

DROIT DES CONTRATS

(Vol. 2)

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

LICENCE 2

2022-2023



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Section 3. – Le contenu du contrat

171. Présentation. – La question est sans doute l'une des plus discutées de la réforme de 2016. L'article 1128 impose un contenu licite au contrat pour sa validité, lequel est déterminé à l'article 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». L'article 1163 envisage ensuite l'hypothèse de l'objet du contrat. Il faut donc un objet et un but licites.

Avant 2016, la question de l'objet de l'obligation ou du contrat (C. civ., anciens art. 1126 à 1130) faisait l'objet de dispositions particulières comme celle de la cause de l'obligation ou du contrat (C. civ., anciens art. 1131 et s) mais relativement succinctes et assez mystérieuses, notamment s'agissant de la « cause ». Par exemple, l'article 1108 identifiait l'objet *du contrat* et l'article 1129 l'objet de l'*obligation*. Désormais la question de l'objet du contrat est indifférente. Par ailleurs, l'objet de l'obligation est défini comme la prestation, et nom comme la chose ou le service (qui serait l'objet de l'objet, l'objet de la prestation).

La question de la « cause » en revanche est éliminée, il n'en est plus question, sinon par la notion de « but ».

Or, c'est là une pièce majeure du droit classique des contrats, qui permettait, notamment de considérer des contrats ou des clauses comme nulles en raison de la contrariété avec une certaine conception de la cause. Considérée comme obscure, cette notion a été ainsi abandonnée, non sans de nombreux débats doctrinaux.

Pourtant, la question était finalement assez simple.

Une conception classique de la cause y voyait la raison du contrat, le but immédiat de contracter (*causa proxima*) envisagé de façon abstraite et uniforme pour tout contrat. Ainsi, *dans un contrat synallagmatique*, l'obligation de chaque partie trouve sa cause dans l'obligation de l'autre (je réalise telle prestation parce que je vais recevoir un paiement, et réciproquement).

Une conception plus contemporaine de la cause a alors été proposée²⁷³. Il s'agirait d'identifier la cause comme la raison concrète du contrat, les motifs qui ont justifié le contrat (*causa remota*). La cause serait alors différente pour chaque contrat, subjective, sa *cause impulsive et déterminante*.

Ainsi, il s'agissait de se poser la question de savoir *pour quelle(s) raison(s)* tel contrat a été conclu, et, ainsi, de repérer éventuellement une cause illicite (pourquoi tel appartement est-il loué, pour y habiter, la cause est licite ; pour y installer une maison close, la cause est illicite).

Une synthèse était réalisée par la jurisprudence et la doctrine contemporaine.

²⁷³ H. Capitant, *De la cause des obligations*, 1927, L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, 1928, J. Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920 et Cf. L'excellente présentation par J. Rochfeld, *V° Cause*, *Rep. Civ. Dalloz*, et comp. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

La *cause de l'obligation*, ou *cause objective* est le but immédiat : la cause de l'obligation est recherchée dans l'obligation réciproque.

La *cause du contrat*, ou *cause subjective*, le motif, la cause impulsive et déterminante, qui permettait de contrôler la moralité ou la licéité de tel contrat²⁷⁴. En même temps, l'abstraction, l'académisme, de la notion, très française, inconnue de bien des systèmes étrangers, à commencer par la conception anglaise des contrats, a conduit à son abandon formel : à bien des égards nous verrons que, s'agissant de la mesure de la contrepartie, la « cause » demeure, sinon dans sa lettre du moins dans son esprit.

172.Plan. La réforme de 2016 laisse donc deux éléments, l'objet et le but, mais l'ensemble peut être distingué selon les fonctions des règles, bien des questions traitées ayant été inspirées fortement par les développements que la jurisprudence avait identifiés à travers le régime de la cause, par l'identification de cas précis, permettant de s'éloigner de la conception assez floue prévalant avant 2016. La conception était floue, mais elle avait le mérite de permettre aux juges, et à la Cour de cassation, de saisir des situations dont la solution relevait tout autant d'une logique de technique juridique que d'une conception morale ou de justice. Les cas précis désormais retenus objectivisent le contrôle du contrat. Il reste cependant de la place pour maintenir la capacité des juges à retenir des solutions originales.

Nous observerons ces questions de manière diversifiée : l'identification de la prestation (I) la question de la licéité du contrat (II), celle l'équilibre des prestations (III).

I. – L'objet de l'obligation : la prestation

173.Objet de l'obligation, une prestation. L'objet est défini comme celui d'une obligation : une prestation, une prestation présente ou future (C. civ., art. 1163). L'exigence d'une prestation résoud une question, qui est celle de l'objet de cette prestation, une chose, un service, un paiement, etc., la question étant du domaine des contrats spéciaux. La Code civil ignore désormais la distinction classique entre obligation de faire, ne pas faire ou donner, pour ouvrir, au-delà, à une

²⁷⁴ Cass. civ. 1ère, 12 juill. 1989, *JCP* 1990, II, 21546, note Y. Dagorne-Labbé : Un parapsychologue avait vendu à l'une de ses congénères divers matériels d'occultisme pour une somme avoisinant les 50 000 francs que l'acheteuse n'avait pas réglée. Le vendeur engageait une action contre laquelle l'acheteuse opposait un argument apparemment décisif : le contrat se fondait sur une cause illicite. L'arrêt d'appel l'avait admis ce que contestait le vendeur qui, au contraire, considérait que la cause de ce contrat reposait sur la contrepartie attendue du transfert de propriété, c'est-à-dire le prix convenu. Rejet du pourvoi : « *mais attendu, d'abord, que si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé ; qu'ayant relevé qu'en l'espèce, la cause impulsive et déterminante de ce contrat était de permettre l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, activité constituant la contravention prévue et punie par l'article R. 34 du Code pénal, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle cause, puisant sa source dans une infraction pénale, revêtait un caractère illicite (...)* ».

multitude de prestations possibles.

L'identification et la précision de l'objet, c'est-à-dire de la ou des prestations du contrat est nécessaire : la formule des articles 1163 et suivants vise à permettre aux parties de s'assurer que leur engagement repose sur quelque chose de tangible, que les obligations que le contrat crée sont identifiées.

La prestation doit être présente ou future, ce qui correspond à critère de l'existence et de la certitude de l'obligation (A), possible (B), déterminable (C).

A. Existence et certitude de la prestation

174. Existence et certitude. L'objet de l'obligation, une prestation, doit exister, c'est-à-dire qu'elle doit être posée, être saisissable. Par exemple le contrat de vente présente des obligations, qu'elles soient celles du Code civil ou celles que les parties ont envisagées, obligation de livrer, obligation de payer, obligation de garantir contre les défauts, etc. Ces obligations existent, elles sont présentes, elles sont certaines.

Une prestation *présente* peut être comprise comme une obligation qui a vocation à être exécutée rapidement. Une prestation non présente est une prestation qui n'existe pas, une chose qui n'existe pas par exemple, ou qui a été détruite ou qui a disparu²⁷⁵. Cette situation s'oppose ainsi à l'hypothèse d'une prestation *future*, qui peut l'être soit parce que sa naissance ou son exécution est reportée à une date future, par un terme ou une condition suspensive par exemple soit parce que la prestation, une chose notamment, n'existe pas encore (une chose à fabriquer par exemple). Si par extraordinaire la prestation future ne survient pas, l'obligation, voire le contrat, est caduc.

Ce qui importe alors, c'est la certitude de l'existence de la prestation au moment de la formation du contrat : un contrat portant sur une chose qui existe au moment du contrat, mais qui est détruite ensuite, est valable, de même qu'un contrat qui porte sur une chose qui existera, et dont on peut raisonnablement penser qu'elle existera ; en revanche un contrat portant sur une chose qui n'existe pas est un contrat sans objet, un contrat annulable.

La dualité n'est d'ailleurs pas tout à fait exacte : les contrats aléatoires, par exemple, contiennent des obligations certaines, par exemple l'obligation pour l'assuré ou le joueur de payer quelque chose, la prime d'assurance ou un enjeu, tandis que l'obligation réciproque, le paiement d'une somme couvrant le dommage subi ou le paiement d'un gain, est soumis à un aléa.

De ce point de vue, l'obligation n'est pas présente, elle est future, mais incertaine. En revanche, la certitude tient au fait que si l'événement déclachant l'obligation de l'assureur survient, la obligation est certaine, ce qui valide le contrat.

Une prestation incertaine serait celle d'un contrat par lequel une personne devrait réaliser cette prestation, si elle le souhaite, c'est-à-dire une obligation postestative, notion envisagée à propos du régime des obligations.

²⁷⁵ Cf. pour des titres de sociétés, cédés alors qu'ils avaient disparu du fait d'une fusion antérieure : Cass. com. 26 mai 2009, n° 08-12691, RTDciv. 2009, p. 527, obs. B. Fages.

Ces précisions sont parfaitement satisfaisantes mais elles laissent en chemin un débat existant avant 2016 s'agissant de l'existence d'obligation, et donc de prestations, inhérentes au contrat, c'est-à-dire que les parties n'ont pas envisagées ni expressément ni même implicitement, mais qui se révèlent sous la plume d'un juge, comme ce fut le cas des obligations d'information ou des obligations de sécurité, qui s'imposent dans certains contrats sans même que les parties les aient envisagées.

B. Possibilité de la prestation

175. Une prestation possible. « *A l'impossible, nul n'est tenu* » en droit comme dans l'adage populaire : l'obligation n'existe pas si elle porte sur une prestation dont l'exécution est impossible à réaliser. Mais, les hypothèses de prestations impossibles sont, le plus souvent, de simples hypothèses d'école (Esopé a ainsi dégagé son maître de l'obligation de « *boire la mer* »).

La jurisprudence antérieure avait cependant sanctionné uniquement les impossibilités absolues, et non les impossibilités relatives. Par exemple le fait pour une personne de conclure un contrat dont les possibilités d'exécution dépassent ses capacités : acheter une chose impossible à payer, s'engager à réaliser un ouvrage au-delà de ses capacités identifie une hypothèse d'impossibilité relative, mais qui n'est pas sanctionnée par la nullité du contrat. Ce sont les règles ordinaires de la sanction d'une inexécution qui s'appliquent²⁷⁶.

C. Détermination de la prestation

176. Détermination et déterminabilité. Les articles 1163 à 1167 traitent, assez laborieusement, de cette question, avec un renvoi implicite aux questions, anciennes, de l'objet de l'obligation.

Il s'agit d'une exigence générale posée par ces textes et d'une forme d'évidence. La prestation, l'objet d'une obligation doit être déterminé, ou du moins déterminable, quant à sa quotité et son espèce, de manière que créancier et débiteur sachent à quoi s'en tenir, l'un pour exiger, l'autre pour s'exécuter.

Observons qu'il n'y a plus d'exigence générale de la détermination de la « chose » qui était considérée comme l'objet de l'obligation, avant 2016 : ce sont donc les règles particulières des contrats spéciaux qui traitent de ces questions, à moins qu'elles relèvent de la question de la licéité du contrat.

Elles demeurent cependant d'actualité : lorsque le contrat porte sur une prestation, il s'agit de savoir de quelle prestation exacte il s'agit, quelle chose, de quel type, quel service, de quelle manière, etc.

177. Quotité, quantité, qualité de la prestation. La détermination de la prestation doit d'abord porter sur « *l'espèce* », telle marchandise, tel service, ce qui n'est

²⁷⁶ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 2007, n°06-11591, D. 2007, p. 2068, note J. Rochfeld (débiteur d'une obligation de non-concurrence s'étant placé dans une situation rendant impossible sa bonne exécution).

pas traité par les articles 1163 et suivants, mais aussi la quantité : tant d'exemplaires, tant d'unités, tant d'heures consacrées, tant d'unité de monnaie, etc.

Dans de nombreuses situations cependant, la quantité ne peut être connue de façon définitive lors de la conclusion du contrat. Le contrat doit alors contenir des informations susceptibles d'assurer cette détermination au moment où la prestation obligatoire deviendra exigible; c'est-à-dire rendre l'objet « déterminable » : un contrat de fourniture peut, par exemple, créer à la charge d'un fournisseur l'obligation d'approvisionner un détaillant en toutes marchandises fabriquées par lui au moment de la commande et pour la totalité des quantités souhaitées par les clients du détaillant : l'objet de l'obligation de fourniture n'est que déterminable, à la différence d'un contrat qui obligerait à fournir un nombre précis de choses déterminées.

