de rejaillir sur tout le contrat ? Est-elle par ailleurs la seule sanction possible ? De recherche, l'analyse en termes de nullité permettrait de clarifier les choses. Sur l'étendue de la nullité, elle justifierait l'application de l'article 93 de l'avant-projet : « 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 ». La solution serait à peu près la même que celle prévue par l'article L. 132-1, alinéa 8, du Code de la consommation (10). Pour le reste, une action en responsabilité serait également ouverte sur le fondement de l'article 86, alinéa 3, de l'avant-projet : « *Indépendamment de l'annulation du contrat, la victime peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ».

**NOTES**

(10) L'article L. 132-1, alinéa 8, du Code de la consommation prévoit que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

## LES CLAUSES ABUSIVES <sup>(11)</sup> : ON ATTENDAIT GROUCHY <sup>(12)</sup>...

LA GÉNÉRALISATION DE LA CHASSE AUX CLAUSES ABUSIVES À TOUS LES CONTRATS EST LE SYMBOLE TRAGIQUE DE LA FAUSSE BONNE IDÉE. FAUTE DE POUVOIR ÊTRE ANTICIPÉE PAR LES PARTIES, CETTE POSSIBLE QUALIFICATION CRÉE UN SENTIMENT D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE QUI SERA FUNESTE AU DROIT FRANÇAIS SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE. FALLAIT-IL AFFAIBLIR L'ENSEMBLE DU DROIT DES CONTRATS POUR LUTTER CONTRE LES ABUS DÉNONCÉS DANS LES RELATIONS DÉSÉQUILIBRÉES ?



PAR PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS I (PANTHÉON-SORBONNE)

« Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.

*L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.*

L'article 77 est, de notre point de vue, le plus important de l'ensemble du projet de réforme et à peu près le seul qui soit dramatiquement malvenu. Il prétend résoudre un des plus vieux problèmes du monde des échanges juridiques, à savoir l'équilibre des droits et obligations qu'il engendre, par une idée simple : si le mal est le déséquilibre, pre-

nons-le à la racine et supprimons les clauses qui le créent !

Ce n'est pas simple, c'est simpliste. Tous les trésors de sagesse et d'ingéniosité qui ont été déployés par les magistrats, la pratique et la doctrine depuis quelques siècles pour favoriser, question par question, la définition de règles permettant d'aboutir à une conciliation satisfaisante des intérêts en présence peuvent être remplacés par cette géniale nouveauté. Le régime des clauses résolutoires ? Si la clause paraît trop dure, il n'y aura qu'à dire qu'elle est source d'un déséquilibre significatif. Les clauses qui fixent la durée du contrat ou règlent son renouvellement ? Pareil : si la durée est « trop »

**NOTES**

(11) Observations sur l'article 77 du projet de la Chancellerie (version octobre 2013) de réforme du droit commun des contrats

(12) « Soudain, joyeux, il dit : Grouchy ! - C'était Blücher ; l'espoir changea de camp, le combat changea d'âme » (Victor Hugo, *L'expiation*). Napoléon, Grouchy, Blücher, Wellington..., La France, l'Allemagne, l'Angleterre : vieille histoire... Dans la course au droit des contrats le plus attractif aussi.



longue, le préavis « trop » court, la reconduction « trop » discrète, on coupe! Les clauses de déchéance? Si elles sont « trop » sévères, il suffit de les déclarer sources d'un déséquilibre significatif et voilà un problème réglé! Les clauses limitatives de responsabilité? Si la limitation paraît « trop » rude, il suffira de constater combien elle crée un déséquilibre; au demeurant, le droit de la consommation les estime toutes abusives par principe (C. consom., art. R. 132-1)! La jurisprudence « Chronopost », « Faurecia »? Des raisonnements de juristes qui coupent les cheveux en quatre...

En fait, il suffit de prendre un clausier exposant le régime attaché à la centaine de clauses reflétant les mécanismes de base auxquels a recours la pratique des affaires pour voir l'ampleur de la coupe. Ces régimes, dont la complexité reflétait celle des types d'intérêts qu'agitait chaque genre de clause, peuvent désormais être simplifiés à la hache.

L'a-t-on entrevu?

Ce n'est pas certain. Il est possible qu'on ait fait l'économie d'une réflexion approfondie sur ce texte dans la mesure où il a pu paraître anodin. En effet, l'article L. 132-1 du Code de la consommation a introduit cette même règle dans notre droit depuis près de vingt ans, voire près de trente si on retient la définition, guère plus précise, qu'en adoptait l'article 35 de la loi

« Scrivener » de 1978 (13). L'économie française n'en a pas été bouleversée, ni même la jurisprudence. L'expérimentation ayant été concluante, la généralisation peut sembler naturelle.

C'est une double erreur de perspective. D'une part, une transposition n'est anodine qu'à milieu égal. Or, le droit contractuel de la consommation a, à notre avis, une autonomie plus profonde qu'on ne l'imagine à première vue (14). D'autre part, il est faux de croire que le contentieux des clauses abusives est relativement tranquille. Certes, quand on voit le droit des contrats à travers le bulletin des arrêts de la Cour de cassation, une impression de calme domine. Elle est trompeuse. D'abord, les professionnels comme les consommateurs plaident peu sur ces sujets. La raison tient à la faiblesse de l'enjeu économique du contrat de consommation rapporté aux tracas et aux coûts du procès. La transposition de la règle dans le BtoB produira des résultats sans comparaison. Ensuite, le contentieux résiduel se déploie devant le juge d'instance ou de proximité; peu de ces procès mineurs vont en appel, quasiment aucun en cassation. Or, devant les premiers juges, les décisions d'anéantissement de clauses parfaitement usuelles sont nombreuses, étonnantes et désordonnées (15). Vue de très loin, une eau tumultueuse peut sembler une mer tranquille; c'est ce problème d'optique qui fait croire que le contentieux des clauses abusives est paisible.

On objectera qu'il y a une autre preuve du caractère placide de l'institution et que, cette fois, elle concerne précisément le BtoB. Depuis 2008, l'article L. 442-6-1, 2°, du Code de commerce dispose, en effet, qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Ce texte n'a guère intéressé les civilistes pour l'instant. Il leur semble étranger, écrit dans une langue qui n'est pas la leur. Effectivement, rédigé à l'initiative de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en réaction à l'insuccès de l'« abus de dépendance économique » devant les tribunaux, il s'inscrit dans la liste baroque des « pratiques restrictives de concurrence ». Il a été pensé en contemplation du secteur de la grande distribution où les enseignes nationales parviennent à imposer à leurs fournisseurs de moyennetaille des conditions contractuelles qui ont, depuis trente ans, une réputation de scandale au sein de l'administration chargée de l'Économie.

Le texte ne se cantonne pas à ce domaine mais le contentieux s'y concentre. D'une part, c'est ce secteur qu'a visé la vague d'assignations dite « Novelli », du nom du ministre de l'époque. D'autre part, les actions initiées par les entreprises sur la base de ce texte semblent aussi concerner ce milieu princi-

#### NOTES

(13) L. n°78-22, 10 janv. 1978, JO 11 janv.

(14) Ph. Stoffel-Munck, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com. 2012, p. 705.

(15) Par exemple CA Versailles, 15 sept. 2005, déclarant abusive la clause énonçant que le professionnel avait la faculté de résilier unilatéralement le contrat moyennant un préavis, alors que le contrat était à durée indéterminée, au motif que « sa généralité ou son imprécision instaurant une situation de précarité pour le consommateur créent un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ».



palement. C'est étrange car les sous-traitants, les clients des sociétés de conseil, des services informatiques, des banques, etc., pourraient aussi bien s'en prévaloir. Pourtant, ils ne le font pas, illustrant, pour reprendre les mots de Portalis, « l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois ». En effet, comme on le verra, si le procédé de l'article L. 442-6, I, 2°, peut avoir une certaine légitimité dans le secteur de la distribution, il n'en a pas autant ailleurs.

Au demeurant, cette concentration sectorielle du contentieux ne signifie pas qu'il s'y développe paisiblement. Au contraire, il donne lieu à des sanctions lourdes, imprévues et imprévisibles selon les canons du raisonnement civiliste. D'ailleurs, la motivation des décisions est édifiante à cet égard. Souvent, le juge y décrit la pratique en litige et conclut qu'« il en résulte un déséquilibre significatif », sans autre forme d'explication (16).

Est-ce cela qu'on veut pour l'ensemble des contrats d'affaires ?

On le devine, la généralisation de la qualification de « clause abusive » aura pour premier effet de saper la confiance dans la parole donnée. Cet effet délétère aura sans doute des suites économiques dans l'univers marchand mais c'est aux économistes de l'apprécier. En revanche, une conséquence immédiate dans le monde du droit sera que les opérateurs du commerce international hésiteront beaucoup à choisir comme loi d'autonomie un droit qui permet au juge de supprimer toute clause qui lui paraît source d'un « déséquilibre significatif » alors que cette qualification est éminemment subjective. Le sentiment d'insécurité juridique qui en résulte sera extrêmement nuisible à l'attractivité du droit français en matière contractuelle.

### I – UN TEXTE SAPANT LA CONFIANCE DANS LA PAROLE DONNÉE

L'article 77 permet au juge de supprimer toute clause « qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et

obligations des parties ». Certes, l'institution ne peut jouer le rôle de la rescision pour lésion vu que l'appréciation ne peut porter « sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Elle peut toutefois concerner une clause financière, par exemple les modalités de paiement ou de détermination du prix. La menace est donc très large alors qu'elle est radicale, vu que la suppression envisagée consiste à réputer la clause non écrite (arg. C. consom., art. L. 132-1).

Or, cette sanction dépend d'un critère qui n'en est pas un. En effet, le constat d'un « déséquilibre significatif » n'est pas la conclusion d'un syllogisme juridique. Elle ne résulte pas du rapprochement d'une règle articulée sur des hypothèses précises et de l'identification des faits correspondants dans la cause. Elle ne se déduit pas, elle se décide au terme d'une délibération dominée par des éléments d'opportunité et de sociologie dans les meilleurs cas, de considérations de comptoir dans les pires.