En revanche, l'article 1166 du Code civil insiste que la *qualité* de la prestation. En général cette question est traitée dans le contrat de manière explicite ou implicite. Explicite lorsqu'un contrat de construction détermine des prestations selon des plans d'architecte, avec des matériaux identifiés ; implicite lorsque le vendeur s'est engagé à livrer quelque chose sur la base d'un échantillon ou d'une description.

A défaut, l'article 1166 dispose que « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* », c'est-à-dire une forme de consécration de l'attente légitime d'un contractant.

178. Détermination et déterminabilité du prix : cas général. Les articles 1164, 1165 et 1167 envisagent des questions traitées de manière assez complexes avant 2016, à travers la question de la détermination du prix dans certains contrats-cadres, dans les contrats d'entreprise et une question assez marginale concernant la question des clauses d'indexation.

La question de la détermination ou de la déterminabilité du prix est en principe assez simple et associée à celle de l'existence d'objet. Ainsi, une vente d'une chose, un vêtement par exemple, est conclue un prix de 100 €, un contrat d'entreprise, une prestation d'avocat par exemple, pour un prix forfaitaire de 1000 €: le prix est ici déterminé.

En revanche, une autre vente porte sur l'ensemble des vêtements contenus dans un entrepôt ou un contrat conclu avec un avocat est établi en fonction du nombre d'heures que l'avocat consacrera au dossier : le prix est indéterminé, on ne le connaît pas. Il est déterminable si des éléments objectifs permettent, demain, d'assurer cette détermination : un prix par vêtements, qu'il suffira de compter, un nombre d'heures que l'avocat devra justifier. La formule de l'article 1163, al. 2 retient une proposition plus large « *La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Il convient donc que les éléments de détermination soient présents au moment de la conclusion du contrat.

179. Détermination du prix dans les contrats-cadres de distribution. L'article 1164 dispose que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* », formule qui n'est pas immédiatement compréhensible.

Dans les contrats-cadres de distribution la jurisprudence avait tiré argument de l'exigence de déterminabilité de l'objet, via un raisonnement passablement alambiqué dont l'objectif était d'assurer la protection des distributeurs considérés comme faibles et dépendants, pour décider que tous ces contrats devaient prévoir dès leur conclusion les éléments de détermination ou de déterminabilité du prix des choses vendues dans les contrats d'exécution. Il s'agissait généralement de contrats-cadres d'approvisionnement exclusif, dont l'exécution supposait la conclusion de contrats de vente, contrats d'application, alors que l'article 1591 du Code civil impose que la vente comprenne un prix déterminé ou déterminable.

La jurisprudence considérait alors que puisque ces contrats-cadres avaient pour objet la conclusion de contrats d'application dont le prix devait être déterminé ou déterminable que, par contamination, le contrat-cadre devait déterminer dès la formation, le prix de ces ventes futures. A défaut, les contrats-cadres étaient annulables.

L'exigence emportait annulabilité d'un nombre considérable de ces contrats en raison de la présence de clauses de « prix-catalogue » par laquelle le prix n'était pas déterminé à la conclusion du contrat mais était unilatéralement fixé par le fournisseur au moment de la conclusion des contrats d'application (ou au moment de l'édition des nouveaux prix, fonction de critères propres au fournisseur), clause usuelle dans tous ces contrats. Le prix n'était donc pas déterminé, ou en tout cas pas déterminable sinon de manière unilatérale (unilatéralité alors considérée comme arbitraire), l'annulation des contrats emportait abandon de toutes les clauses contraignantes post-contractuelles et, souvent, l'obligation de payer une somme au distributeur à titre d'indemnité. En 1971²⁷⁷ et surtout 1978, la Cour de cassation retint cette analyse et annula des contrats-cadres sur le fondement de l'article 1129 du Code civil : « *il faut pour la validité du contrat que la quotité de l'objet qui en est l'obligation puisse être déterminée* », soit le prix²⁷⁸.

Cette solution était largement critiquée car inadaptée alors que le droit de la concurrence contient tous les outils permettant d'éviter l'arbitraire du fournisseur, si tel était le but recherché par la jurisprudence, alors que l'action en annulation du contrat-cadre menée par le distributeur ne l'était jamais pendant la vie du contrat mais après son extinction, pour échapper à une clause de non

²⁷⁷ Com. 27 avril et 5 novembre 1971, D. 1972.353, note J. Ghestin.

²⁷⁸ Com. 11 octobre 1978 (trois arrêts), D.1979.135, note R. Houin, JCP 1978, II, 19034, note Y. Loussouarn.

concurrence post-contractuelle par exemple en utilisant la nullité absolue qui sanctionnait le défaut de détermination du prix au sens de cette jurisprudence. En 1991 de façon maladroite, mais surtout en 1994²⁷⁹, la Cour de cassation chercha une solution qui a abouti en 1995²⁸⁰ par une solution que reprend en partie l'article 1164 : « l'article 1129 c.civ. n'est pas applicable à la détermination du prix » et « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales, la validité de celui-ci » et, enfin, que « l'abus dans la fixation du prix peut donner lieu à résiliation ou indemnisation ».

On en retiendra que la détermination unilatérale du prix par le fournisseur n'était plus assimilée à une fixation arbitraire du prix, pas plus qu'une technique de fixation globale d'un prix²⁸¹. Par conséquent, le contrat-cadre pouvait parfaitement comporter une clause de prix catalogue²⁸². Mais, dans le même temps, le contentieux, jusqu'ici fixé au moment de la formation du contrat se déplaçait vers son exécution puisque le distributeur pouvait reprocher au fournisseur d'avoir commis un abus dans la fixation du prix. Or, la Cour ne donne aucun critère permettant de repérer un tel abus : ce n'est pas la seule hausse d'un prix qui fonde l'abus²⁸³, mais les circonstances qui l'entourent, la durée du contrat, l'intensité des liens obligationnels, la présence d'une clause d'exclusivité par exemple²⁸⁴.

Par ailleurs la sanction jurisprudentielle retenue avant 2016 était la *résiliation* du contrat et non sa *résolution*. La précision est essentielle dans la mesure où les deux sont des techniques juridiques de rupture d'un contrat, la résolution étant, en principe, rétroactive, à la différence de la résiliation.

L'article 1164 reprend presque la formule de l'arrêt de 1995 : la fixation unilatérale du prix des contrats d'exécution par le fournisseur est possible et

²⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *JCP*, éd.G, 1995, II, 22371, note J. Ghestin; éd.E, 1995, II, 662, note L. Leveneur; *D.*1995.122, note L. Aynès; *RTD civ.* 1995.358, obs. J. Mestre.

²⁸⁰ Cass. Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP*, éd.G, 1996, II, 22565, note J. Ghestin; *D.*1996.13, rapp. M. Jéol, note L. Aynès; D. Bureau et N. Molféssis, *chron.*, *Petites affiches*, 1995, n°155, p.16; A. Laude, *Chron. Dalloz Affaires*, 1996, n°1, p.4, A. Coeuret, *Chron. Dr. et Pat.*, janv. 1996, p.49, M.-A. Frison-Roche, *Chron. RJDA*, 1996, p.5; M. Jéol, Ch. Bourgeon, Ch. Jamin, Th. Revet, D. Ferrier, M. Pédamon et Ph. Simler, *La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière*, *RTD com.*1997.1s; Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997.

²⁸¹ Cf. Cass. com. 8 avr. 2008, n°06-18042, *RTDciv.* 2008, p. 475, obs. B. Fages, Cass. com. 7 avr. 2009, n° 07-18907, *RTDciv.* 2009, p. 321, obs. B. Fages.

²⁸² Cf. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, *RTD civ.* 2000, Obs. J. Mestre et B. Fages, pour une indemnité de remboursement anticipé dans un contrat de prêt.

²⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, (augmentation de 15% du prix non abusif) ;

²⁸⁴ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00475, *Contrats, conc. consom.* 2004, n°151, obs. L. Leveneur, *D.* 2005, p. 1828, note D. Mazeaud, *RTDciv.* 2005, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages à propos d'une hausse de 150% du prix de la location d'un coffre-fort (arrêt censurant l'arrêt d'appel qui avait condamné l'abus) ; Cass. com. 21 janv. 1997, *D.* 1997, p. 414, note C. Jamin. Mais comp. : Cass. com. 4 nov. 2014, n° 11-14026, *D.* 2015, p. 183, note J. Ghestin, *RTDciv.* 2015, p. 123, obs. H. Barbier (prix excessifs dès l'origine car ne permettant pas une activité concurrentielle).

rend déterminable ce prix. En revanche, en cas de modification de ce prix, le fournisseur répond de l'abus dans sa fixation, soit par des dommages et intérêts soit par la résolution du contrat, cette sanction aboutissant donc à détruire rétroactivement le contrat ou, si c'est impossible, à éventuellement verser des dommages et intérêts pour compenser la différence avec le prix « abusif ».

180. Détermination du prix des contrats d'entreprise. L'article 1165 dispose que *« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat »*.

Le prix dans les contrats d'entreprise, en effet, est déterminé de manière variée : il peut s'agir d'un prix forfaitaire (tel prix fixé pour telle prestation), un prix fonction d'un nombre indéterminé de quantité de prestation (prix au nombre d'heures de travail), un prix proportionnel (fonction d'un chiffre d'affaires), un mélange de ces techniques, etc.

Par conséquent, on conçoit que le prix puisse être ou bien déterminé, ou bien déterminable ou bien indéterminé au moment de la formation du contrat, selon les cas. C'est la solution du droit spécial des contrats d'entreprise que l'article 1165 reprend ici de manière générale : lorsque le prix n'est pas déterminé, il peut être fixé unilatéralement par le créancier, à charge pour lui d'en motiver les éléments en cas de contestation. En cas d'abus, celui-ci peut emporter ou bien des dommages et intérêts ou bien la résolution du contrat.

La formule semble reprendre, de manière indirecte, la jurisprudence existant depuis la fin du XIX^{ème} siècle validant, dans un contrat de mandat ou d'entreprise, la demande de révision des honoraires injustifiés, à supposer que la démonstration de ce caractère injustifié soit apportée.

Il reste deux difficultés : la première est la formule « contrat de prestation de services » que ne connaît pas le Code civil.

Première hypothèse, il s'agit d'une erreur et la formule renvoie au « contrat d'entreprise », l'un des contrats spéciaux connus. En ce cas, le deuxième alinéa pose difficulté dans la mesure où il ne correspond pas au droit commun du contrat d'entreprise : le juge peut être conduit à fixer le prix, il peut réviser le montant d'honoraires excessif, en vertu d'un pouvoir modérateur dont il se reconnaît le pouvoir.

Deuxième hypothèse, la notion de « prestation de services » est plus large et vise tous les contrats qui ne sont pas des contrats translatifs de propriété, dont la vente, auquel, la formule englobe le contrat d'entreprise, le mandat, le bail, le dépôt, etc. dans ce cas, les règles du droit des contrats spéciaux applicables à chacun de ces contrats demeurent et prévalent, quand bien même elles seraient incompatibles avec l'article 1165 du Code civil (dans le bail par exemple, où le loyer doit être déterminé).

181. Détermination du prix en cas de disparition d'une clause d'indexation.

Enfin, l'article 1167 du Code civil envisage un cas très particulier, celui de la

disparition de l'indice servant de référence à la fixation d'un prix. Ce cas vise la situation dans laquelle un prix est établi, dans un contrat de longue durée et qu'il tient compte de l'évolution possible de celui-ci en fonction d'un indice, sur le fondement d'une clause d'indexation : c'est le cas de contrats de bail, mais également de nombreux contrats d'affaires comme les contrats de licence de brevet, de marque, de transfert de technologie, etc. Les clauses d'indexation se fondent sur un indice officiel et la possibilité de la disparition de celui-ci est ici traitée : il est remplacé par celui qui s'en rapproche.

II. – Licéité du contrat : conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs

182. Présentation. La question de la licéité du contrat était, avant 2016 selon qu'elle concernait la licéité de l'objet, certains objets de contrat ou d'obligations sont illicites, ou la licéité de la cause du contrat.

Cette distinction disparaît au profit d'une considération plus générale, et sans doute plus efficace de la licéité du contrat, mais qui a pour conséquences 'offrir de nombreuses incertitudes.