Au demeurant, la manière dont se décide cette qualification au sein des cénaclés chargés d'éclairer la jurisprudence et la pratique en témoigne. Que ce soit devant la Commission des clauses abusives ou la Commission d'examen des pratiques commerciales, les contrats sont examinés secteur par secteur et la décision de considérer telle clause comme abusive ou non résulte de l'observation des contraintes de la pratique, des effets sur les clients, de l'économie du secteur et d'un échange entre les représentants de chaque bord. Le processus ne correspond pas à l'application logique des principes préétablis mais à l'élaboration d'une décision d'ordre politique, au sens noble. D'ailleurs, le résultat consiste à établir des listes de clauses abstraitement jugées « noires » ou « grises », c'est-à-dire à décréter des prohibitions ou des suspensions, non à les déduire.

Il en va de même lorsque la qualification appartient à un juge, sauf que celui-ci tranche seul et dans les contraintes de temps et d'information du procès. On mesure alors combien la décision est abandonnée à sa subjectivité. Or, comme on ne peut pas savoir

à l'avance qui sera le juge du contrat, accorder un tel pouvoir à tout juge, c'est interdire aux contractants de faire des prévisions fiables sur la valeur qui sera accordée à telle ou telle clause de l'accord, pourtant dûment acceptée, sauf à bénéficier de l'éclairage préalable d'une recommandation de l'Administration, d'une commission ou d'un courant jurisprudentiel.

C'est un mauvais message délivré aux opérateurs économiques. Ceux-ci ont besoin de prévisibilité, besoin pour la satisfaction duquel la technique du contrat a au demeurant été inventée.

Anthropologiquement, le message est également inquiétant. Il y a dans « Pacta sunt servanda » l'expression d'une confiance dans la faculté de l'homme à être juge de ses propres intérêts. Si l'affaire tourne autrement qu'espéré, il participe de sa dignité d'homme libre d'assumer néanmoins sa parole, quitte à y être forcé par un juge. A-t-il accepté un risque excessif ? L'expérience lui servira et l'amènera à mieux pouvoir désormais prononcer ce simple mot dont Chamfort faisait la clé de la liberté et du caractère : le mot « non ». À l'inverse, permettre à un juge de revenir sur l'équilibre qu'un contractant a accepté en toute liberté et toute conscience, ce n'est pas seulement protéger son inconstance. C'est aussi lui dire qu'il est mauvais juge de ce qui est bon pour lui mais qu'heureusement, le tribunal est là pour déterminer ce qu'il n'aurait pas dû consentir. Cette pente fait frémir.

Cette critique perd de sa valeur quand le contrat n'a pas été véritablement négocié, ce qui renvoie à au moins deux hypothèses : celle où la liberté de dire « non » est réduite car le besoin de contracter est vital ; celle où elle n'a pas eu à s'exercer car il était entendu entre les parties que les termes de l'accord ne feraient pas l'objet d'une discussion, voire d'une lecture.

Le premier cas de figure a engendré les réglementations protectrices du

### NOTES

(16) Par exemple T. com. Lille, 11 sept. 2011, T. com. Lille, 6 janv. 2010, RDC 2010, p. 928, obs. M. Behar-Touchais.



contrat de travail ou du bail d'habitation. On peut les juger excessives ; elles sont légitimes en leur principe. Les contrats satisfaisant, dans l'univers commercial, des besoins analogues peuvent être jugés dignes d'une réglementation aussi partielle et tatillonne, ce qui pourrait justifier l'octroi au juge d'un pouvoir quasi réglementaire tel que l'envisage l'article 77. Le contrat de distribution peut correspondre à cette figure ; les règles du droit du travail s'y étendent d'ailleurs parfois (C. trav., art. L. 7321-1). On peut en débattre(17), et les solidaristes concentrent d'ailleurs leurs tirs sur ce secteur. Les autres contrats d'affaires n'ont pas les mêmes raisons de subir un tel sort.

Le second cas de figure correspond au contrat d'adhésion. Le contrat de consommation en est l'emblème. Faut-il étendre le dispositif au BtoB ? Le droit allemand l'a fait, mais en limitant son domaine aux contrats non négociés ! Les avant-projets académiques de réforme français s'y étaient également cantonnés(18), mais l'article 77 n'a pas cette sagesse : il s'appliquera aux contrats d'affaires négociés pied à pied, *mark-up* après *mark-up*, réunion d'avocats après réunion d'avocats. Un protocole transactionnel, une cession de contrôle, un pacte d'actionnaires, un financement de projet, une *security package*, une licence de brevet, une commande d'Airbus : tout en relèvera et sera ouvert à la purge du juge en cas de contentieux. C'est bien en cela que ce texte est le plus incongru, et pour

cela qu'il sera jugé peu admissible par les opérateurs du commerce international.

## II - UN TEXTE NUISIBLE À L'ATTRACTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS

Il fut un temps où l'idée d'une réforme du droit des contrats visait à permettre au droit français de retrouver son lustre et de concurrencer la *common law* dans les opérations du commerce international. Sur le premier plan, l'article 77 peut être neutre. Sa défiance envers la volonté libre pourra être compensée par l'idéal d'équité qu'il prétend refléter ; cela nous vaudra l'admiration renouvelée des débiteurs du monde entier. Sur le second plan, il est douteux que l'objectif soit atteint.

Les opérateurs du commerce international ont, en effet, besoin de savoir que le résultat de leur accord aura force de loi, comme le disait l'article 1134 du Code civil. Le coût parfois élevé de la négociation le justifierait déjà. Plus généralement, le risque de l'investissement se mesure aussi à la sécurité juridique de l'accord qui l'organise.

Allez donc expliquer à un opérateur américain, anglais ou allemand, que toute clause de son contrat pourra être supprimée par le juge s'il l'estime source d'un « déséquilibre significatif » ! Il vous interrogera alors sur ce que cela signifie. Si, pour toute ré-

ponse, vous ne pouvez mieux faire que lui dire qu'on ne sait pas exactement, qu'il s'agit d'une notion souple, variant selon les circonstances et assez subjective mais parfois éclairée par des recommandations, certes non contraignantes, d'un organe administratif, il va devenir difficile de le convaincre d'opter pour l'application du droit français. En fait, il est assez probable que même l'opérateur français envisagera une alternative à son droit, tant il est devenu incertain. Il serait intéressant que la Chancellerie interroge quelques directeurs juridiques et secrétaires généraux d'entreprises sur ce point, ainsi que les cabinets d'affaires tournés vers les opérations internationales. Cela permettra à tous de se faire une idée.

Si les réponses vérifient notre sentiment, la réforme ne sera pas une victoire, mais un nouveau Waterloo. Pour prendre la suite du Code Napoléon, on pouvait rêver mieux. C'est dommage, car le projet de réforme est dans son ensemble plutôt bon et heureux. L'article 77 en est la « *poison pill* ». Nos amis anglais ne manqueront pas de nous apprendre le sens de cette formule si ce texte devient loi.

### NOTES

(17) D. Mainguy, Faut-il brûler le droit de la distribution ?, D. 2013, p. 1222.

(18) Avant-projet Catala, art. 1122-2 ; avant-projet Terré, art. 67.



# L'EXÉCUTION FORCÉE

## DU « COÛT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE » À LA RECONNAISSANCE D'UN « DROIT D'OPTION »

L'EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS, QUI S'EFFECTUE PAR PRINCIPE PAR ÉQUIVALENT, N'EST PAS AFFECTÉE MAIS AMÉLIORÉE PAR L'ARTICLE 127 DU PROJET.



PAR DANIEL MAINGUY,  
PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ  
DE MONTPELLIER I

La question de l'exécution forcée des obligations des contrats est tout à la fois l'un de ces standards de l'enseignement du droit des obligations et l'une des questions capitales du droit français. Dans l'avant-projet divulgué fin 2013 et qui pourrait servir de base à un projet de loi ou d'ordonnance, l'article 129 dispose ainsi que « *le créancier peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Il aurait ainsi vocation à remplacer l'article 1142 du Code civil, fameux s'il en est, selon lequel, actuellement, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Sans doute faudrait-il ajouter d'ailleurs l'actuel article 1184 du Code civil qui envisage l'exécution forcée comme alternative de la demande de résolution

du contrat par le créancier qui subit une inexécution. Il est vrai que la question de l'inexécution est complexe, prise isolément comme sanction d'une obligation non ou mal exécutée, ou globalement comme sanction du contrat dont une ou plusieurs obligations sont non ou mal exécutées.

Si la rédaction de la revue a choisi de présenter les commentaires de ce projet à plusieurs voix, c'est que des voix dissonantes se manifestent. Très souvent, cette différence de ton se résume à une querelle doctrinale, dont les échos ne s'élèvent guère au-delà des amphithéâtres. Tel n'est pas tout à fait le cas ici : il ne s'agit pas de louer ou blâmer le candidat législateur pour ce qu'il choisirait une option ou une autre, mais en premier d'apprécier l'état du droit positif et ensuite le projet, *de lege lata* donc, *de lege ferenda* ensuite, très classiquement, avec un propos plus général sur la description du droit des contrats.

*De jure lata*, plus que *de lege*, dans la mesure où le droit positif, en la matière mais plus globalement en droit des contrats, repose intégralement sur un ensemble de décisions interprétant des normes préalables, et non sur la loi qui est soit in-

complète, soit imprécise, soit absente, soit qu'elle renvoie délibérément à l'interprétation, comme c'est le cas de l'utilisation d'un standard juridique.

Or, l'appréciation de ce qu'est le droit positif, jurisprudentiel, et sa description relèvent classiquement en France du travail doctrinal. Ainsi, notre collègue et contradicteur Thomas Genicon s'inscrit dans la partie, importante, de la doctrine qui considère que le droit positif révèle que ni le créancier ni le juge ne disposent de l'opportunité de l'appréciation de la sanction. « *Le droit positif proclame donc que, en principe, pour obtenir l'exécution en nature, il suffit au créancier de la demander* », et donc que le droit de demander et d'obtenir l'exécution forcée en nature serait un droit posé, efficace et opérationnel en droit français. Là se situerait une différence essentielle avec la *common law*, et avec l'analyse économique du droit, dont l'invocation sert en général de repoussoir à toute alternative envisageable. Et par voie de conséquence, l'article 129 constituerait tout à la fois une dangereuse régression et une attaque contre les droits du créancier. Ainsi, le fondement du droit américain des contrats reposerait sur la sanction d'avoir à payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution, une exécution forcée par équivalent et non une exécution forcée en nature, tandis que le *credo* du droit français reposerait, au contraire, sur la plénitude de la promesse d'une telle inexécution forcée en nature.

Or c'est bien là toute la difficulté : le principe de la sanction de l'inexécution des obligations (et des contrats) repose-t-il sur celui de l'exécution forcée en nature ou, au contraire, sur celui de l'exécution forcée par équivalent, c'est-à-dire entre une exécution en nature contrainte dès lors que le débiteur

ne s'exécute pas spontanément ou la possibilité pour le débiteur de verser un équivalent à la valeur de l'obligation inexécutée? L'article 1142 du Code civil incline vers la seconde conception. Il est acquis depuis l'arrêt «Whistler»<sup>(1)</sup> que les obligations de faire présentant un caractère personnel pour leur exécution se résolvent par équivalent. La raison en est simple : la solution inverse serait contraire à des considérations fondamentales tenant à la conception de l'être humain, prohibant toute menace physique, toute coercition musclée héritée de la longue évolution du droit de la responsabilité. Ce serait en même temps contraire à des considérations économiques et de bon sens : forcer quelqu'un à faire quelque chose serait contre-productif (ce n'est pas là de l'analyse économique du droit, mais de l'analyse morale). Il reste alors les obligations de ne pas faire et les obligations de faire qui n'impliquent pas la personne du débiteur, dont les obligations de payer une somme d'argent, sous la réserve de mesures comme celles des articles 1244-1 et suivants du Code civil, ou les obligations de livrer une chose. Nous estimons alors que, dans la pesée des deux masses, les obligations dans lesquelles la personne du débiteur importe pour l'exécution de l'obligation sont plus nombreuses, plus essentielles que les autres, et ce faisant que l'exécution forcée en nature des obligations n'est ni un principe, ni un droit, ni une primauté, mais une faculté.

Du point de vue de la survie du contrat en cas d'inexécution du contrat, et en s'en tenant à ce qui mérite d'emporter la résolution du contrat, la question qui se pose est très clairement celle de l'existence de ce qu'on pourrait désigner comme un «droit d'option» : le contractant qui est en situation de ne pas exécuter une obligation d'un contrat subira-t-il l'exécution forcée en nature du contrat ou, au contraire, cette inexécution se résoudra-t-elle en dommages et intérêts? Le problème est exactement le même que précédemment, en plus important. L'article 1184 du Code civil, à la différence de l'article 1142, permet au créancier de choisir entre l'exécution forcée du contrat, lorsqu'elle est possible, ou sa résolution. Or, l'exécution forcée en nature du contrat aboutit à permettre à un juge, face à une situation

d'inexécution, y compris lorsque celle-ci s'est accompagnée d'une résiliation, unilatérale, du contrat, de maintenir la situation contractuelle de manière forcée, voire de réintégrer les contractants dans cette situation contractuelle. C'est d'ailleurs tout le débat autour de la question, minuscule en apparence, de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter par le promettant, où les solutions ont oscillé entre exécution forcée en nature ou par équivalent de l'obligation de promettre ou de celles du contrat de promesse lui-même avec la solution, de droit positif, que l'on sait. Admettre par conséquent que l'exécution forcée en nature du contrat est possible par principe, ou son contraire, que chacun des créanciers dispose d'un droit d'option (exécuter ou payer), est un choix de politique judiciaire majeur. Là encore, le droit positif se situe du côté du droit d'option : la victime de l'inexécution ne dispose pas, en principe, de la possibilité d'obtenir le maintien forcé, voire le rétablissement forcé du contrat.

Ce dont il résulte, si notre appréciation du droit positif est conforme à la réalité de la jurisprudence, qu'il n'y a pas de «droit à la prestation» pour le créancier, qui impliquerait un droit à obtenir l'exécution forcée en nature, primant tous les autres remèdes à l'inexécution d'une obligation ou d'un contrat et surtout tous les autres ressorts de l'appréciation d'une situation contractuelle, qu'ils soient de nature morale ou économique. Il n'existe pas plus de rente comme créancier obtus que comme débiteur récalcitrant.

*De lege ferenda*, alors, la nouveauté paraît moins terrifiante. La nouveauté de l'article 129 du projet repose sur la considération par le juge du «coût manifestement déraisonnable» de l'exécution forcée en nature du contrat. Ce type de considération n'est pas nouveau : l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, la question de l'«économie du contrat», l'appréciation du caractère proportionné d'une obligation, la question de l'«erreur sur la rentabilité», etc., sont autant de situations dans lesquelles le juge dispose de la faculté d'apprécier la valeur d'une prestation, du fait de la loi ou parce qu'il se l'est reconnue.

Il s'agit donc d'un critère supplémentaire au droit positif existant, si on admet

que l'appréciation du caractère personnel de l'exécution d'une obligation n'est pas équivalente à l'appréciation du coût, excessif ou non, de l'exécution forcée, et qu'elle s'inscrit dans l'idée que l'exécution forcée en nature est impossible. C'est un critère supplémentaire offert au juge et, d'après ses détracteurs, une faveur supplémentaire offerte au débiteur paresseux, une faveur compassionnelle très mal à propos et qui relèverait de l'analyse économique du droit, laquelle serait soumise aux «contraintes du marché». Outre le fait que, à supposer que tel soit le fondement de l'article 129, il conviendrait, pour que ce fondement devienne opérationnel, que les juges soient convaincus et pétris d'analyse économique du droit, ce qui est très loin d'être le cas, considérer que la mise en œuvre de l'article 129 conduirait nécessairement et automatiquement à une déconsidération de la sanction de l'inexécution est par ailleurs purement divinatoire. En effet, on ne voit pas pourquoi le juge serait plus ou moins laxiste selon que le texte de loi est rédigé d'une façon ou d'une autre, surtout si le doute persiste sur le point de savoir si, aujourd'hui, la question de l'exécution forcée en nature est, ou non, le principe. On ne voit pas d'ailleurs pour quelle raison, du seul fait de l'ajout de cette formule, les juges seraient subitement pris d'une frénésie spectaculaire aboutissant à vider les obligations de leur sens ou à soudainement donner raison aux créanciers malicieux ou malveillants. Ce sont là les mêmes craintes et injonctions faites aux juges, regardés avec suspicion par une partie de la doctrine, que celles observées lors de la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 (JO 10 juill.) et l'ajout de l'article 1152 du Code civil, voire, dans un tout autre domaine, les propos tenus avant l'adoption de la loi sur le mariage pour tous.

Il nous semble en outre qu'il n'y a pas de risque majeur à installer cet ajout, bien au contraire. Face, par exemple, à une créance de somme d'argent, il n'y a pas de crainte ajoutée au droit existant : on ne voit pas comment l'exécution forcée en nature, possible, pourrait être plus coûteuse, manifestement et déraisonnablement, ni s'agissant de la livraison

## NOTES

(1) Cass. civ., 19 mars 1900.

d'une chose. En revanche, on imagine sans peine des situations aujourd'hui difficiles à traiter telles que certaines relations de distribution, par exemple des contrats de référencement dans lesquels un fournisseur s'est engagé, pour une année en général, à fournir un certain nombre de choses à un certain prix, intangible. Imaginons que le prix des matières premières servant à leur fabrication croisse ou décroisse de manière importante et imprévisible et voilà un débat à cheval sur la question dite de l'«imprévision» et de l'exécution forcée du contrat. Là où un contractant, face à la hausse qu'il subit, considérera que le contrat doit être exécuté, au besoin de manière contrainte, l'autre considérera que cette situation résulte d'un changement de circonstances économiques qui doit justifier une renégociation ou une rupture; et si le même bénéficie de la baisse, le débat est alors inversé, dans les mêmes termes. La loi «Hamon» n° 2014-344 du 17 mars 2014 (JO 18 mars) a commencé de proposer une solution par l'introduction de l'article L. 441-8 du Code de commerce qui impose, pour certains produits, une clause de renégociation pour pallier les effets de ces changements de circonstances, mais c'est une solution contingente. L'article 129 du projet permettrait de régler la solution, sous le contrôle du juge, de manière générale, par l'appréciation du caractère manifestement déraisonnable de l'exécution forcée d'un contrat trop onéreux et conduisant à la ruine : il n'y a pas là de volonté de se soustraire à un ensemble d'obligations, ni de donner corps à on ne sait quelle politique.

Enfin, il faut peut-être rendre raison à l'opposition, vaine, qui existerait entre analyse française et analyse économique du contrat. Nous pensons que les règles du droit des contrats, françaises ou de *common Law*, sont des règles libérales, fondées sur la liberté contractuelle, mais que l'interprétation de ces règles, dont le contenu est indéterminé par principe avant cette interprétation, réalise la norme applicable, peu important sa conformité (immesurable) à tel ensemble de valeurs, qui relève d'un droit naturel. Telle est, simplifiée, la conception descriptive du droit, la conception réaliste française. L'adhésion à celle-ci n'interdisant pas de penser ou de juger, la légitimité de ces règles

interprétées peut être réalisée selon des modèles, des valeurs si on préfère, qui obéissent, en droit des contrats, à deux grandes logiques. Ce ne sont en principe que des logiques explicatives et non prescriptives : la norme n'est pas moins norme parce qu'elle ne correspond pas à tel modèle prôné par telle autorité doctrinale ou morale.