A. Choses illicites

183. Choses dans le commerce juridique, choses illicites. – Si l'article 6 C.civ. dispose de façon générale que « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », l'ancien article 1128 précisait que : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* » rare tautologie : un contrat est valable s'il a pour objet une chose dans le commerce juridique, notion plus large que celle d'activité commerciale, qui se définit comme sa potentialité à faire l'objet d'un contrat.

Même si le Code civil ne reprend plus cette formule, on peut penser qu'elle demeure de manière générale dans le champ de la licéité du contrat.

Sont considérés comme ne figurant pas parmi les biens dans le commerce et donc comme ne pouvant faire l'objet de contrat :

- La personne humaine (C.civ. art. 16-1 et 16-5) en raison de son caractère sacré²⁸⁵. Notons, cependant, plusieurs atténuations législatives avec, notamment, des textes autorisant certains contrats à titre gratuit ou onéreux passés par des donneurs de sang (C. santé pub. art.L.666) et, surtout, les dispositions sur les prélèvements d'organe (C. santé pub., art. L.665-10 et 671-3 s.). Par conséquent, la personne humaine, ses éléments, ses produits sont surtout écartés de la catégorie de bien, sans que l'on puisse toutefois et bien évidemment interdire un contrat portant sur la personne humaine. Cela n'aurait aucun sens cela interdirait le contrat de travail, bien des contrats d'entreprise, le contrat d'auteur, etc. Le

²⁸⁵ V. Cass. ass. plén. 31 mai 1991, D.1991.417 à propos des contrats de « mère porteuse », comp. C. civ., art. 16-7. Adde D. Mainguy et E. Terrier, *Droit des personnes et des incapacités*, op. cit.

législateur, plutôt que s'attaquer à des contorsions juridiques périlleuses, s'en tient à quelques interdits : l'indisponibilité de la personne humaine, le principe de la gratuité des contrats portant sur les éléments ou produits du corps humain, le principe de l'anonymat des contrats, etc.

- Pour le reste, sont hors commerce des droits politiques, comme le droit de vote aux élections, car en droit des sociétés, on connaît des conventions de vote, certaines fonctions publiques. En revanche, on peut douter, comme on le prétend souvent que certaines choses dangereuses comme les substances vénéneuses, drogues, armes soient véritablement hors commerce juridique : ils sont dans le commerce juridique mais la loi soumet ce commerce à des règles plus ou moins tranchées, en raison de cette dangerosité, du caractère tabou de ce commerce, etc.²⁸⁶.

- Une chose a posé longtemps difficultés, il s'agit des clientèles des professions libérales. Cette question fut propice à une controverse que l'on considère aujourd'hui comme assez absconse. Le principe de départ tient à l'originalité de l'activité libérale, historiquement considérée comme une activité exercée en raison des capacités personnelles du professionnel libéral. Pour cette raison, la clientèle civile – à distinguer de la clientèle commerciale – est considérée comme attachée à la personne, ce qui traduit une considération assez haute, voire hautaine, de l'activité libérale. Dès lors, la cession de la clientèle civile se heurte au principe posé par l'article 1128 du Code civil : la clientèle hors commerce juridique ne peut être cédée et une telle cession était systématiquement annulée, au nom de ce principe, mais contre toutes les pratiques, car il était bien évident qu'une clientèle civile faisait l'objet de contrats nombreux et souvent très onéreux.

Une première évolution a consisté à admettre que l'on puisse conclure un « *contrat de présentation de clientèle* », par lequel un médecin s'engage, moyennant finance, à présenter son successeur à sa clientèle et à ne pas se réinstaller dans un certain périmètre²⁸⁷. Mais c'est alors admettre que la clientèle civile peut être l'objet de contrat. Une deuxième évolution consiste alors à déplacer le problème vers celui de la cause du contrat en fondant la validité ou la nullité sur la licéité de l'objet comme le principe de liberté de choix de son médecin par le patient²⁸⁸.

Mais c'est un pis-aller qui imposait une troisième évolution, réalisée tout récemment, par un revirement de jurisprudence du 7 novembre 2000 qui admet la notion de fonds libéral et la cessibilité de la clientèle civile par ce biais²⁸⁹.

B. Conformité aux droits fondamentaux et contrôle de conformité

²⁸⁶ Cass. com. 24 sept. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 704, obs. J. Mestre et B. Fages, *Civ.* 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Defrénois* 2004, p. 442, note A. Bénabent, à propos de choses contrefaites, qui ne peuvent faire l'objet d'un contrat.

²⁸⁷ Cass. civ. 16 décembre 1943, *JCP* 1943, II, 2289, note P. Voirin.

²⁸⁸ *Civ.* 1^{ère}, 7 mai 1995, *D.* 1995.560, note B. Beigner.

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère} 7 novembre 2000, *JCP* 2000, note F. Violla, I, 301, obs. J. Rochfeld, éd. E, 2001, 419, note G. Loiseau ; *Civ.* 1^{ère} 19 nov. 2002, *D.* 2003, 1590, note S. Mirabail, *Civ.* 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Defrénois* 2004, 442, obs. J.-L. Aubert.

184. Droits fondamentaux. Constituent des droits fondamentaux quelle que soit la source de ceux-ci, l'ensemble des droits, libertés, valeurs, considérées comme essentielles et applicables contre les atteintes, publiques ou privées. Elles résultent de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de la constitution et de sa jurisprudence, de la CEDH, de conventions internationales, etc., voire de la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. La jurisprudence a en effet beaucoup utilisé les règles de la CEDH²⁹⁰ notamment l'article 8 fondant le droit au respect de la vie privée et familiale pour invalider des clauses dans des contrat de bail²⁹¹ ou de travail²⁹² notamment, plus rarement sur celui de l'article 6 et du droit à un procès équitable peut-être pour fonder un droit processuel contractuel²⁹³, voire sur celui, très prometteur de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel qui assure la protection des biens et que la Cour EDH, par une démonstration qui n'est pas à faire ici, applique à la protection des créances²⁹⁴, même si, aujourd'hui la Cour de cassation a développé une jurisprudence autonome, parfois plus large que les règles de la CEDH.

185. Conflits de droits fondamentaux. Contrôle de proportionnalité : l'exemple des clauses d'inaliénabilité et des clauses de non-concurrence. – Ces applications déterminent souvent des conflits de droits fondamentaux, par exemple la liberté du travail et la liberté contractuelle, face à une clause de non-concurrence. Il en résulte, en toute hypothèse une nouvelle manière de raisonner, fondée sur celle de la CEDH, faite d'appréciation de la limitation d'un droit en fonction de principes comme celui de confiance légitime, ou de proportionnalité. Un contrôle de proportionnalité consiste à mettre en balance (*balance of interests* en droit américain) deux ou plusieurs règles instituant des droits fondamentaux, non point pour considérer que l'une doit prévaloir sur l'autre, qui ne s'applique alors pas, mais pour les concilier. Il s'agit, en termes de méthode, pour les contrats de droit privé d'apprécier la valeur des intérêts protégés par ces droits fondamentaux, dont, en général la liberté contractuelle et une autre règle, la valeur des intérêts privés à protéger et enfin le caractère justifié et, alors, proportionné, de l'atteinte à ces valeurs par le contrat ou la clause contractuelle étudiée.

Les *clauses d'inaliénabilité* sont des clauses par lesquelles une personne dispose d'une chose (vente, donation) mais impose à son contractant de ne pas disposer

²⁹⁰ Cf. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz 2002.

²⁹¹ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n°60, *JCP* 1996, I, 3958, obs. C. Jamin, *RTD civ.* 1996, p. 897, obs. J. Mestre (clause interdisant au preneur d'héberger ses proches).

²⁹² Cf. Cass. soc. 12 juin 2003, *JCP* 2003, II, 1190, note F. Auque, *RDC* 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld (clause de mobilité imposant au salarié de transférer son domicile sur son lieu de travail).

²⁹³ Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, *RDC* 2004, p. 938, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2005, p. 133, obs. J. Mestre et B. Fages (sur une clause limitant la liberté de la preuve).

²⁹⁴ Cf. *Supra*, n°17 et CEDH, 19 juin 2006, *RTD civ.* 2006, p. 719, obs. J.-P. Marguénaud, sur la portée d'une législation trop protectrice des locataires.

à son tour de ce bien, pendant une certaine durée, imposant, donc, son inaliénabilité, parfaitement contraire à l'esprit libéral de notre droit et, ce faisant, au principe de libre disposition des biens. L'article 900-1 du Code civil, s'agissant des libéralités, solution étendue à tous les contrats limite ces clauses selon l'application d'un principe, alors non formulé, de proportionnalité. On en trouve souvent par exemple dans ses statuts de société (Cf., pour les SAS, C. com., art. L. 227-13) : elles ne sont valables que pour autant qu'elles soient justifiées par un intérêt sérieux et légitime et qu'elles soient temporaires²⁹⁵.

Plus probant est l'exemple des *clauses de non-concurrence*. Ces clauses imposent à une personne, liée à une autre personne dans le cadre d'un contrat d'activité (contrat de travail, contrat de mandat, contrat d'exercice libéral, contrat de distribution, contrat de location-gérance, etc.) ou un contrat emportant cession d'une activité (contrat de cession de fonds de commerce, contrat de cession de titre, etc.) de ne pas exercer une activité (souvent à la fin du contrat : clauses de non-concurrence post-contractuelle). Le principe de liberté contractuelle²⁹⁶ commande de les considérer comme valables, par principe, quoiqu'elles heurtent le principe de liberté du commerce et de l'industrie ou le principe de la liberté du travail. Longtemps, la validité de ces clauses était subordonnée au respect de conditions objectivement appréciées : limitation quant à l'activité interdite (ne pas tout interdire), limitation dans le temps et dans l'espace, de telle manière qu'il suffisait que ces limitations fussent présentes pour que ces clauses soient valables²⁹⁷.

Depuis 1992, la Cour de cassation retient une appréciation plus subjective, imposant en premier lieu l'existence d'un intérêt légitime de leur créancier²⁹⁸ et appréciant la proportionnalité de ces clauses et de l'atteinte qu'elles portent au principe de liberté du travail ou du commerce et de l'industrie avec cet intérêt légitime de telle manière que ces clauses peuvent être écartées, réduites, selon les cas²⁹⁹, voire, dans le contrat de travail soumises à une exigence supplémentaire, celle d'une rémunération (sur le fondement de la cause,

²⁹⁵ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1953, *Bull. civ.* I, n° 61 ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 oct. 2007, n° 05-14238, *BJS* 2008, p. 121, note A. Couret.

²⁹⁶ Cass. civ., 24 janvier 1866, *DP* 1866, 1 p. 81 et V. P.-Y. Gadhoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I, 2006.

²⁹⁷ Limitations cumulatives pour les salariés, Cass. soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, *D.* 2002, p. 2491, note Y. Serra, *JCP*, 2002, II, 10162, note F. Petit, *Contrats, conc. consom.*, 2002, n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal, *RDC* 2003, p. 17, obs. J. Rochfeld, Cass. soc. 29 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 27

²⁹⁸ Jurisprudence dite du « laveur de vitres », Cass. soc., 14 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, n° 309, *D.* 1992, p. 350, note Y. Serra, *JCP* 1992, note J. Amiel Domat.

²⁹⁹ Cf. Cass. soc. 14 mai 1992, préc. : clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail (d'un laveur de vitres) annulée car non indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur ; Cass. Com. 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 399, *D.* 1994, 399, note D. Lombard, *D.* 1994, somm. 220, obs. Y. Serra ; Cass. Com. 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 4, *D.* 1995, 205, note Y. Serra, *RTD civ.* 1994, 349, obs. J. Mestre ; Cass. com. 16 déc. 1997, *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 39, obs. L. Leveneur ; Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 156, *D.* 2000, somm. 312, obs. Y. Serra. V. aussi, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? », *Les Petites Affiches*, 30 sept. 1998.

d'ailleurs)³⁰⁰.

Du même, les *clauses d'exclusivité* sont discutées, notamment en droit de la concurrence. En droit des contrats, l'article L. 330-1 du Code de commerce limite l'efficacité de ces clauses à une durée de 10 ans dans les contrats de distribution de marchandises. Dans d'autres contrats, la restriction de liberté qu'une telle clause emporte peut être appréciée au regard de ce même principe de proportionnalité.

C. Conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs

1. Validité et bonnes mœurs

186. Bonnes mœurs. – L'article 6 du Code civil indique que le but poursuivi d'un acte ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux *bonnes mœurs*, autrement dit, un contrat, une clause contractuelle qui seraient contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ne seraient pas valables.

La notion de « bonnes mœurs » a disparu des règles propres au droit des contrats depuis 2016, dans la mesure où la jurisprudence avait entenu les bonnes mœurs dans un sens étroite, celui de la morale sexuelle.

Dans les contrats à titre gratuit, la conformité du contrat avec les bonnes mœurs a, évidemment, à voir avec la morale sexuelle, celle de la bourgeoisie balzacienne. La jurisprudence a eu, fréquemment, à intervenir pour apprécier la cause des libéralités, entre époux lorsque le motif de la libéralité était de hâter la séparation et de faciliter l'obtention du divorce³⁰¹ ou entre concubins, entre amants, dans lesquelles il se dégage toujours un « *parfum de reconnaissance galante* »³⁰². C'est en cette occasion que la jurisprudence a utilisé avec la plus grande souplesse la cause comme instrument du contrôle du contrat, pour, pas à pas et en partant de loin, en finir avec cette morale relativement absconse : « *Attendu qu'une libéralité ne saurait être invalidée par le seul fait de l'existence entre son auteur et sa bénéficiaire de relations illicites* »³⁰³. « *Relations illicites* », *Ô Tempore, ô mores* : la Cour de cassation annulait le contrat, la donation, pour cause illicite lorsqu'elles cherchaient à maintenir de telles relations « coupables »³⁰⁴ et non lorsque la libéralité avait pour objet l'existence de telles relations pas plus que lorsqu'il s'agissait de faire cesser de telles relations et réparer le préjudice résultant de cette rupture ou permettre d'élever des enfants communs, admettant ainsi le « cadeau de rupture »³⁰⁵, jusqu'à ce

³⁰⁰ Cass. soc. 10 juill. 2002, préc., Cass. soc. 29 janvier 2003, préc.; Adde sur l'extension possible de cette solution à d'autres contrats, C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003, p. 2878.

³⁰¹ Cass. civ. 2 janvier 1907, *Grands Arrêts*, n°250.

³⁰² R. Savatier, note sous Cass. req. 8 avril 1926, *D.*1927, 1, 113.

³⁰³ Cass. civ. 14 octobre 1940, *DH* 1940, 174.

³⁰⁴ Cass. civ. 8 octobre 1957, *D.*1958, 317, P. Esmein : contrat d'assurance-décès conclu au profit d'une maîtresse.

³⁰⁵ Cass. civ. 6 octobre 1959, *D.*1960, 515, Ph. Malaurie : « *Attendu que la libéralité litigieuse apparaissait comme l'exécution d'un devoir de conscience, d'une obligation naturelle; qu'elle*

qu'un arrêt du 3 février 1999³⁰⁶ décide de généraliser le propos : « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* », formule qui aurait pu utiliser l'article 8 de la CEDH et le respect de la vie privée. Laissons la morale sexuelle où elle doit se situer, sauf excès manifeste³⁰⁷.

Dans les contrats à titre onéreux, il s'agit généralement de poursuivre des contrats permettant l'exercice d'activités illicites, exploitation d'une maison de tolérance ou de jeu, exercice illégal de la médecine, par exemple.

La disparition des bonnes mœurs de l'article 1162 est un signe des temps : celui de l'absence d'humour, de l'individualisation forcée, des « droits à », etc. Il reste qu'une société mature se mesure tout à la fois à la qualité du respect des règles de liberté et à l'existence de règles communes, des usages, qui pourraient être considérées comme relevant d'une conception plus large, et plus efficaces des bonnes mœurs. Par exemple la philanthropie, l'entraide, la charité, la solidarité, etc., pourraient être promues au rang de règles de substituts des règles de bonnes mœurs.

2. – Validité et ordre public

187. Le « but » licite. L'hypothèse de l'ordre public est l'autre référent de l'article 6 du code civil et de l'article 1162 du Code civil. Ce dernier texte, issu de la réforme de 2016, ne reprend pas exactement celle de l'ancien article 1133 du Code civil (« *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* »). L'article 1162 dispose en effet que le contrat ne doit pas déroger à l'ordre public « *par son but* ». Il suffit de remplacer « but » par « cause » pour obtenir donc le même type d'exigences.

Le but licite d'un contrat peut donc être considéré, comme l'était la cause du contrat, comme le mobile, la raison, qui a conduit une partie à conclure un contrat, ce que l'on appelait autrefois la cause lointaine (*causa remota*), par opposition à la cause immédiate (*causa proxima*) qui est la prestation réciproque. L'article 1162 indique ainsi qu'il est indifférent que le but ait été connu ou non par toutes les parties. Le but peut donc être parfaitement licite pour une partie, mais pas pour l'autre : une personne loue un appartement à une autre, mais cet autre le loue pour y héberger des terroristes. Valable pour l'un, il ne l'est pas pour l'autre. Or cette « division » de la cause ne va pas de soi. Ainsi, dans un arrêt de 1956, dans une affaire de bail d'un immeuble dans lequel le locataire avait installé une maison de prostitution, la Cour de cassation imposa

tendait à garantir l'avenir d'une femme qui avait donné à son amant la meilleure partie de sa jeunesse et que celui-ci s'appropriait à délaissier ».

³⁰⁶ Cass. civ., 3ème, 3 fév. 1999, *JCP* 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; Cass. Ass. Plén. 29 oct. 2004, *Bull. Ass. Plén.* n°12. Adde *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats?*, *RDC* 2005, p. 1273.

³⁰⁷ Cf. D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 487. Comp. Y. Lequette, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 547.

que le mobile, considéré comme illicite, ait été non seulement commun mais convenu entre les parties, de sorte qu'il devait être entré dans le champ contractuel et, finalement, dans un arrêt de 1998³⁰⁸, la Cour de cassation avait considéré que « *un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat* ».

Ce n'est pas tout à fait cette solution que reprend l'article 1162. Celle de l'arrêt de 1998, même si sa formulation n'est pas très claire, avait pour objectif de protéger la « partie innocente » du contrat illicite, c'est-à-dire qui n'est pas complice, ou coauteur, de la violation de l'ordre public.

Or, la formule de l'article 1162 indique que le but illicite rend le contrat annulable, que celui-ci ait ou non été connu par toutes les parties. Il laisse donc la possibilité pour la partie « coupable » d'engager la nullité du contrat, s'agissant d'une nullité absolue, et alors profiter doublement de son « crime », en concluant le contrat et en le dénonçant s'il ne lui profite plus. L'objectif de l'ordonnance de 2016 est, certainement, de permettre que davantage de buts illicites soient dénoncés ; la société en profite, il n'est pas certain que la morale soit sauve.

188. Notion d'ordre public. – Le but licite est en lien avec la notion d'ordre public, qui est cependant assez difficile à envisager.

On observera d'abord la différence entre l'ordre public interne, qui correspond peu ou prou à l'ensemble des règles impératives, et l'ordre public international ou à l'ensemble des lois de police dans les contrats internationaux.

Pour s'en tenir à l'ordre public interne, on doit bien reconnaître que, depuis 1804, il s'est considérablement étoffé, à la mesure que les droits spéciaux ont eux-mêmes émergé et crû : droit de la consommation, de l'environnement, de la santé, de l'urbanisme, social, économique, etc., nombre d'entre eux impliquent un ordre public particulier.

189. Ordre public et ordres publics. On observera ensuite que l'ordre public se prête à toute sorte de variations. Si l'ordre public familial est en plein essor, on connaît mieux l'ordre public social, auquel les spécialistes du droit du travail reconnaissent des vertus particulières, comme celle permettant de déroger à une loi d'ordre public, dans la mesure où cette dérogation s'effectue en faveur du salarié.

En droit des contrats, on a l'habitude d'entretenir l'importance d'un ordre public particulier, désigné comme *l'ordre public économique* ou contractuel qui joue un très grand rôle en droit des contrats. Une distinction classique s'est ainsi peu à peu dessinée. On distingue ainsi *l'ordre public de direction* qui est constitué

³⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, n° 96-14359, D. 1998, p. 563, concl. J; Sainte-Rose, D. 1999 somm. P. 110, obs. Ph. Delebecque, JCP G, 1999, I, 114, obs. Ch. Jamin, 10202, note M. H. Malleville. Le cas était complexe : un mari reconnaît devoir une somme d'argent à son épouse, ils divorcent et le mari propose de rembourser par une augmentation de la pension alimentaire, ce qui lui permet une déduction fiscale importante (mais pour conséquence, une taxation de l'épouse). L'épouse demandait le remboursement du prêt et l'annulation de la convention.

de toutes les règles qui assurent la direction de l'économie par la satisfaction de l'intérêt général (droit financier, droit de la concurrence) et l'*ordre public de protection* qui est constitué de l'ensemble des règles assurant la protection d'un contractant, par la satisfaction d'un intérêt privé (droit du travail, droit de la consommation), même si cette distinction est plus pédagogique que véritablement efficace : bien des règles de protection assurent en même temps une logique de direction et sont sanctionnée par la nullité absolue du contrat, et réciproquement.

On observera, enfin, que si les règles d'ordre public se manifestent par une sanction particulière, la nullité du contrat ou de la clause, cette sanction expresse n'est pas toujours présente de sorte que, à un *ordre public textuel* ou *réel* constitué de toutes les règles expressément d'ordre public, s'ajoute un *ordre public virtuel* constitué de toutes les règles implicitement d'ordre public.

190. Ordre public international et lois de police. L'ordre public suppose que toute stipulation contraire encourent la nullité, éventuellement relative, souvent absolue, comme en matière de législation économique.

Dans les contrats internationaux l'ordre public interne est relatif, seules les lois de police jouant un rôle voisin.

Les lois de police sont des règles considérées comme fondamentales pour un système juridique de telle sorte que si les parties ont choisi une loi applicable qui n'est pas celle de la loi de police, ou si, faute de choix, la méthode conflits de lois aboutit à une loi autre, la loi de police excepte la méthode de conflit de lois pour s'imposer. Par exemple, si des contractants concluent un contrat international comprenant un effet anticoncurrentiel ou une hypothèse de corruption, et choisissent une loi validant ce type de comportement pour s'appliquer au contrat, le juge, français par exemple, écartera la loi choisie pour imposer la loi de police française, le droit français et européen de la concurrence ou les règles pénales françaises ou la convention de Merida de 2003 prohibant la corruption d'agents publics étrangers. En revanche, s'agissant d'une loi de police étrangère, revendiquée par un contractant étranger devant un juge français, ce dernier dispose d'une simple faculté de l'appliquer, notamment si elle n'est pas contraire à l'ordre public international français.

L'ordre public international est une notion plus complexe, utilisée par le juge qui reçoit une décision étrangère ou une sentence arbitrale internationale (ou interne mais étrangère) en vue d'imposer son exécution en France : celle-ci s'effectue par la voie d'une décision d'*exequatur* qui n'est possible que pour autant que la décision étrangère ou la sentence arbitrale soit conforme la conception française de l'ordre public international. Or celui-ci comprend tout à la fois des règles internes et internationales : par exemple la suspension des poursuites dans le cas d'une entreprise soumise à une procédure collective, mais aussi la prohibition de la corruption ou trafic d'influence, du blanchiment d'argent, des pratiques anticoncurrentielles, etc., mais encore de sanctions étatiques internationales du type des embargos, des sanctions économiques contre un pays, ses dirigeants, des « personnes d'intérêts », des entreprises, etc. Or, l'ensemble de ces règles, du droit international public économique, mais

également du droit des investissements étrangers, ont une incidence directe ou indirecte sur la validité de tel contrat.

191. Renonciation et soumission volontaire à une norme d'ordre public. La renonciation à une telle règle d'ordre public est en principe impossible, sauf lorsque le droit d'ordre public est déjà acquis³⁰⁹ et pour autant que la loi elle-même ne l'interdise pas, ce qui suppose qu'un contrat couvrant un domaine d'ordre public ne peut pas en même temps comporter une telle renonciation. Par ailleurs, la renonciation à une règle d'ordre public de direction est impossible : on ne peut consentir à son propre meurtre, de sorte qu'il ne reste plus que les règles d'ordre public de protection qui peuvent faire l'objet d'une renonciation, pour autant que celle-ci soit possible et efficace.