De ce point de vue, la logique française du droit des contrats relève en général d'une analyse morale, plus ou moins morale d'ailleurs, par exemple quand il s'agit de défendre l'application stricte des règles contractuelles, en une analyse morale minimaliste selon laquelle, avec Ripert, la règle morale étant déjà inscrite dans la lettre de la règle civile, il n'est certainement pas besoin d'en ajouter, ou au contraire lorsqu'il s'agit de préférer l'analyse prétorienne de la bonne foi et d'en tirer des conséquences, dans une analyse morale maximaliste. Dans les deux cas, il s'agit, pour leurs promoteurs, de défendre une conception propre de la valeur «morale» : la morale contenue dans la justice résultant de la volonté des contractants, ou la morale résultant de la prise en compte d'un standard extérieur à la volonté contractuelle. L'alternative à l'analyse morale est une analyse économique, fondée sur des conceptions prônant l'allocation maximale des richesses et sur l'efficacité économique des règles du droit des contrats, et non sur le respect d'une morale quelconque, à la manière dont on peut, par exemple, suivre les raisonnements opérés en droit de la concurrence, les autorités spécialisées de la concurrence appliquant strictement les préceptes de l'analyse économique, entendons «non morale».

Il n'est pas impossible que le fondement de la rédaction de l'article 129 du projet soit porté par des considérations d'analyse économique, il faudrait le demander à son rédacteur, mais ce sont surtout les motivations des juges qui importent. Or ils ne sont en général guère portés à satisfaire les canons du dogme de l'analyse économique. Afin que, par conséquent, l'analyse économique supposée s'impose, il faudrait admettre que ce fondement économique, cette *ratio legis*, soit opposable au juge, et croire que les règles de l'interprétation des normes légales reposent de manière dé-

finitive et obligatoire sur les canons de la logique formelle qui comprend, entre autres adages (non posés), celui selon lequel la *ratio legis* s'imposerait à l'interprète (donc qu'une figure tutélaire rappelle à l'interprète cette règle immanente). Or, observons, un peu vite sans doute, que c'est très exactement cette manière de raisonner qui a justifié ce que, aux États-Unis et, un peu, en France, on a désigné comme la «crise de l'interprétation», la critique de la méthode formelle qui permettrait de deviner en toutes circonstances, par des «méthodes d'interprétation», ce que serait l'application de la règle au cas particulier, pour lui opposer la méthode réaliste, la *law in action* contre la *law in books*, devenue la méthode économique, supposée plus conforme à la réalité de la pratique décisionnaire aux États-Unis. Or, si la méthode réaliste est en général simplement descriptive (la norme est ou n'est pas économiquement efficace), il existe aux États-Unis un courant qui fait de l'analyse économique un dogme, notamment sous la houlette de Richard Posner, pour qui «*le droit américain de common law est efficace*», formule qui n'est pas plus vraie ou fausse que celle qui affirmerait que le droit français de contrats est moral, et qui signifie que le droit «doit être» efficace. Or, cette prescription économique ici n'est pas plus juridiquement obligatoire que telle prescription morale là.

Ce dont il résulte qu'il est très vraisemblablement exagéré d'invoquer le mythe d'une invasion intellectuelle ultra-océanique pour lutter contre une innovation en droit des contrats, alors même, d'une part, que le droit français des contrats a très largement évolué, voire a été bouleversé, sans que les règles du Code civil aient bougé d'une lettre, et, d'autre part, que la mesure de l'effet de l'innovation peut s'effectuer au regard du droit existant, lui-même à évaluer, et de l'inertie, considérable, liée à la structure du système juridique français. La singularité, sans doute heureuse, de celui-ci n'a rien à craindre de l'article 129 du projet : il ne vise pas à permettre à des débiteurs de ne plus exécuter leurs obligations, mais simplement à proposer une solution pour résoudre des situations, sans doute extrêmes, où l'exécution, spontanée ou forcée, serait déraisonnable, immorale.



## CONTRE L'INTRODUCTION DU « COÛT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE » COMME EXCEPTION À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

EN INTRODUISANT UNE NOUVELLE EXCEPTION À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE TENANT AU « COÛT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE » DE LA MESURE, LE PROJET FAIT RECULER LES DROITS DES CRÉANCIERS CONTRACTUELS ET OPÈRE UN CHANGEMENT D'ORIENTATION NOTABLE DU DROIT DES CONTRATS, D'AUTANT PLUS REGRETTABLE QU'IL EST SUBREPTICE ET NOURRI D'UN ÉCONOMISME MAL-À-PROPOS.

PAR THOMAS GENICON,  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ RENNES I

Il est des textes qui, au-delà de leur rôle technique immédiat, constituent les ressorts essentiels d'une discipline. Ces textes, pourrait-on dire, ont une double portée : l'une d'apparence modeste puisqu'il s'agit pour eux de trancher une difficulté contentieuse précise, l'autre, bien plus large, puisqu'ils révèlent les pivots politiques fondamentaux d'un système juridique.

Sa brièveté et sa technicité ne doivent pas tromper : l'article 129 du projet de réforme est de ceux-là. Avec quelques autres textes, il traduit en partie la pensée politique qui porte le projet de réforme et lui donne l'une de ses orientations capitales, orientation qui sera cruciale par la suite pour l'interpréter s'il devient droit positif et le faire fonctionner dans son ensemble de façon cohérente.

S'il en est ainsi, c'est parce que l'article 129 traite de l'exécution forcée en nature que le droit des contrats, dans son état actuel, place aujourd'hui au sommet de la hiérarchie des sanctions de l'inexécution puisqu'il en fait un droit offert au créancier non seule-

ment contre le débiteur mais aussi contre le juge. Ce dernier en effet ne peut apprécier l'opportunité de cette sanction qui, en quelque sorte, ne s'exclut que par elle-même lorsqu'elle est impossible à administrer en pratique (ce qui inclut tout de même l'impossibilité morale tenant au caractère éminemment personnel de la prestation due ou à une coercition attentatoire aux libertés fondamentales). Le droit

positif proclame donc que, en principe, pour obtenir l'exécution en nature, il suffit au créancier de la demander. Bien évidemment, cette « proclamation » est lourde de sens qui révèle l'idée que notre droit se fait de la force obligatoire du contrat dont il est voulu, par le biais de sa première sanction, qu'elle soit, en pratique, inébranlable. Il y a là un choix politique fondamental qui, à la fois, marque la singularité du droit français par rapport aux droits de *common law* notamment, et à la fois, rayonne sur l'ensemble des autres règles qui constituent le droit positif des contrats.

C'est dire si, dans ce contexte, l'article 129 du projet opère un changement d'orientation notable. Car en introduisant, parallèlement à l'impossibilité, une nouvelle exception à l'exécution forcée tenant au « coût (...) manifestement déraisonnable » de cette mesure, le texte ouvre une brèche dans le droit du créancier qui, en pratique comme en théorie, pourrait bien être considérable, au point de bouleverser les grands équilibres du droit des contrats. Or, il nous semble que cette petite révolution est très regrettable et l'on voudrait montrer pourquoi, serait-ce en manquant trop souvent de nuance et de précision, ce que nous impose la forme du billet d'opinion.

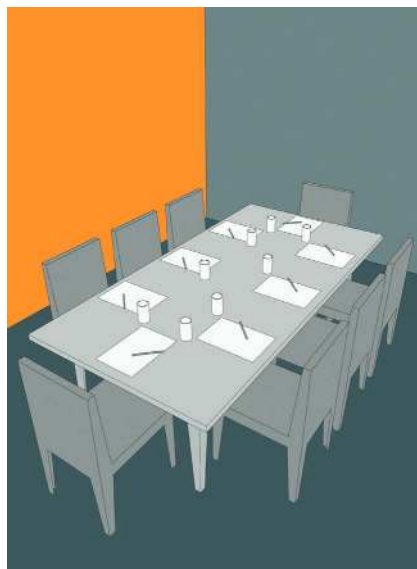


De quoi s'agit-il ? Il s'agit d'autoriser le juge à substituer à l'exécution en nature, réclamée par le créancier victime, l'allocation d'une simple somme d'argent (des dommages-intérêts), au motif que l'exécution en nature serait trop coûteuse pour le débiteur. On avouera regretter cette altération du droit du créancier, comme la faveur corrélative qui est ainsi faite au débiteur pourtant fautif.

S'agissant du créancier, il ne fait guère de doute qu'il est le perdant de cette innovation – et l'on pourrait d'ailleurs commencer par s'étonner qu'une réforme de modernisation du droit des contrats produise **un affaiblissement des droits du créancier contractuel** bafoué. Là où il dispose aujourd'hui d'un droit inconditionnel ou presque à obtenir du juge la prestation qui lui était due, il devrait se contenter à l'avenir de la simple possibilité d'obtenir cette mesure du juge après réévaluation économique, par ce dernier – sur la base de quels critères au juste ? –, des coûts respectifs du contrat. Car c'est bien cela dont il retourne : la réserve du « manifestement » ne valant guère plus qu'une vague mise en garde au juge (même si ce n'est pas rien, en l'absence de méthode d'évaluation donnée par le texte, il en fera bien ce qu'il voudra), tout le dispositif se concentre sur l'analyse du coût de la prestation pour le débiteur, actualisé au jour de l'inexécution. On passera sur la révision judiciaire indirecte, qui est ainsi rendue possible, d'un contrat pourtant conclu justement afin de se prémunir contre des augmentations de coûts, encore qu'il y aurait peut-être à redire sur la conciliation de l'article 129 avec le texte qui projette d'introduire la résolution pour imprévision (paradoxalement, cette dernière semble bien répondre à des conditions plus étroites). Il faut plutôt insister ici sur le résultat pratique de cette innovation : la mise sous condition (économique) d'un droit à prestation pourtant né du contrat, concédé librement par le débiteur, et précisément conçu comme... inconditionnel. On doit le souligner lourdement, en effet : l'article 129 opère indirectement une redéfinition des droits contractuels dans leur ensemble dès lors qu'il n'y a pas de dissociation possible entre le droit contractuel à la prestation et la sanction de

l'exécution forcée en nature. Affaiblir la seconde, c'est amputer d'autant le premier : nier l'exécution forcée, c'est nier le droit (de propriété ?) que le créancier a acquis sur la prestation objet de l'obligation. Il y a là une très grande originalité – à préserver absolument – de cette sanction reine par rapport aux autres sanctions de l'inexécution : **l'exécution forcée n'est pas une sorte de dispositif judiciaire naissant, par contingence, de l'inexécution, comme c'est le cas de la résolution ou des dommages-intérêts**; ce n'est pas une mesure spécifique du juge méritant pour cela d'être contrôlée par lui, **c'est le droit contractuel préexistant du créancier, la prestation elle-même** que le débiteur s'est engagé à fournir, simplement « *mis en force* » (N. Molfessis) au cours d'un procès.