A l'inverse, si une clause d'*exclusio juris* interne n'est en général pas possible, la présence d'une clause d'*electio juris* interne, c'est-à-dire la soumission volontaire à une règle d'ordre public, se présente parfois, par exemple, dans le cas d'un bail professionnel soumis volontairement aux règles du bail commercial, très protecteur. Une telle soumission volontaire est parfois impossible³¹⁰ mais, lorsqu'elle est possible, elle ne l'est que pour autant qu'elle soit non équivoque et, surtout, qu'elles se soumettent intégralement à ces règles d'ordre public, sans aucune dérogation ponctuelle³¹¹.

192. Validité du contrat et législation économique. – Observons surtout que le développement de la vérification de la licéité du contrat s'observe à travers l'application de la législation économique.

Celle-ci s'est efforcée, depuis une cinquantaine d'années, de combattre deux types de pratiques, celles qu'on appelle les « pratiques restrictives de la concurrence », dans lesquelles on peut repérer les questions relatives à la transparence tarifaire (C. com., art. L. 441-3 et s. et cf. Supra, n°134) ou sanctionnant les discriminations contractuelles (C. com., art. L. 442-6) mais aussi des clauses particulières comme les clauses de prix de revente imposé et les « pratiques anticoncurrentielles », relevant du droit antitrust, c'est-à-dire des pratiques qui présentent un effet sur un marché et, notamment, diverses formes d'accords, qualifiés d'« ententes », ou d'« abus de domination » entre entreprises à travers une conception proche de celle de la cause du droit civil des contrats (cf. C. com., art. L. 420-1 et L. 420-2 ex-Ord. 1^{er} déc. 1986, art. 7 et 8 ; TFUE, art. 101 et 102). Or, l'article L. 420-3 propose une nullité automatique

³⁰⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, *RTD civ.*; 1998, p. 670, obs. J. Mestre.

³¹⁰ Cf. Cass. com. 10 déc. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 285, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos de la soumission volontaire au statut d'agent commercial, Cass. com. 19 mars 2003, *D.* 2004, somm. 2004, p. 846, obs. S. Gérard, pour un local non susceptible d'être soumis au statut protecteur du bail d'habitation de la loi du 1^{er} sept. 1948.

³¹¹ Cf. Cass. Ass. Plén. 17 mai 2002, *JCP* 2002, éd. E, 1080, note J. Monéger, *RTD civ.* 2003, p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages (bail commercial) ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages (crédit immobilier). Adde : C. Lisanti, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RDLC* 2008/46, n°2878 ; J.-B. Seube, « L'*electio juris* en droit interne », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1009.

des clauses ou contrats contraire à cet ordre public concurrentiel³¹².

La législation économique emprunte également d'autres formes, comme l'exigence d'information précontractuelle dans certains contrats (C. com., art. L. 330-3 et cf. ou, de manière plus importante, le contrôle des clauses d'exclusivité. Celles-ci, considérées comme dangereuses dans certains contrats³¹³ sont limitées dans la durée, 10 ans par l'article L. 330-1 du Code de commerce, voire cinq ans si l'on tient compte de la réglementation communautaire de droit de la concurrence. Il n'en résulte pas une « nullité » de la clause d'exclusivité au-delà de 10 ans, mais une limitation de sa durée par une forme de caducité réduite à la clause d'exclusivité³¹⁴.

193.Exemple : l'affaire des « cuves ». – L'affaire dite des « cuves », proprement circonstanciée, est cependant un bon exemple d'apport des règles du droit de la concurrence aux mécanismes civils. Le problème était le suivant. Des distributeurs d'essence, dits « pompistes de marque » concluaient des contrats d'approvisionnement exclusif avec des pétroliers et recevaient des cuves de leur fournisseur à titre de prêt à usage, ce qui était d'une efficacité redoutable si le distributeur décidait de résilier le contrat de distribution ou de ne pas le renouveler (sans doute pour « passer à la concurrence » et, donc, changer de fournisseur). Le fournisseur exigeait alors la restitution des cuves. Or, les distributeurs constataient que, une fois utilisées, ces cuves ne valaient plus grand chose, alors que pour les restituer, il fallait les déterrer, travaux coûteux accompagnant la fermeture de la station-service et racheter une autre cuve pour exécuter un nouveau contrat avec une nouvelle compagnie pétrolière (à moins qu'elle ne la lui prête à son tour). Aussi les distributeurs proposaient une restitution par équivalent ou en valeur de ces cuves. Saisies en premier lieu, les juridictions civiles n'admirent pas le raisonnement des distributeurs proposant une restitution par équivalent³¹⁵ jusqu'à ce que les autorités en charge du contrôle de la concurrence considèrent ces clauses de prêt à usage des cuves comme des ententes anticoncurrentielles³¹⁶ puisqu'elles avaient pour effet de

³¹² L. Idot, « La protection par le droit de la concurrence », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 55 ; Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601. Adde E. Claudel, *Les ententes anticoncurrentielles et le droit des contrats*, Th. Paris X, 1994, M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, 2004.

³¹³ Cf. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6^e éd., n°239 ; *Dictionnaire de droit du marché*, Ellipses, 2008.

³¹⁴ Com. 10 févr. 1998, *Bull. IV*, n° 252, *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 55, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, p. 365, obs. J. Mestre ; Cass. com. 14 déc. 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, n° 46, obs. M. Malaurie-Vignal.

³¹⁵ Cf. Com. 29 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 34.

³¹⁶ Cf. Cons. conc. 29 sept. 1987, *JCP*, éd. E, n° sp., *Cah. dr. entr.* 1987-6, note F. Pérochon ; *D.* 1988, somm. 295, obs. Ch. Gavaldà et Cl. Lucas de Leyssac ; Com. 18 févr. 1992, *JCP* 1992, II, 21897, note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1992.57, note C. Hannoun ; *D.* 1992, somm. 396, obs. D. Ferrier et v. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 4^e éd., Litec, 2006, n° 477. V. aussi, Déc. Cons. conc. 18 sept. 1990, *Contrats, conc. consom.* 1991, n°13, obs. L. Vogel, à propos de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité révélant un abus de position dominante dans le secteur des annonces publicitaires des pages jaunes.

dissuader le distributeur de traiter avec un autre fournisseur.

194.Sanction. La sanction de ces règles est très particulière et les désignations variables : illicéité, illégalité, invalidité, caractère anticontractuel d'une clause, non-conformité, etc. L'article 1162 du Code civil se contente de considérer qu'un tel contrat n'est pas valide. Le caractère illicite d'un contrat ou d'une clause est évident lorsque celui-ci est contraire à une règle contraire à un ordre public de direction. La question est parfois complexe. Dans un cas de corruption, par exemple, plusieurs situations s'entrecroisent. Souvent un « pacte de corruption » est établi entre une personne et un intermédiaire, ce dernier étant chargé d'intéresser un tiers pour la conclusion d'un contrat, avec le tiers, alors corrompu. Le corrupteur est le mandant, mais aussi l'intermédiaire. Le pacte de corruption est illicite, de sorte que les sommes promises à l'intermédiaire en « récompense » de son action ne sont pas dues, mais qu'en est-il du contrat conclu en exécution de ce pacte, sans doute dans un autre pays, soumis à un autre ordre public (dans lequel d'ailleurs la corruption pourrait être tolérée voire admise) ? Illicite au regard du droit français (le tiers ne pourrait engager d'action en France), ou bien licite en France parce que licite et exécuté à l'étranger ?

Cette question permet de rapprocher la notion de « but » licite du contrat de l'ancienne notion de cause, la cause du contrat. Le but du contrat pourrait en effet être saisi, c'est-à-dire les motifs qui ont guidé les parties à conclure le contrat, en vue de son contrôle par le juge français.

Par ailleurs, si le terme illicéité est cohérent avec l'idée d'une atteinte à des valeurs essentielles, il l'est moins lorsque la raison de l'illicéité est plus technique : le caractère illégal d'une clause ou d'un contrat, parce qu'une règle posée comme d'ordre public, par exemple le respect d'une mention obligatoire, mais peut-être aussi le caractère exagéré, ou abusif, d'une clause peut être considérée différemment, soit pour limiter la nullité à la seule clause, soit pour qu'elle ait une portée plus vaste, par la considération de la portée de la clause sanctionnée dans le contrat. C'est ainsi que la sanction des clauses abusives est celle du « caractère réputé non écrit », à mi-chemin entre la nullité et l'innoposabilité d'une clause.

Enfin, l'illicéité invite les praticiens à voisiner les contours de la licéité par des formes d'*optimisation*, fiscales, sociales, sociales, environnementales, économiques, c'est-à-dire par l'utilisation d'une règle reconnue, par exemple la liberté contractuelle dans le but de contourner une règle d'ordre public. L'exemple de Uber, ou de Deliveroo, régulièrement sanctionnés pour conclure des contrats d'entreprise avec des personnes qui sont considérées par certaines décisions comme des salariés illustrent cette situation, de même que les différents « montages juridiques » qui ont pour objet ou pour effet de contourner une règle fiscale ou concurrentielle par exemple.

La saisie de ces comportements s'effectue par la notion de *fraude*, la *fraude à la loi*. *Fraus omnia corrumpit*, selon l'adage, dans ce type de cas, qui emporte annulation des stipulations ou des contrats visés, pour autant que la loi ne prévoit pas une autre sanction. Ce type de fraude est à ne pas confondre avec un autre type, sanctionnée par l'innoposabilité d'un acte lorsque des intérêts

simplement privés ont été atteints.

III. – Equilibre et validité des obligations et du contrat

195. Principe de l'équilibre du contrat : série de cas. Au-delà de l'article 1168 du Code civil, les articles 1169 à 1171 proposent une série de cas, tirés de la jurisprudence, et correspondant à autant d'exception au principe selon lequel l'équilibre est présumé dans un contrat. L'équilibre du contrat est atteint lorsque les prestations de l'un sont de même valeur que celles de l'autre, cet équilibre étant envisagé de manière globale. Par exemple, dans un contrat synallagmatique, ce sont l'ensemble des obligations de l'un qui sont analysées à l'aune de l'ensemble de celles de l'autre, et non une mesure obligation par obligation, sauf situations spécifiques. Par exemple, la Cour de cassation décide, depuis 2002, qu'une obligation de non-concurrence dans un contrat de travail doit être isolée et doit avoir une contrepartie financière spécifique.

Il n'existe aucun principe en droit français des contrats garantissant l'équilibre du contrat, et encore moins le contrôle que cet équilibre soit établi au moment de sa formation, comme au long de son exécution. Le principe traditionnel qui fonde la question repose sur le principe de liberté contractuelle et de contrôle de l'intégrité du consentement, d'existence, de licéité du contenu, le tout évitant soigneusement le contrôle de l'erreur sur la valeur ou plus généralement la question de la lésion.

La lésion, en effet, est définie comme le constat de l'existence d'une différence entre les prestations réciproques d'un contrat.

L'équilibre du contrat est donc présumé et, presque intangible, dans le Code civil, dont on doit rappeler qu'il présente pour modèle la vente immobilière, hormis la lésion, applicable seulement pour ce contrat. Par conséquent, en principe, le contrôle de l'équilibre dans le contrat, se ramène à la question de l'effectivité du consentement³¹⁷.

Mieux, ou pire, depuis 2016, l'article 1168 du Code civil dispose que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi en dispose autrement* ».

Avant 2016, la question n'était pas précisée ainsi : d'une part l'ancien article 1104 du Code civil considérait les contrats synallagmatiques en indiquant que les prestations réciproques étaient « *regardées comme* » *équivalentes* », ce qui pouvait permettre de considérer qu'il s'agissait d'une simple présomption d'équivalence, que les parties pouvaient renverser, par exemple sur le fondement de la cause, la cause de l'obligation.

³¹⁷ Un exemple flagrant en rend compte : une personne achète pour 100.000 francs, chez un grand bijoutier, un bijou, portant une étiquette à ce prix, alors qu'il s'agissait d'une erreur, sa valeur réelle (ou son prix réel de vente) était de 460.419 € : pour la Cour de cassation, la cour d'appel qui a décidé que le contrat était valable a bien jugé ; elle a « *justement déduit que même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause* », parce que le prix aurait été dérisoire (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, n° 93-16198, CCC 1995, n°18).