Et au fond, ce qui justifie la primauté de l'exécution forcée aujourd'hui, c'est la volonté politique de rendre le contentieux et la sanction judiciaire insensibles pour le créancier, afin de faire comme si le contrat s'était exécuté spontanément. Ainsi respecte-t-on au mieux le droit à la prestation d'un créancier qui n'a pas à souffrir des obstacles que la mauvaise volonté de son débiteur a pu dresser : **entre la réalisation non contentieuse de son droit et la réalisation contentieuse de ce même droit, il ne doit pas y avoir de différence pratique, estime le droit français. C'est la raison pour laquelle l'appréciation en opportunité du juge n'a pas sa place, qui doit être**



**serviteur du droit à la prestation et qui doit gommer l'accident du procès dès lors que l'idéal de réalisation d'une convention est sa réalisation non judiciaire.** Il est donc normal de conférer au créancier un droit inconditionnel et de ne pas faire basculer le contrat dans une phase de réévaluation et de redéfinition judiciaire de ses droits, alors surtout que le débiteur s'est refusé à s'exécuter. Car sinon, il est trop facile de faire obstacle à la bonne fin du contrat : il suffit au débiteur d'en gêner l'exécution pour transformer la prestation, au mieux, en une faveur du juge, au pire, en un simple droit à une somme d'argent. Mais, justement, c'est peut-être ce qui est recherché et le débat se déplace alors sur un autre plan, d'ordre quasiment idéologique.

En effet, il faut se demander pourquoi le projet accorde une telle faveur au débiteur alors surtout, rappelons-le, qu'il est fautif. On se tromperait lourdement si l'on pensait qu'il s'agit de réserver simplement la possibilité d'une compassion très exceptionnelle du juge à l'endroit d'un débiteur malheureux. Car alors, on l'aurait formulée dans cet esprit, en termes choisis, dans le libellé du texte. On ferait la même erreur si l'on pensait que l'article 129 ne fait que réserver l'exception générale de l'abus de droit. Car, une nouvelle fois, on l'aurait formulée ainsi (et, *in fine*, c'est la rédaction finale vers laquelle on inclinait personnellement, encore que cela aille sans dire puisque la théorie de l'abus de droit est d'application générale). Non, il s'agit d'aller bien au-delà de ces cas d'exception, si du moins les mots – « *coût* (...) *manifestement déraisonnable* » – ont un sens. On l'a dit, sauf à ajouter des conditions que le texte ne prévoit malheureusement pas, il s'agit d'autoriser le juge à écarter la prestation en nature à chaque fois que les frais d'exécution pour le débiteur sont tels qu'il n'y retrouve « *manifestement* » pas son compte, c'est-à-dire chaque fois que l'exécution contrainte du contrat lui ferait perdre démesurément de l'argent (une nouvelle fois, selon le point de vue du juge, par nature étranger à l'économie subjective du contrat). La référence expresse que fait le texte au « *coût* » de la mesure ne laisse planer aucun doute, qui oriente vers une analyse d'ordre économique et nullement humaniste. Du reste, il ne





faut pas se voiler la face : chacun sait bien que la formule discutée (« *coût manifestement déraisonnable* ») relève typiquement de la fameuse analyse économique du droit, approche qui entend façonner les mécanismes contractuels à la lumière dominante des impératifs du marché (pour permettre une efficacité optimale du système). Aussi bien, on ne peut user d'une telle formule sans ignorer qu'elle est porteuse en son sein d'une normativité très orientée ni se dispenser d'une réflexion de fond sur le changement de cap ainsi suggéré pour notre droit.

Il n'est pas question de faire le procès général de l'analyse économique du droit qui a évidemment ses mérites – sauf à souligner qu'elle ne repose pas, comme on le prétend parfois, sur une vision plus pratique et réaliste des choses : œuvre de spéculation intellectuelle et de déductions idéales, elle bâtit le plus souvent des montagnes d'abstraction. On entend plutôt critiquer l'application approximative et finalement très dogmatique qui en est faite ici, dans le cas particulier de l'exécution forcée en nature. *Brevitatis causa*, en faisant reculer l'exécution forcée, on éviterait de gaspiller le temps et l'argent d'un débiteur qui pourrait les employer ailleurs plus efficacement, en même temps que, dans l'intérêt général, on ne mobiliserait pas démesurément des ressources pour satisfaire le « caprice » d'un individu (le

créancier). Dans cette perspective, qui postule finalement qu'un contrat n'est économiquement rationnel – et ne mérite donc considération – que s'il est exécuté spontanément, il est assumé que le droit doit, **sinon faciliter la violation des engagements, du moins faire en sorte que le contrat ne soit pas trop obligatoire : les dommages-intérêts sont perçus comme un moyen d'« acheter » légitimement sa sortie**. On sait que les droits de *common law*, sans épouser pleinement et sans nuances importantes une telle vision, y sont tout de même sensibles : « *Le devoir de respecter un contrat, en common law, signifie que vous devez prévoir de payer des dommages-intérêts si vous ne le faites pas – et rien d'autre* », n'hésita pas à dire le juge Holmes. Mais est-ce là la voie dans laquelle on veut engager notre droit ? Il faut au moins avoir conscience de la pente naturelle de l'article 129 mais aussi d'un certain **sui-visme culturel d'autant plus regrettable qu'il se fait à contretemps : le droit français se piquerait en effet d'analyse économique du droit au moment même où, outre-Atlantique, on commence de s'en dépren-dre** ou, à tout le moins, à en relativiser sans cesse davantage la portée. Le phénomène est d'autant plus frappant qu'il concerne, entre autres, la question de l'exécution en nature, où « *la common law commen(çant) à prendre plus au sérieux les obligations contractuelles* » (L. Smith), se préoccupe de

trouver les moyens pour les « renforcer » (S. Whittaker). Aussi bien, il nous semble que l'on aurait plutôt avantage à gagner le temps perdu par d'autres et à faire l'économie d'un détour dont ils s'apprêtent peut-être à revenir. Et cela pour plusieurs raisons.

À se placer, d'abord, sur le terrain du bénéfice économique global, justement, on aura plutôt tendance à croire aux vertus commerciales d'un système prophylactique affirmant que la convention est irrévocable – l'exécution forcée en nature en étant précisément le garant principal – plutôt qu'à celles très hypothétiques d'un droit du contrat à contre-emploi invitant, serait-ce discrètement, à sa violation. Les milieux d'affaires ne s'y trompent pas, qui, au-delà de tel ou tel cas particulier où l'intérêt individuel du moment peut en effet inciter à ne pas respecter un engagement, ont bien conscience qu'ils ont **davantage intérêt globalement à proclamer ensemble à grande échelle l'inviolabilité des conventions, de peur de faire sombrer le marché dans l'insécurité. Il est donc souhaitable que le droit des contrats relaye cette conscience collective**. Car, malheureusement, la vie quotidienne des entreprises montre assez bien que ces dernières, tour à tour auteurs et victimes, n'ont pas besoin que la loi leur suggère de nouvelles échappatoires pour violer leurs engagements. Pour dire les choses crûment, les débiteurs se trouvent déjà



suffisamment d'excuses pour que le système juridique n'en rajoute pas ou ne leur donne une légitimité qu'elles n'ont pas par nature. Il vaut mieux au contraire que le droit les aide à lutter contre cette tentation séduisante à court terme mais mortifère à moyen terme pour le marché. Cela est d'autant plus justifié que, lorsque les entreprises ne tiennent pas leurs engagements, ce n'est que rarement par malice ou impéritie : elles le font par intérêt, lorsqu'elles ont calculé clairement ou instinctivement, qu'elles croient avoir plus à gagner qu'à perdre en ne s'exécutant pas. Il serait contre-productif que la loi reprenne ce calcul à son compte pour l'encourager, car il est, en pratique, la véritable menace, au quotidien, de la pérennité des conventions. On avouera d'ailleurs être étonné de l'innovation proposée par l'article 129 alors que, à notre connaissance, elle n'a jamais été une revendication de la pratique, pas plus que les entreprises se sont plaintes de la rigueur de l'exécution forcée en nature... N'est-ce pas que les solutions du droit positif en la matière satisfont les besoins des affaires ? Pourquoi, alors, changer ce qui fonctionne (ce qui pourrait conduire à souhaiter, si la réserve du « manifestement déraisonnable » n'est malheureusement pas supprimée, que l'article 129 précise au moins qu'elle est supplétive) ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que si les bénéfices que pourrait apporter la modification envisagée demeurent très incertains, on est à peu près assuré de ses inconvénients. Car à trop se préoccuper du coût regrettable de la mesure pour le débiteur, on en a peut-être perdu de vue celui qui sera imposé au créancier à chaque fois que l'exécution en nature lui sera refusée. La difficulté majeure tient au fait que le juge lui dénierait le bénéfice d'une prestation alors que tout l'utilité et l'attrait, pour le créancier, de cet avantage non monétaire est de ne pas être... de la monnaie – monnaie qui lui sera pourtant in fine imposée par les dommages-intérêts. Cet avantage spécifique est précisément la raison pour laquelle le créancier a accepté de s'éloigner d'une somme d'argent (le prix), afin d'avoir autre chose à la place, ce qui marque l'utilité fondatrice du contrat conclu. Il

faut même aller plus loin pour garder à l'esprit que les dommages-intérêts ne sont pas souvent une compensation satisfaisante et très rarement une compensation couvrant exactement le préjudice. Comme l'a dit plaisamment L. Aynès, « l'exécution par équivalent n'est jamais l'équivalent de l'exécution ». Et pour cause, le propre d'une prestation non monétaire est précisément de procurer un avantage... non monétaire, qui peut bien relever de l'inchiffable, voire de l'ineffable : l'agrément, le plaisir, l'émotion et, sans même aller jusque-là, le simple choix libre d'une couleur de vêtement ou d'un positionnement original de carrelage. L'avantage décisif de la primauté de l'exécution en nature est précisément de considérer en principe que le juge ne peut jamais, même dans les cas apparemment les plus anodins, se faire évaluateur « des goûts et des couleurs » du créancier qu'il n'a pas le droit d'« objectiver » par une conversion monétaire qu'il jugerait équivalente et donc satisfaisante. Car ce serait nier la fonction même du contrat qui, œuvre de volontés individuelles, sert à permettre la réalisation d'un besoin subjectif par nature. Emprunter la voie opposée, comme le fait l'article 129 du projet, suppose un droit des contrats désincarné qui, pour paraphraser le mot d'Oscar Wilde, croit connaître le prix de toute chose mais choisit manifestement d'en ignorer la valeur.

La remarque est importante, car on ne se rassurera pas à bon compte en observant que, de toute façon, dans la réalité quotidienne, le créancier opte spontanément lui-même pour les dommages-intérêts, ce qui fait que la question de l'exécution forcée en nature, délaissée en pratique, ne mériterait donc pas tant d'attention en théorie. Outre le fait que l'affirmation est sujette à caution, se laver ainsi les mains serait oublier – point crucial – que la primauté de l'exécution forcée a une incidence directe sur les modes d'évaluation des dommages-intérêts. La jurisprudence montre en effet que, lorsqu'il est question de calculer l'indemnité allouée au créancier, le juge doit lui attribuer le montant qui lui permettra d'obtenir la prestation en nature due auprès d'un tiers (lorsque cela est possible, bien sûr) et, dans cet office, à la différence de

certaines droits étrangers, il ne peut retenir comme base d'évaluation une prestation de substitution moins coûteuse que l'exacte prestation contractuelle due. Là encore, l'article 129 changera la donne. En effet, dans la perspective de ce texte, les dommages-intérêts alloués en lieu et place de la prestation au « coût manifestement déraisonnable » devront être calculés à minima (ainsi que le montrent globalement les droits de common law) puisqu'ils ne sauraient, eux non plus, entraîner un surcoût déraisonnable : sauf à se contredire, si l'on fait le choix d'écarter l'exécution en nature parce qu'elle est trop dispendieuse, il faudra veiller à ne pas réintroduire ce coût excessif pour le débiteur dans les dommages-intérêts qu'on le condamnera à verser. Ce qui fait qu'en définitive, la perte sera double pour le créancier qui, d'une part, sera dépossédé de son droit inconditionnel à l'exécution forcée et, d'autre part, sera privé d'une évaluation très protectrice des dommages-intérêts. On avouera avoir d'autant plus de mal à voir où se trouve le progrès que les répercussions de l'innovation ne s'arrêtent pas là. Il a été remarquablement montré (Y.-M. Laitier) comment le recul de l'exécution forcée entraîne mécaniquement une adaptation de l'ensemble des règles du droit des contrats, orientée vers une modération à la baisse de la force obligatoire des conventions. Par où l'article 129 pourrait bien être le cheval de Troie d'une logique générale qui entend faciliter la violation des engagements.

C'est précisément ce qu'il faut empêcher, selon nous. Le droit n'est pas simplement un règlement technique, le droit est aussi un discours : il est nécessairement proclamation de valeurs et de choix politiques, quels qu'ils soient. Qu'on le veuille ou non, cela vaut aussi pour le droit des contrats et l'on ne peut légiférer sans tenir compte de cette profession de foi qu'il est aussi. Dans cette perspective, le droit français se trouve à la croisée des chemins : il peut soit suivre une sorte de mainstream juridique globalisé, soit s'affirmer comme une voie – une voix – originale et forte – une autre musique à entendre. Notre monde en a tellement besoin. □

# LA RÉOLUTION UNILATÉRALE

## LA RÉOLUTION PAR NOTIFICATION : QUESTIONS EN SUSPENS (1)

LE PROJET CONSACRE, À LA SUITE DES PRÉCÉDENTS, LA RÉOLUTION UNILATÉRALE. MAIS L'INSTITUTION EST-ELLE IMPÉRATIVE ? LA MISE EN DEMEURE TOUJOURS NÉCESSAIRE ? LA MOTIVATION FOURNIE INTANGIBLE ? DES RÉPONSES NUANCÉES MÉRITENT D'ÊTRE ENVISAGÉES POUR CHACUNE DE CES QUESTIONS.



PAR PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS I (PANTHÉON-SORBONNE)

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne en termes apparents qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

L'article 134 du projet introduit dans le code l'institution inaugurée par l'arrêt « Tocqueville » du 13 octobre 1998 d'après le-

quel « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » (2). À cet égard, il paraît se borner à codifier le droit positif tant cette formule s'est implantée en jurisprudence. Elle s'est enracinée également en doctrine; ainsi, les deux projets académiques de réforme dont s'est inspiré celui de la Chancellerie admettent de concert cette résolution par notification unilatérale (3). Enfin, ce procédé existe déjà à propos de nombreux contrats spéciaux ainsi qu'à l'étranger (4). Pour toutes ces raisons, on fera ici l'économie d'un débat sur la légitimité même de l'institution. Une littérature abondante ayant déjà identifié les arguments pour et contre, il serait vain d'y revenir. Il est plus instructif de s'intéresser aux détails techniques gouvernant la mise en œuvre de cette forme de rupture.

À cet égard, on observe que le texte proposé a évolué depuis sa première mouture de mai 2008. Il formait à l'époque un article 168 qui se lisait comme suit : « Lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat, il peut mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure n'est efficace que si elle mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, à ses risques et périls.

Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution.

Lorsque l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie ».

On avait observé qu'il serait logique de supprimer l'alinéa 3 du texte et les mots « en l'absence de saisine du juge » figurant à l'alinéa 4 (5). Ces précautions aboutissaient à un paradoxe : consacrer une résolution unilatérale mais en réduire la portée à presque rien, vu que le débiteur pourrait la priver d'effets simplement en élevant une contestation à son sujet. On donnait ainsi toute licence au débiteur de bloquer le procédé pour

### NOTES

(1) Observations sur l'article 134 du projet de la Chancellerie (version octobre 2013) de réforme du droit commun des contrats.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, n°96-21.485, Bull. civ. I, n°300, GAJ civ., par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n°180, p. 266.

(3) Avant-projet Catala, art. 1158, et avant-projet Terré, art. 109.

(4) Ph. Delebecque, Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature, Dr. & patr. 2004, n°126, p. 56.

(5) Ph. Stoffel-Munck, Exécution et inexécution du contrat, in La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009, p. 333, n°25; Th. Genicon, in J. Ghestin (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, LPA 2009, n°31, n°spécial, p. 89.

en revenir à une procédure judiciaire longue. Or, c'était précisément ce que la jurisprudence et les droits étrangers avaient entendu éviter pour les hypothèses d'inexécution grave.

En outre, le dispositif s'éloignait également de la jurisprudence « Tocqueville » en ce qu'il était dépourvu de charge punitive. Son jeu supposait simplement que l'inexécution « prive le créancier de son intérêt au contrat » ; la résolution ne s'ordonnait donc plus à la gravité intrinsèque de l'inexécution mais à celle de ses effets.

Sur ces deux points, l'actuel projet change d'optique.

D'une part, il apparaît que la notification ne pourra plus être suspendue par la simple « saisine » du juge des référés. Sans doute le juge des référés pourra-t-il ordonner à titre provisoire une poursuite de l'exécution, c'est-à-dire une suspension de la résolution prononcée, notamment si celle-ci lui paraît constituer un « trouble manifestement illicite ». Ce sera une question de droit des référés mettant en débat les pouvoirs, très vastes, qui sont reconnus à cette juridiction par le Code de procédure civile (6). Néanmoins, sa simple « saisine » n'y suffira pas. C'est heureux. D'autre part, la résolution par notification se rapporte à nouveau à « la gravité de l'inexécution ». Un comportement grave, quoique encore dépourvu d'effets préjudiciables concrets, pourrait donc justifier la rupture. On se rapproche de la résolution par anticipation que préfigure par ailleurs l'admission de l'exception pour risque d'inexécution (art. 128), sans l'admettre encore : l'inexécution et sa gravité doivent être avérées, non leurs effets dommageables. C'est un moyen terme.

Le contrôle approfondi du juge sur le respect de cette condition, déterminante du bien-fondé de la résolution, a donc vocation à intervenir a posteriori. Ce retour à l'inspiration première de la jurisprudence « Tocqueville » est, au demeurant, exprimé par la réintroduction de la formule selon laquelle la résolution opère aux « risques et périls » de qui la prononce. Ces « risques et périls » sont incarnés par la possibilité offerte au juge de réactiver la force obligatoire du contrat rompu sans

droit, c'est-à-dire d'en ordonner l'exécution en nature selon les critères propres à cette mesure (art. 129). Le débiteur se voit, en effet, offrir de « contester la résolution » et pas simplement d'engager la responsabilité de qui la lui a notifiée à mauvais escient. Cela paraît logique, car si l'on admettait, à l'inverse, que la résolution unilatérale anéantisse le contrat même quand elle est infondée, on donnerait à chacun la faculté d'en sortir quand il veut sous réserve de dommages et intérêts. Tel n'est pas l'esprit de l'institution (7). En ceci, le projet exprime un respect pour la force obligatoire des engagements légalement formés qui s'inscrit dans la tradition française.