196. Contrôle de l'équilibre dans le contrat ? Contrôle de la potestativité ?–

L'équilibre dans le contrat ne se résume pas au contrôle de la valeur dans une vente mais s'étend au contrôle de la disparité et inversement de l'équivalence des prestations réciproques parfois complexes, notamment dans les contrats d'affaires, dans un contrat lui-même complexe, outre la validité de clauses dangereuses, comme les clauses de non concurrence, les clauses d'exclusivité, etc., de telle manière que lorsque la disparité entre ces prestations sera par trop exagérée, un impératif de justice, d'équité, peut commander de rechercher des outils juridiques permettant de les contrôler³¹⁸ éventuellement même au-delà des lois qui assureraient, par exception aux termes de l'article 1168, une technique de rééquilibrage d'un contrat déséquilibré.

A. les solutions légales**1. Contrepartie illusoire ou dérisoire**

197. L'article 1169 du Code civil introduit dans la loi une série de cas que la jurisprudence avait identifiés : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

Certains contrats synallagmatiques commutatifs avaient en effet été annulés pour défaut de cause, du moins lorsque la cause n'était pas présente au moment de la formation du contrat³¹⁹, dans différentes hypothèses et notamment lorsque le contrat n'a pas de contrepartie³²⁰ ou lorsque le contrat présente une contrepartie inutile pour l'autre partie et donc illusoire³²¹ voire une contrepartie dérisoire pour l'autre partie, empruntant la « théorie du vil prix »³²² quoique, en principe seul le défaut complet de contrepartie emporte la nullité du contrat. En principe, donc, il suffisait qu'il y ait une contrepartie, même faible, pour que le contrat soit valable³²³. C'est le cas également de certains contrats aléatoires, en

³¹⁸ Cf. D. Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 143, pour un bilan mitigé.

³¹⁹ Cf. A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2003, 2001. Cass. civ. 3^{ème} 17 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n°193.

³²⁰ Com. 6 avril 1993, *D.* 1993.310, note Ch. Gavalda, *JCP* 1993.II.22062, note J. Stoufflet : à propos de la pratique bancaire consistant à imposer des « dates de valeur » et facturer des intérêts à cet effet ; Cass. com. 10 mai 1994, *RJDA* 1994, n°1016, Cass. com. 30 janv. 1996, *RJDA* 1996, n°775, pour un contrat de franchise dans lequel aucun savoir original ne peut être fourni par le franchiseur.

³²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1981, *Bull. civ.* I, n°273, cession d'une idée non susceptible de propriété, s'agissant d'un jeu télévisé ; Cass. civ. 18 avril 1953, *D.* 1953, 403, contrat de généalogie ou de révélation de succession quand l'héritier n'avait pas besoin de généalogiste pour faire valoir ses droits.

³²² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2001, *Bull. civ.* III, n°101.

³²³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, *Contrats, conc. consom.* 1995, n°181, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. Mestre et B. Fages : validité d'une vente d'un bijou valant 460 410 euros, affichée 100 000 euros, car la somme versée n'était pas dérisoire.

l'absence de l'aléa³²⁴. Ainsi, la vente au prix symbolique est en principe valable³²⁵, une vente à un euro par exemple, parce que, généralement, le prix faible s'accompagne d'autres charges, comme l'obligation de continuer une activité pour l'acquisition d'une entreprise au prix symbolique³²⁶ qui n'est, précisément, plus symbolique.

2. Elimination des clauses contraires à l'obligation essentielle du contrat

198. L'article 1170 du Code civil vise une autre situation, celle dans laquelle « l'obligation essentielle » se verrait privée de sa substance, par une clause, qui est alors considérée comme non écrite. Le vocabulaire est assez mytérieux, sinon par référence, là encore, aux cas identifiés avant 2016 en jurisprudence.

Certains contrats comportent des clauses limitatives voire élusives de responsabilité, qui sont valables par principe en droit commun des contrats (mais très souvent considérées comme nulle par des règles spéciales), et ont pour objet de limiter ou d'éliminer les conséquences financières de la mauvaise exécution ou de l'inexécution d'une obligation par son débiteur.

Pourtant, la validité des clauses limitatives ou élusives de responsabilité repose sur le respect de plusieurs règles. Elles sont d'abord écartées lorsqu'une disposition particulière de la loi les prohibe (Cf. C. civ., art. 1953, al. 2 en matière de contrat d'hôtellerie, C. civ., art. 1643, dans certaines ventes, C. Civ., art. 1386-15 en cas de responsabilité du fait de produits défectueux, C. trav., art. L. 122-14-17 en matière de contrat de travail, etc.), à moins qu'elles soient insérées dans un contrat de consommation où elles sont alors aussitôt considérées comme des clauses abusives, ou bien, mais cela relève du régime de la responsabilité contractuelle, lorsque le débiteur commet une faute lourde (cf. infra).

Elles ne peuvent aller à l'encontre d'une obligation essentielle, dite aussi obligation fondamentale ou encore prestation caractéristique, du contrat, selon un principe de cohérence contractuelle : on ne peut dire une chose et son contraire dans un contrat. L'obligation essentielle est alors la prestation caractéristique du contrat : la livraison dans la vente, la restitution dans un prêt ou un dépôt, l'exécution de la prestation promise dans un contrat d'entreprise, etc.

Une clause ne saurait alors vider l'obligation essentielle de son essence (ex : *je m'oblige à livrer cette chose qui vaut 1000, mais je serai responsable que pour 1 si je livre mal*).

Il n'est alors pas possible de heurter l'exécution de cette obligation essentielle comme l'arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996 l'a énoncé, amorçant une saga

³²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2003, *Bull. civ. I*, n°220 : contrat d'assurance portant sur un risque que l'assuré savait déjà réalisé ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 févr. 2000, *Bull. civ. III*, n°26, contrat de rente viagère alors que le débitrentier savait que le créditrentier allait décéder.

³²⁵ Cf. Ch. Freyria, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, Chr. p. 51.

³²⁶ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 1993, *Bull. civ. III*, n°28.

prometteuse³²⁷. La société Blanchereau avait confié à la société Chronopost, à deux reprises, des plis devant être livrés le lendemain, comme s’y engageait la société *Chronopost*, à grands renforts de publicité, « *les maîtres du temps* ». Cette dernière n’avait pas respecté son engagement, causant un préjudice important à la société Blanchereau. Celle-ci se réfugiait pourtant derrière une clause limitative de responsabilité limitant la responsabilité de *Chronopost* au prix de l’envoi, soit quelques dizaines de francs. La cour de cassation avait alors plusieurs choix : elle a pourtant utilisé une voie *a priori* curieuse, celle de la cause de la clause. Visant l’ancien article 1131 du Code civil, la cour censurait l’arrêt d’appel qui avait débouté la société Blanchereau en considérant que Chronopost n’avait pas commis de faute lourde privant d’effet la clause : « *Spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s’était engagée à livrer les plis de la société Blanchereau dans un délai déterminé et qu’en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l’engagement pris, devait être réputée non écrite* ». C’est alors la clause seule qui disparaît selon le raisonnement suivant : si la clause limitative demeure, c’est tout le contrat qui vacille ; il convenait donc de supprimer la clause. La notion de cause était alors, du point de vue classique, dévoyée, heureusement, ne servant pas seulement à contrôler le déséquilibre absolu, celui du contrat conclu sans contrepartie, mais le déséquilibre relatif, la protection de l’intérêt qui a convaincu le contractant de s’engager, la « cause intérêt », donc, une nouvelle fois³²⁸.

³²⁷ Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n°261, *JCP* 1997, II, 22881, note D. Cohen, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan, *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, *Somm.*, 175, obs. Ph. Delebecque, *Contrats, conc. consom.* 1997, n°24, obs. L. Leveneur, *Defrénois*, 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre. Adde J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle, à propos de l’arrêt Chronopost », *JCP* 1998, I, 152 ; Ph. Delebecque, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? » *D. aff.* 1997, p. 235, Ch. Larroumet, « Obligation naturelle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, *Chr.* p. 145.

³²⁸ Petit souci, cependant, la clause ne faisait que refléter les termes contrat-type « Messagerie » en application de l’article 8-II de la loi du 30 décembre 1982, la LOTI, loi d’orientation sur les transports intérieurs, établissant un plafond de responsabilité égal au prix du transport en cas de retard dans l’acheminement du courrier, que seule une faute lourde pouvait écarter. Sur second pourvoi, la cour de cassation, le 9 juillet 2002, (Cass. com. 9 juillet 2002, *Chronopost II*, *JCP* 2002, II, 10176, note G. Loiseau et M. Billiau, *D.* 2003, p. 457, note D. Mazeaud, *D.* 2002 *somm.* P. 2836, obs. Ph. Delebecque, *Contrats, conc. consom.*, 2003, n°2, obs. L. Leveneur), posait le problème en terme de faute lourde...justifiant deux nouveaux arrêts, *Chronopost III* et *IV* (Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi, *JCP* 2005, II, 10066, note G. Loiseau, *RDC* 2005, p. 651, avis R. de Gouttes et Note D. Mazeaud). Echec : ni l’absence d’explication sur le retard, ni le retard lui-même ne constitue une telle faute lourde : « *la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat-type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d’éclaircissements sur la cause de son retard* » et « *la société X. ne prouvait aucune fait précis permettant de caractériser l’existence d’une faute lourde imputable à la société Chronopost, une telle faute ne pouvant résulter du seul retard de livraison* ». Enfin, *Chronopost V*, le 30 mai 2006 (Cass. com. 30 mai 2006, *D.* 2006, p. 2288, note D. Mazeaud, *RTD civ.* 2006, p. 773, obs. P. Jourdain, *Contrats, conc. consom.* 2006, n°10, obs. L. Leveneur), s’agissant d’un contrat conclu par la

D'une façon plus générale, l'analyse permet de contrôler, voire d'annuler, les « clauses allégeant les obligations » d'une partie³²⁹, extrêmement disparates : clause limitative de garantie ou de responsabilité, clause allégeant l'intensité d'une obligation (passage d'une obligation de résultat à une obligation de moyens cf. infra), etc., qui poseront difficulté chaque fois qu'elles rencontreront une règle d'ordre public ou qu'elles contrediront une obligation essentielle du contrat. A l'inverse, les clauses renforçant les obligations d'une partie seront regardées avec davantage de faveur.

3. – Contrôle et élimination des clauses abusives dans les contrats

199. Notion de clause abusive. – Le contrôle de la licéité d'un contrat montre, déjà, des solutions permettant d'envisager des techniques de contrôle de certaines clauses exagérées, ou disproportionnées, sans altérer, en principe, le sort du reste du contrat : clauses de con-concurrence, clauses limitatives de responsabilité, etc.

Au-delà cependant, certains contrats sont plus propices que d'autres à l'apparition de clauses disproportionnées, notamment les contrats conclus entre professionnels et consommateurs et, en 1978 est apparue la notion de « clause abusive » pour les identifier, termes qui font désormais corps avec cette branche spéciale du droit mais qui aurait trouvé une fortune beaucoup plus générique pour s'appliquer à toute clause disproportionnée dans n'importe quel contrat.

L'hypothèse d'une clause disproportionnée dans un contrat repose, le plus souvent, sur une différence de puissance économique, ou cognitive, entre les autres contractants, et donc une différence du pouvoir de négocier de l'une d'entre elles : le consommateur, le locateur, l'emprunteur, etc.

Cette question a longtemps été contenue dans le domaine du droit de la consommation. Pourtant, par exemple, l'article 4:110 des PEDC, qui ont vocation à s'appliquer à des contrats internationaux, dispose, sous l'intitulé « *clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle* », que « *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 des parties découlant du contrat, eu égard la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa*

société *Chronopost* conclu dans un contexte international, donc non soumis au Décret « Messagerie », réouvrant donc la voie à l'analyse choisie par la cour de cassation en 1996, au visa de l'article 1131. V. Aussi Cass. com. 17 juill. 2001, *Securinfor*, JCP 2002, I, 148, obs. G. Loiseau et depuis : Cass. com. 13 févr. 2007, *Oracle*, JCP 2007, II, 10063, note Y.-M. Sérinet, éd. E, 1702, obs. M. Vivant ; Cass. com. 5 juin 2007, D. 2007, p. 1720 et l'arrêt « Faurecia II » : Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud, JCP 2010, 787, obs. D. Houtcieff, JCP, éd. E, 2010, 1790, note Ph. Stoffel-Munck, RDC 2010, p. 1253, note O. Deshayes : « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

³²⁹ Cf. Ph. Delebecque, *Typologie des clauses d'allègement des obligations*, J.-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 111.

conclusion (...) » sans faire référence aux seuls contrats de consommation.