Ce retour à l'esprit premier de la jurisprudence « Tocqueville » est utile. On regrettera, en revanche, que la plume du codificateur n'ait pas, à ce stade, saisi l'occasion d'en éclaircir certaines des incertitudes. On en relèvera trois.

### I – L'IMPÉRATIVITÉ DU DISPOSITIF

Peut-on par avance renoncer à recourir à la résolution unilatérale ?

Avant d'envisager une réponse, l'intérêt de la question doit être explicité. La résolution unilatérale est sans doute, et comme chaque création humaine, une technique imparfaite. Les abus auxquels elle peut donner lieu ne sauraient toutefois faire oublier ses vertus, en particulier celle de permettre à une partie de s'affranchir rapidement et simplement d'une relation dans laquelle son partenaire adopte un comportement inadmissible, voire dangereux (8). Sans lui, une partie peut saboter la relation à son avantage tout en la maintenant et, avec un peu de savoir-faire, échapper à une clause résolutoire mal rédigée puis retarder durablement l'issue d'une action judiciaire en résolution. Ces choses-là arrivent ; elles peuvent être le fait de grandes comme de petites entreprises car le cynisme, la rouerie et la duplicité ne sont pas affaire de fortune mais de personnes. Le droit ne peut rester sans réaction face à ces calculs. Or, il offrira un secours trop lointain si le contractant qui entendait conserver les mains libres dans la relation avait pris soin d'obtenir une mise à l'écart des remèdes extrajudiciaires

que le droit positif propose, notamment une renonciation anticipée à la résolution unilatérale. L'observation plaide pour imposer une certaine impérativité à la résolution unilatérale.

Toutefois, le parti adverse a aussi ses arguments. La résolution unilatérale frappe de précarité toute relation en permettant la rupture dès la première incartade pour peu qu'elle soit grave. Si elle se maintient le temps de la mise en demeure, qui peut au demeurant être fort bref, c'en sera fini. À l'inverse, le temps long dans lequel s'inscrit la résolution judiciaire permet les rémissions tardives en autorisant le juge à faire droit, « selon les circonstances », aux offres d'exécution présentées à la barre (C. civ., art. 1184, al. 3). Cette souplesse n'est pas sans avantage ; les clauses résolutoires permettent de l'écarter pour les défaillances qu'elles visent, mais, si l'on systématise la résolution unilatérale, cette vertu sera perdue par principe ; si on la rend impérative, on interdit même aux parties de la restaurer. Pourquoi leur interdire de s'en remettre à la seule sagesse du magistrat ?

Enfin, dans une vue plus méthodique, on peut se demander pourquoi un remède que la loi offre aux parties ne devrait pas rester à leur disposition. L'hypothèse de la partie « forte » qui fait renoncer son cocontractant au bénéfice de ce procédé afin de mieux l'enfermer dans le contrat n'est-elle pas suffisamment marginale pour être négligée ?

Le droit positif n'est pas clairement fixé sur ces sujets. Des arrêts semblent admettre que la convention puisse écartier par avance le jeu de la résolution unilatérale.

### NOTES

(6) En faveur de ce pouvoir, v. récemment Cass. com., 29 janv. 2013, n°11-28.576 : « le juge des référés apprécie souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser le trouble qu'il constate, laquelle peut consister en l'exécution du contrat sans dépasser son terme ».

(7) Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dr. & patr. 2004, n°126, p. 70.

(8) Pour un exemple pittoresque, v. Cass. com., 31 mars 2009, n°07-20.991, RTD civ. 2009, p. 320, obs. B. Fages.

(9) Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-10.148, Dr. & patr. 2010, n°189, p. 69, obs. Ph. Stoffel-Munck.



térale(9). De notre point de vue, il y a dans l'institution un noyau dur qui mérite d'être impératif. Il correspond à ce procédé tel qu'il était avant l'arrêt «Tocqueville», à savoir la possibilité d'une résiliation unilatérale anticipée en cas de comportement grave et d'urgence. L'urgence impose une réaction rapide du droit. Une inexécution grave devrait donc toujours pouvoir justifier une libération immédiate s'il y a urgence, quand bien même les parties auraient exclu cette résolution, soit qu'elles aient renoncé à la résolution unilatérale, soit que l'inexécution corresponde à un des cas couverts par une clause de leur convention, notamment une clause résolutoire. Sous cette réserve, la résolution unilatérale pourrait demeurer un remède simplement supplétif de volonté.

## II – LA NÉCESSITÉ DE LA MISE EN DEMEURE

Dès l'arrêt «Tocqueville», la jurisprudence a subordonné le jeu de la résolution unilatérale à une mise en demeure préalable. L'article 134 reprend cette exigence. Est-elle absolument nécessaire? À nouveau, il y aurait, selon nous, matière à distinguer. Sur le principe, il est compréhensible que cette formalité soit requise; pour les défaillances qui ne sont pas irrémédiables, on peut même penser qu'elle contribue à caractériser la gravité de l'inexécution, celle-ci n'atteignant ce seuil que par sa persistance. Pour autant, il est des défaillances immédiatement définitives, comme quand un distributeur viole son obligation d'exclusivité en contractant avec un concurrent de son fournisseur; de même quand un contractant exprime sa volonté déterminée de cesser d'exécuter telle obligation essentielle, voire le contrat en son entier, puis «passe à l'acte» et indique qu'il persistera définitivement ou tant qu'on ne lui accordera pas telle concession, par exemple une augmentation de sa rémunération ou une diminution du prix convenu. Dans de tels cas, la nécessité d'une mise en demeure préalable est moins nette.

Une autre situation délicate est celle où le comportement d'ensemble du contractant est devenu insupportable sans qu'on puisse attacher à une défaillance plutôt qu'à une autre un caractère particulier de gravité; telle est l'hypo-

thèse de l'incurie aux mille signes, chacun mineur mais dont le faisceau justifie la rupture. Dans ce contexte, une mise en demeure peut-elle se borner à être un rappel à l'ordre général? Proche est l'hypothèse de la défaillance arythmique: des inexécutions ponctuelles, irrégulières mais si répétées qu'elles en deviennent constantes; une défaillance perlée. La mise en demeure va-t-elle se borner à dire que la prochaine inexécution devra être la dernière, sans même pouvoir la définir concrètement vu qu'elle est à venir?

La mise en demeure est une institution fonctionnelle. Comme il en va pour toute règle, la portée de l'exigence de cette formalité ne devrait pas excéder ce que commande son fondement. Elle ne devrait donc pas jouer toutes les fois que l'inexécution se trouve, par sa nature ou d'après les circonstances, irrémédiable. À défaut, on donne la possibilité au débiteur de remettre en cause le processus alors que l'irrégularité alléguée ne lui fait pas grief. Les raisons d'accorder une telle prime à la mauvaise foi ne s'aperçoivent pas. Dira-t-on qu'il est plus dangereux encore de laisser le créancier se faire juge de l'intérêt de la mise en demeure? Cela serait peu choquant, selon nous, car cet unilatéralisme est dans la logique même de l'institution. Le risque d'abus étant canalisé par le contrôle a posteriori du juge, le créancier s'accordera cette dispense «à ses risques et périls». Autrement dit, s'il a résilié sans mise en demeure préalable alors que l'inexécution aurait pu être purgée, cela suffira à démontrer qu'elle n'avait pas la gravité suffisante pour justifier ce remède unilatéral. En l'employant sans crier gare, il se sera ainsi lui-même mis en faute et son initiative pourra ne pas produire effet ou l'obliger à réparer le préjudice causé. Cela paraît suffire à l'inciter à la prudence alors que, d'un autre côté, s'il est évident que l'inexécution est irrémédiable, la mise en demeure ne serait qu'une formalité retardant la solution que constitue la sortie du contrat et aggravant éventuellement le dommage qui résulte de l'inexécution.

## III – L'INTANGIBILITÉ DE LA MOTIVATION PREMIÈRE DE LA NOTIFICATION

L'article 134 exige à juste titre que le créancier exprime dans sa notification

de résolution «les raisons qui la motivent». Cette exigence de motivation ne vise pas à permettre au débiteur de remédier à l'inexécution. C'est l'éventuelle mise en demeure préalable qui joue ce rôle. Par suite, l'énoncé des motifs vise à préparer la suite du processus, à savoir l'éventualité d'un contrôle par le juge. À cet égard, la motivation de la résolution peut avoir deux fonctions: figer les motifs sur lesquels le juge va fonder son contrôle, à la manière dont le fait le droit du licenciement; donner au destinataire un premier aperçu de la solidité de la décision prise à son encontre de manière à lui permettre d'évaluer l'intérêt d'une contestation ou de s'en prévaloir dans ses relations avec les tiers, indirectement concernés par cette décision ou par ses motifs.

La première option ferme au notifiant, dans l'éventualité d'une contestation judiciaire, la faculté de compléter l'exposé de ses motifs. La seconde la laisse ouverte.

Cette dernière solution paraît la plus sage et elle a d'ailleurs été adoptée à propos de l'emploi des facultés de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée(10). D'une part, elle permet de résilier avec des motifs suffisants, quoique incomplets, permettant d'éviter de tout dire, même les choses les plus inutilement désagréables. D'autre part, elle permet de résilier sans attendre d'avoir à constituer un «dossier» complet, laissant la possibilité de ne pas évoquer les griefs que l'on soupçonne et dont l'on ne se prévaut qu'au besoin et avec le secours des mesures d'instruction. De troisième part, elle correspond au rythme dans lequel bien des résolutions unilatérales s'inscrivent: l'urgence ou l'agacement peuvent conduire une partie à résilier sur la base de raisons qui lui paraissent suffisantes, même si elle sent qu'il en existe d'autres qu'elle n'a pas encore verbalisées. Elle devra fournir cet effort plus tard si le juge lui en demande compte. Cela ne suffit-il pas? □

### NOTES

(10) V. par exemple Cass. com., 4 juin 1996, n°94-18.596, non publié au Bulletin, RTD civ. 1996, p. 906, obs. J. Mestre.

# LA HIÉRARCHIE INVERSÉE DES MODES DE RÉOLUTION DU CONTRAT

L'INTRODUCTION DE LA RÉOLUTION PAR NOTIFICATION DANS LE DROIT FRANÇAIS DES OBLIGATIONS, BOULEVERSE LA HIÉRARCHIE DES MODES DE RÉOLUTION DU CONTRAT, RAVALANT EN THÉORIE LE JUGE À UNE PLACE SECONDAIRE. POUR CETTE RAISON ET D'AUTRES, EXPOSÉES ICI, IL EST SUGGÉRÉ D'EN ASSURER, AU TITRE DE L'ENSEMBLE DE SON RÉGIME, UNE APPLICATION DE DROIT STRICT, AINSI QUE DE DÉCOUPER SOIGNEUSEMENT LA FRONTIÈRE ENTRE LOIS IMPÉRATIVES ET SUPPLÉTIVES.



PAR PIERRE-YVES GAUTIER,  
PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS

**L**e principe – Architecture normative. – La nouvelle norme, codifiant la jurisprudence, qui sera bientôt en vigueur et permet la résolution unilatérale du contrat par la volonté d'une des parties, est exceptionnelle par rapport à la résolution judiciaire de l'actuel article 1184 du Code civil, telle qu'elle existe depuis 1804.

Ce n'est pas forcément un bouleversement historique, si on se rappelle que le droit romain l'admettait pour la vente et que la solution existait de longue date en droit comparé(11). Mais c'est un bouleversement tout de même, car la résolution judiciaire est longtemps restée la voie principale de la cessation du contrat pour faute, même si la clause résolutoire lui a elle-même porté exception très tôt, dans les contrats d'affaires.

Si l'on prend les articles 132 à 135 du projet, on voit que la résolution judiciaire devient un mode parmi d'autres de résolution du contrat et même le dernier de la liste : clause résolutoire, résiliation unilatérale, résolution judiciaire.

Non seulement il y a égalité, mais encore, si on s'en tient à l'ordre, cela devient le dernier mode possible. Du point de vue notamment de l'interprétation des textes à venir par le juge, ce n'est pas gratuit. Comme Cornu l'a marqué, tout article d'un code ou d'une loi doit être lu et appliqué dans son contexte et son ensemble(12). La résolution judiciaire vient en dernier (annonce de l'article 132, puis de l'article 135), en outre dans une formule presque péjorative : « la résolution peut toujours être demandée en justice ».

Cela fait peut-être beaucoup, pour être dans le vent de la modernité internationale, car il faut se souvenir du principal fondement du choix de politique juridique de l'article 1184 : la confiance dans le juge pour vérifier que les conditions d'application de cet acte grave et irrémédiable de la résolution pour faute d'une partie se trouvent bien remplies. De même, pour l'octroi éventuel d'un délai, afin que le débiteur s'exécute, si c'est encore possible(13).

Application de droit strict. – Cette considération de départ devrait alors se jaillir sur l'ensemble du régime de la résolution unilatérale : à commencer par probablement conduire à une double interprétation stricte (du contrat, de la loi), car on s'en remet entièrement, au moins dans un premier temps – qui peut être irréversible dans nombre de situations contractuelles de la vie des affaires –, à la décision de la partie qui notifie.

Et quoi qu'on en dise : il s'agit tout de même d'une exception à la règle selon laquelle nul ne peut se faire justice à lui-même, ici en matière civile(14). Les exceptions confirment les règles, mais ce n'est pas pour autant qu'il faille les appliquer largement. Il est vrai que celui qui y procède le fait « à ses risques et périls », de sorte que le mécanisme peut être validé, car il n'y a ici aucune violence ni voie de fait, juste la dissolution d'un acte juridique(15). Mais appliqué avec mesure.

En outre, les parties disposent déjà de la faculté d'insérer dans le contrat une clause résolutoire, évitant le recours au juge, tout en étant soumise au même contrôle a posteriori par celui-ci(16). L'avantage est qu'il y aura en ce cas un consentement, au moment de sa formation, alors que la résolution unilatérale constitue un moyen utilisable à tout moment et par surprise. Dans les contrats d'affaires, l'hypothèse de la partie faible qui n'aurait pu obtenir

## NOTES

(11) On peut utilement relire Planiol, qui s'étonne par ailleurs de l'indifférence de Pothier sur ce point, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, refondu par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., n° 528.

(12) G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3<sup>e</sup> éd., n° 75 s.

(13) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, refondu par G. Ripert et J. Boulanger, précité.

(14) V. sur ce point Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse, LGDJ, 2007, n° 585-586 ; D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003, V° Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même).

(15) V. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, Les biens, Les obligations, PUF, coll. « Quadrige », 2004, § 1106, qui cite Jhering ; P. Esmein, in M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., n° 428 : « Celui qui rompt ainsi le contrat le fait à ses risques. Mais le juge ne le condamnera pas, s'il estime que la résolution immédiate était justifiée et qu'il l'eût prononcée sans délai, s'il avait été saisi au jour où elle a eu lieu ».

(16) Rapp. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse précitée, n° 694, en faveur d'une gradation des modes et rappelant que « la résolution judiciaire offre l'avantage de mettre le contrat sous la protection du juge ».

cette stipulation et serait précisément la victime de l'autre, plus tard, n'est pas d'école, mais pas non plus celle qu'on trouve le plus souvent.

**Mise en demeure.** – Si l'on évoque par exemple la mise en demeure : hormis les cas où il n'est désormais plus possible d'exécuter, elle reste utile et nécessaire, afin de donner une chance à la survie du contrat ; il suffira au créancier d'arrêter un délai qui ne soit ni trop long, ni trop court, au regard des circonstances et de l'objet du contrat. Ici, la résolution unilatérale s'avère moins favorable que la clause résolutoire, pour laquelle les parties peuvent convenir d'une dispense de mise en demeure. Ou bien, il faudrait considérer que le texte est supplétif de volonté et non impératif, de sorte qu'elles pourraient s'en affranchir. Mais si l'on utilise le fil conducteur ci-dessus, on a déjà la réponse : danger, risques, exception, donc cela devrait être impératif, la clause est nulle (17).

**Motifs.** – Même ligne directrice pour l'obligation de motivation : parce que la rupture unilatérale est exceptionnelle et lourde de risques, on peut exiger du créancier qui notifie qu'il explique pourquoi il le fait. De sorte que par analogie avec le droit du travail – fondement commun d'un devoir de précaution et de protection de la partie qui subit la cessation du contrat –, ces motifs devraient être à la fois suffisamment explicites et se voir « gelés » au jour de la décision (18).

De ce point de vue, il serait trop facile, en cas de contestation devant le juge, pour celui qui aurait notifié sur tel motif, d'aller en avancer tel autre, après avoir reçu le conseil d'un avocat. Car de deux choses l'une : ou le motif existait, il est grave et cela suffit ; ou il ne l'était pas et la partie eût dû s'abstenir de résoudre par sa volonté et saisir le juge. Ce qui peut être rapide : procédure à jour fixe, puisqu'il y a urgence (CPC, art. 788).

Ainsi qu'un auteur proche de cette revue et des deux signataires de la présente contribution l'a déjà écrit dans ces colonnes, « le fait d'être obligé d'écrire les motifs est un autocontrôle de la pertinence de ceux-ci ; lequel précède éventuellement un contrôle par le



juge ou l'arbitre, en cas de contestation » (19).

Enfin, l'adage « Non concedit venire contra factum proprium » – nul ne saurait se contredire au détriment d'autrui – n'est probablement pas loin : donner un motif au moment de l'acte de rupture, pour en livrer un autre devant le juge, pourrait donner prise à un tel grief (20).

**Y renoncer.** – Toujours avec ce fil conducteur, il y a le point de savoir si les parties pourraient s'interdire par avance d'utiliser ce texte, ce qui conduit à se poser une deuxième fois la question de savoir s'il est de nature impérative ou supplétive – mais en le faisant point par point à traiter et non de façon générale.

Avant d'y répondre, on peut se demander si ce ne serait pas un peu étrange : car si elles en sont là dans l'effervescence de la négociation, le plus simple pour elles est d'avoir recours à la clause résolutoire, point final. Ce n'est que si elles s'interdisent et la clause et la rupture unilatérale, que le problème surgit.

À partir du moment où ce mode, très utile, mais alternatif, mérite d'être strictement encadré, la réponse jaillit et est différente – d'où l'analyse point par point – de la précédente : norme supplétive, il peut alors y être renoncé.

**Le juge.** – Il reste le pouvoir du juge, saisi par la partie qui souffre de la rupture unilatérale : le maintien forcé du contrat, ordonné le cas échéant en référé, est sans doute la solution la meilleure pour la sécurité du cocontractant

qui subit la rupture, si bien entendu la décision avait été abusive et mal fondée (21). C'est aussi le moyen de faire réfléchir la partie qui en prend l'initiative, car elle doit savoir que le contrat risque d'être maintenu (sous astreinte).

Une réserve, cependant, sous forme d'analogie : le contrat présente certains points communs avec le mariage ; chacun sait que lorsque l'un a décidé de partir, l'union n'est plus viable, de sorte qu'il s'agit de trouver la voie la moins douloureuse possible pour en sortir, ouvertures et régime du divorce. On ne maintient pas dans le contrat une partie qui a décidé de le répudier, même si elle a tort, c'est aussi de la sociologie juridique à prendre en compte. Des dommages-intérêts, le cas échéant « punitifs », suppléeront alors une exécution forcée qui n'a plus grand sens. □

## NOTES

(17) En matière contractuelle, les lois impératives sont de plus en plus présentes, par rapport aux traditionnelles lois supplétives, v. par exemple, F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2012, n° 493.

(18) Rapp. B. Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, Droit du travail, Relations individuelles, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1479.

(19) L. Aynès, Dr. & patr. 2004, n° 126, p. 68.

(20) Sur lequel, v. par exemple B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 274 ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 81-82.

(21) Comp. Th. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, thèse précitée, n° 616, texte et réf.