Plus probant encore sont les Principes Unidroit, en raison de leur claire vocation à régir les contrats internationaux, dont l'article 4.109 dispose que « *Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat : (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de dépendance économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la relation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif* ».

Il n'est donc pas totalement abusif d'envisager la notion de clause abusive en dehors du paysage du droit de la consommation, même s'il s'agit, en droit français, du point de départ.

200. Notion de clause abusive en droit de la consommation. – L'article L.212-1 du Code de la consommation répute non écrites : « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* ». Elles constituent ce que l'on appelle usuellement les *clauses abusives* en ce qu'elles sont l'expression de la domination contractuelle, et son abus. Elles sont issues d'une loi du 10 janvier 1978 qui instaurait un mécanisme administratif d'éviction des clauses abusives par la conjugaison d'une autorité nouvelle (Commission des clauses abusives). Une directive européenne (Dir. 5 avril 1993) harmonisant les règles européennes en la matière a ensuite été transposée par une loi du 1er février 1995 parvenant ce qu'il est aujourd'hui, c'est-à-dire un texte particulièrement long et complexe, avec sa définition des clauses abusives et ses exemples de clauses abusives.

Réservée en principe aux relations entre un professionnel et un consommateur ces règles ont cependant périodiquement vocation à s'élargir aux relations entre professionnels.

201. Champ d'application de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. – S'agissant des personnes visées, l'article L. 132-1 du Code de la consommation prescrit l'élimination des clauses abusives dans les contrats conclus entre un *professionnel* et un *consommateur*.

Est un professionnel, au sens de l'article préliminaire du Code de la consommation, une personne exerçant une activité professionnelle, de droit privé ou de droit public³³⁰ et concluant ce contrat dans le but de satisfaire un besoin professionnel s'inscrivant dans son activité professionnelle, quelle qu'elle soit (industrielle, commerciale, libérale, agricole, etc.).

³³⁰ La directive de 1993 envisageait expressément l'extension de la sanction des clauses abusives aux relations entre personnes publiques et usagers-consommateurs, pas que le Conseil d'État a engagé pour la première fois en 2001 : CE 11 juill. 2001, *JCP* 2001, I, 370, note N. Sauphanor-Brouillaud, *RTD civ.* 2001, p. 878, note J. Mestre et B. Fages. Adde, S. Lafont, *La soumission des personnes publiques au droit de la consommation*, Th. Dr. Montpellier, 2007.

Est un consommateur une personne agissant pour la satisfaction de ses besoins privés, c'est-à-dire hors de son activité professionnelle, personne physique nécessairement pour les autorités européennes³³¹, bien que la Cour de cassation envisage son application à des personnes morales qui n'agiraient pas pour des besoins professionnels³³². L'article L. 212-1 vise en effet le cas des « non-professionnels », ceux qui agissent hors de leur activité professionnelle, ce qui a permis la question de l'extension du champ d'application de ce texte à des professionnels profanes. Par conséquent, et en réservant l'application de ce texte aux rapports entre professionnels, il ne peut s'appliquer dans les rapports entre consommateurs.

Le texte de l'article L. 212-1 vise les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur dans leur généralité : quel que soit leur mode de formation (contrat d'adhésion ou contrat de gré à gré) ; quelle que soit la forme du contrat (conditions générales de contrat, billet de transport, facture, etc.), quelle que soit la nature du contrat (vente, contrat d'entreprise, prêt) sous réserve toutefois qu'il entre dans le champ du droit de la consommation ou ne fasse pas l'objet de dispositions protectrices spéciales (cas du bail ou du contrat conclu entre un patient et un professionnel de santé).

L'article L. 212-1 propose une définition reposant sur le constat d'une clause qui serait le résultat d'un « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

L'appréciation de la clause abusive s'opère *in concreto* et de façon globale, puisqu'il faut se référer « 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 de l'exécution de ces deux contrats dépendant juridiquement l'un de l'autre ».

Cependant, cette appréciation exclut la définition de « l'objet principal du contrat, l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert » ce qui signifie que les clauses essentielles du contrat ne peuvent être considérées comme abusives, seulement des clauses accessoires, voire marginales.

202. Identification des clauses abusives. – S'agissant de la technique d'élimination des clauses abusives, trois formules concurrentes apparaissent.

Plusieurs mécanismes permettent l'identification des clauses abusives, l'article L. 212-1 et l'article R. 212-1 définissent des listes de clauses abusives, selon qu'elles sont présumées irréfragablement ou simplement abusives, les clauses considérées comme telles par le juge, ou celles identifiées par les recommandations de la Commission des clauses abusives, qui ne lient cependant pas le juge en ce sens où si un juge du fond ne sanctionne pas une clause comme

³³¹ CJCE 22 nov. 2001, aff. C-541/99, C-542/99, *JCP* 2002, II, 10047, note G. Paisant, *Contrats, conc. consom.* 2002, n°18, obs. G. Raymond.

³³² Cass. civ. 1ère, 15 mars 2005, *JCP* 2005, II, 10114, note G. Paisant, refusant en pratique, cependant, cette application à un syndicat professionnel.

abusive, alors qu'elle figure dans une telle recommandation, il n'y pas motif à cassation³³³.

Une première liste, dite *liste noire*, retient douze clauses qui « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat » sont de manière irréfragable présumées abusives et interdites (C. consom., art. L. 212-1, al. 3, R. 212-1) dont, notamment, les clauses dites *limitatives de responsabilité*, qui ont pour objet ou pour effet de supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur.

Une seconde liste, dite *liste grise*, contient dix clauses qui sont simplement présumées abusives, le professionnel pouvant établir la preuve contraire (C. consom., art. L. 212-1, al.2, R. 212-2).

203. Sanction des clauses abusives. – S'agissant des *sanctions*, l'article L. 212-1 du Code de la consommation considère qu'une clause abusive est *réputée non écrite*, sanction originale mais non réservée au droit de la consommation de sorte que son élimination n'affecte pas le reste du contrat, à moins – hypothèse rarissime – que le contrat ne puisse subsister sans cette clause.

La sanction est cependant d'une inefficacité remarquée : il suffit de l'insérer dans le contrat et d'attendre qu'un juge l'élimine, ce qui suppose une action judiciaire. Une loi du 5 janvier 1993 a alors ajouté la possibilité d'obtenir l'élimination des clauses abusives par des associations de consommateurs (C. consom., art. L. 621-8), ce qu'on appelle « l'action en suppression des clauses abusives », action réservée aux associations agréées de consommateurs. Elles peuvent par ailleurs demander depuis 2014 au juge de considérer qu'une clause en litige peut être considérée comme abusive dans tous les contrats identiques, assurant donc un effet *erga omnes* de la décision. C'est un effet totalement dérogatoire, à l'image des solutions liées au prononcé d'une décision du juge administratif qui annule, par exemple, un acte administratif.

L'intérêt de cette disposition repose sur le fait qu'une association de consommateur peut donc saisir le juge non point pour contrôler *une* clause, mais toutes les clauses d'un contrat et obtenir leur élimination dans tout le secteur concerné.

204. Élimination des clauses abusives dans les relations entre professionnels par le mécanisme de l'article L. 212-1 C. consom. – Par principe, l'article L. 212-1 est un texte assurant la protection des consommateurs, protection qui leur est réservée et qui, par conséquent, exclut son application dans les relations entre professionnels. Pourtant, le texte s'applique dans les relations entre professionnel, d'une part, et *consommateur ou non professionnel*, d'autre part. Ou bien le *non professionnel* est un consommateur, et le texte est une démonstration de bégaiement législatif ou bien le *non professionnel* est distinct du consommateur, de sorte qu'il pourrait être un professionnel, mais un professionnel qui serait placé dans la même situation d'ignorance qu'un consommateur parce qu'il agirait en dehors de sa sphère de compétence

³³³ Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n°399.

professionnelle. On parle alors de *professionnel profane* ou de *professionnel de spécialité différente* pour le distinguer du professionnel de la première proposition. Il y a ainsi un professionnel débiteur de la prestation caractéristique (le vendeur, le prêteur, l'entrepreneur) – le professionnel au sens de l'article préliminaire – et le professionnel profane créancier de la prestation caractéristique (l'acheteur, l'emprunteur, le maître d'ouvrage) – le non professionnel.

C'est cette solution qu'avait un temps empruntée la cour de cassation³³⁴ dans une affaire restée alors célèbre, dite *du système d'alarme*, en une conception tout à la fois *extensive* (le non professionnel est un professionnel profane) et *subjective* de l'application de la réglementation des clauses abusives (le non professionnel considéré comme tel en raison de ses caractéristiques). Pourtant, la Cour de cassation est revenue sur cette façon d'envisager l'application de l'article L. 212-1 dans plusieurs arrêts³³⁵ dans lesquels elle a d'abord exclu la conception *extensive* vers la conception *restrictive* (le non professionnel est un professionnel) et *objective* assurant la possibilité d'obtenir l'élimination d'une clause abusive lorsque le contrat conclu a « *un rapport direct* » avec l'activité de celui qui réclame cette élimination³³⁶, même accessoire³³⁷. Il ne reste donc, en pratique, plus de place pour l'application de l'article L. 212-1 du Code de la consommation à des relations entre professionnels, l'un des eux fût-il profane.

205.Élimination des clauses abusives dans les relations entre professionnels par l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. – Le fait que les termes « clauses abusives » soient, en droit français, réservés au droit de la consommation entrave une approche globale des clauses abusives, y compris dans les relations entre professionnels.

Or, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce prévoit un mécanisme permettant, « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* », de sanctionner, via un mécanisme de responsabilité, le fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Il s'agit en général des relations entre des producteurs (fabricants, importateurs) et des entreprises de la grande distribution, où un fabricant engage

³³⁴ Civ. 1ère, 28 avril 1987, *D.* 1988.1, note Ph. Delebecque, *JCP* 1987, II, 20893, note G. Paisant, *RTD civ.* 1987.548, note J. Mestre ; Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *D.* 1991.449, note J. Ghestin.

³³⁵ Cass. civ. 1ère, 24 nov. 1993, *Contr. conc. consom.* 1994, n°3 obs. L. Leveneur, Cass. com. 10 mai 1994, *Contr. conc. consom.* 1994, n°155, obs. L. Leveneur, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, *D.* 1995. 327, note G. Paisant, Cass. civ. 1ère, 21 févr. 1995, *JCP* 1995, II, 22502, note G. Paisant ; Cass. civ. 1ère, 30 janv. 1996, *D.* 1996.228, note G. Paisant, Civ. 1ère, 17 juill. 1996, *JCP* 1996, II, 22747, note G. Paisant, Civ. 1ère, 5 nov. 1996, *Contr. conc. consom.* 1997, n°23, obs. L. Leveneur.

³³⁶ Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, préc.

³³⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, *JCP* 2004, II, 10106, note D. Bakouche, *Contrats, conc. consom.* 2004, n°76, obs. L. Leveneur.

une action contre son client, ou bien, une action engagée directement par les services du ministère de l'Economie (DGCCRF), via une action dite « en cessation » ou « action du ministre », lui permettant d'agir à la place des « victimes » de ces pratiques commerciales déloyales entre professionnels, lui permettant d'obtenir, outre la suppression des clauses, le paiement de dommages et intérêts, la répétition de l'indu et une amende civile (C. com., art. L. 442-4).

206. Droit commun de l'élimination des clauses abusives : art. 1171 du Code civil. – Le fait que les termes « clauses abusives » soient, en droit français, réservés au droit de la consommation entravait une approche globale des clauses abusives, y compris dans les relations entre professionnels, ce jusqu'à la réforme de 2016 et l'article 1171 du Code civil. Celui-ci dispose que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Par conséquent, c'est le modèle du droit de la consommation qui a été utilisé : il convient que le contrat soit d'adhésion, qu'il crée un déséquilibre significatif, celui-ci ne s'appréciant qu'à l'endroit de clauses marginales.

207. Articulation des règles en matière de déséquilibre significatif. – La question de l'articulation des différents textes particuliers permettant le contrôle d'un déséquilibre significatif, notamment l'article 1171 du Code civil et l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, s'agissant du même type de clause, pose difficulté pour de nombreuses raisons. La première tient au fait qu'on observe un certain flou s'agissant de l'application de l'article 1171 à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016³³⁸. La seconde, et principale, concerne la méthode permettant d'assurer cette articulation, laquelle n'est pas posée dans le Code civil. Il peut d'une logique hiérarchique, fondée sur l'article 1105 du Code civil, où la loi spéciale applicable aux contrats l'emporte sur le droit commun, laissant supposer que l'article 1171 représente ce droit commun tandis que l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce serait la règle spéciale. Il pourrait s'agir d'un type de conflit de normes spéciales, si l'on fait observer que l'article 1171 pourrait être considéré comme un texte de droit spécial, en ce qu'il ne concerne pas tous les contrats mais les seules clauses non-négociables des contrats d'adhésion et alors que les sanctions sont distinctes, le tout en considérant l'éventuelle application d'autres règles spéciales, ici entre l'article 1171 et un autre texte.

C'est cette méthode qu'a suivi l'arrêt *Locam*³³⁹ en 2022 dans une décision curieusement fondée toutefois sur la *ratio legis*, supposément connaissable, de

³³⁸ G. Chantepie et N. Sauphanor-Bouillot, V° Déséquilibre significatif, Rép. civ. Dalloz, 2022, n° 189. Adde Paris, pôle 5, ch. 8, 6 janv. 2021, n° 17/21664.

³³⁹ Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, JCP E 2022, 1125, note G. Chantepie, 1234, n° 13, obs. L. Molina.

l'article 1171 du Code civil. Ensuite, une seconde interrogation, moins ostensible néanmoins cruciale, méritait une réponse franche ; celle-ci relative à la caractérisation du déséquilibre significatif abrité par une clause. Si l'on a souvent avancé le pouvoir unilatéral d'un contractant sur l'autre comme l'un des critères clés du déséquilibre significatif, le recours à la *ratio stipulationis* de la clause pour justifier son existence autant que son maintien dans le contrat est, quant à lui, bienvenue.

La Cour propose en effet de « saisir » la *ratio legis* de l'article 1171 du Code civil. Rejetant l'hypothèse d'une option entre les actions laissée au contractant victime, et « à la lumière des travaux » parlementaires de la loi de ratification du 20 avril 2018, que l'article 1171 du Code civil ne s'appliquait qu'aux contrats ne relevant ni des dispositions du droit de la consommation, ni de celles du Code de commerce, l'article L. 442-1 ou un autre texte, par exemple en droit financier³⁴⁰. La solution ne convainc gère dans la mesure où les règles de l'article 1171 du Code civil et L. 442-1 du Code de commerce sont, en raison de leur différence, parfaitement compatible pour réserver une option au profit de la partie souhaitant agir.

On peut en déduire que, pour la Cour de cassation, l'article 1171 du Code civil dispose d'un champ d'application par défaut. La première difficulté qu'une telle solution implique est de parvenir à identifier précisément les contrats ne relevant pas des deux autres dispositifs ; or, si la chose est aisée au vu du droit de la consommation elle l'est assurément moins dans les contrats conclus entre professionnels³⁴¹.

4. Lois spéciales : droit des affaires

208. Déséquilibre significatif et avantage disproportionné. Les règles du droit de la concurrence, notamment, s'appliquent à un spectre très large de contrats (de production, de services et de distribution), ou bien pour sanctionner des pratiques qui affectent le marché dans son entier (ententes anticoncurrentielles, abus de position dominante), ou bien des pratiques qui n'affectent pas le marché mais présentent des effets néfastes à l'endroit d'un partenaire. C'est le cas de la règle qui sanctionne le fait « *d'obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque (...) manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* » (C. com., art. L. 442-1, I, 1°) et le fait « *de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » (C. com., art. L. 442-1, I, 2°), qui correspond à une forme de sanction des clauses disproportionnées. Ces textes sont d'autant plus importants qu'ils s'inscrivent dans un cadre particulier, essentiellement dans le secteur des

³⁴⁰ Cf. Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, JCP E 2020, 1212, note M. Behar-Touchais à propos d'un contrat de financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, non soumis aux pratiques restrictives de concurrence en matière d'opérations de banque.

³⁴¹ Cass. civ. 3^e, 15 févr. 2018, n° 17-11.329 (exclusion du bail commercial), Cass. civ. 1^{re} 20 févr. 2019, n° 17-27.967, exclusion des contrats conclus entre professionnels libéraux.

relations d'affaires et mieux dans celui des relations entre fournisseurs et entreprises de la grande distribution, pour identifier des pratiques visant à obtenir des réductions de prix qui ne seraient pas la rémunération d'un service réel ou qui seraient d'un montant disproportionné au regard de la réalité du service rendu, en un hommage superbe à l'exigence de contrôle de l'équilibre des prestations dans le contrat.

On est alors très proche d'une logique de contrôle de la potestativité, ou de l'abus de puissance, contrôle opéré par exemple en droit de la consommation ou en droit de la concurrence, mais peu en droit des contrats, sinon de manière très technique et partielle comme en matière de condition, éventuellement potestative.

La question s'est alors posée de savoir si une obligation, une clause, une convention, pouvaient subir un contrôle au regard de ce refus de la potestativité ; Aucun texte ne l'envisage, sinon, en matière de régime de l'obligation, l'article 1304-2 du Code civil, lequel ne vise que les conditions potestatives affectant une obligation, point les obligations elles-mêmes³⁴². Ce contrôle peut résulter de l'application de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions (cf. infra), mais aussi, peut-être, d'une appréciation particulière de la potestativité, c'est-à-dire de l'arbitraire contractuel, ce qui avait pu être apprécié au moment du contrôle de l'indétermination du prix mais aussi au-delà, comme certaines décisions s'en sont fait l'écho³⁴³, le tout au service d'un contrôle de l'équilibre dans le contrat.

Or, ce qui est en jeu dans l'interprétation à venir des règles du Code civil consistera sans doute de savoir si, au-delà des règles spéciales qu'il institue depuis 2016, les solutions jurisprudentielles identifiées avant 2016, notamment sur le fondement la cause, disparue, pourront, ou non, trouver une suite, ce qui serait, à défaut, le signe que la réforme de 2016 n'avait, finalement, pas d'objectif de justice.

209. Clauses léonines. « La part du lion » illustre la situation dans laquelle l'un des associés, dans une société, se réserve la possibilité de se voir attribuer la totalité des bénéfices que la société peut créer ou au contraire est exonérer de la totalité des pertes qu'elle pourrait subir, ainsi que les clauses inverses ou un associé est exclu de la totalité des bénéfices ou doit supporter la totalité des pertes. De telles clauses ou pactes sont dites léonines ou léonins et sont nulles (C. civ., art. 1844-1), même si de telles formules sont rares.

210. Droit des transports. De la même manière, parmi la myriade de règles voisines, l'article L. 133-1 du Code de commerce, qui détermine la responsabilité du transporteur de marchandises en cas de perte ou d'avaries dispose – la rédaction est celle de 1807 complétée par la loi Rabier de 1905 – que « *le voiturier est garant est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force*

³⁴² S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999.

³⁴³ Cf. Cass. com., 12 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 190, pour une clause de durée ; Cass. soc., 9 nov. 1961, n° 60-40.593, *Bull. civ. IV*, n° 92.

majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure. Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle ». La solution rejoint et est complétée par les règles issues de la « *saga Chronopost-Faurecia* » qui éliminent les clauses contraires à l'objet essentiel du contrat, dont l'article 1170 du Civil reprend la généralité de la formule.

5. Solution très spéciale : la lésion

211.Définition. – On entend par lésion le déséquilibre entre les prestations réciproques des parties, une disproportion entre la prestation et la contre-prestation dans un contrat à titre onéreux c'est-à-dire une erreur sur la valeur.

Il apparaît alors que la lésion ne peut intervenir que dans certains contrats précisément déterminés en raison de la volonté des rédacteurs du Code civil de ne pas contrôler le contenu des contrats.

212.Lésion du mineur. – Le mineur bénéficiait en droit romain de la rescision pour lésion. La solution a été reprise par l'article 1305 C.civ. : « *La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions* » sauf lorsque la lésion résulte d'un événement casuel et imprévu (C.civ. art.1306) s'agissant des engagements que prend le mineur dans le cadre de sa profession (C.civ. art.1308). Le majeur placé sous sauvegarde de justice (C.civ. art.491-2 al.2) et le majeur sous curatelle (C.civ. art.510-3) bénéficient de la même protection.

213.Lésion dans la vente d'immeuble. – Au-delà de l'hypothèse subjective précédente, la lésion ne peut être invoquée que dans l'hypothèse de la vente d'immeuble.

La vente d'immeuble est susceptible de rescision pour lésion en application des articles 1674 et suivants du Code civil : « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente* ». Le Code limite cependant ces actions en rescision en les soumettant à des conditions rigoureuses.

Plusieurs lois postérieures au Code civil ont élargi les hypothèses où la rescision pour cause de lésion est recevable, la loi du 8 juillet 1907 sur les ventes d'engrais, plants et semences protégeant l'acquéreur de ces marchandises, les lois du 29 avril 1916 et du 7 juillet 1967 sur l'assistance et le sauvetage maritime prohibant la lésion dans les contrats de sauvetage (hypothèse qui peut être rapprochée de la violence, mais l'état de nécessité résulte ici d'événement extérieur et non du bénéficiaire de la lésion), la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique sanctionnant la lésion dans la cession de droits d'exploitation.

214.Sanction de la lésion. – La sanction de la lésion est une forme particulière et adaptée de la nullité, la rescision du contrat pour lésion, une sorte de nullité de

protection, relative, par conséquent, comme dans les autres hypothèses de vices du consentement, et « rachetable », le défendeur à l'action en rescision pouvant éviter la rescision en offrant le supplément du prix. Depuis la réforme du droit des successions par la loi du 23 juin 2006, cependant, la lésion, en matière de partage n'est plus sanctionnée par une action en rescision, mais simplement par une action en comblement de part (C. civ., art. 889).

B. les solutions jurisprudentielles « anciennes »

215. La cause, toujours ? Les exemples identifiés dans la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 sont très nombreux, par exemple sur le fondement de la cause, d'ailleurs toujours utilisée après 2016 pour traiter des situations juridiques nées avant 2016³⁴⁴.

Un doute subsiste dans leur actualité, du moins s'il s'agit d'appliquer les règles nouvelles à des cas nés après 2016, dans la mesure où la combinaison des articles 1168 à 1171 identifient un principe et trois exceptions. Rien n'indique qu'elles sont limitatives ni que le terme « loi » dans l'article 1168 du Code civil ne puisse identifier des anciennes ou nouvelles interprétations des articles 1163 et suivants, notamment à travers la notion de « but », qui pourrait être associée à l'ancienne forme de « cause ».

216. Extension du domaine de la lésion, vers un contrôle de l'équilibre des prestations. – La lésion, en tant que phénomène juridique, « l'esprit lésionnaire », inspire bon nombre de dispositions ou de solutions de jurisprudence qui visent à assurer, plus ou moins directement, le contrôle de l'équilibre des prestations réciproques des parties³⁴⁵.

Cette méthode, d'initiative jurisprudentielle, ne pouvait créer de nouvelles hypothèses où la lésion autoriserait l'annulation du contrat. Mais elle s'est

³⁴⁴ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2022, n°21-15082, D. 2022, p. 1584, note J. François : le cas correspond à un emprunt professionnel contracté par un couple, le mari, est un professionnel, mais non l'épouse. La banque avait obtenu la condamnation des deux époux au remboursement des sommes dues, bien que l'épouse ait considéré que le contrat était dépourvu de cause à son endroit, mais pour la cour de cassation, le crédit était privé de cause à l'endroit de l'épouse : « *Il ressort de ce texte [l'ancien art. 1131 C. civ.] que, le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat. Pour rejeter la demande tendant à l'annulation du prêt à l'égard de [E] [M] pour absence de cause, l'arrêt retient que le fait que celle-ci soit un tiers à l'entreprise de son époux et que les fonds aient une destination professionnelle importent peu dès lors que son obligation de restitution trouve sa cause dans la remise des fonds, qu'en sa qualité de co-emprunteur, elle a sollicitée avec son époux, et qui constitue la raison immédiate les ayant conduit à souscrire le prêt* ». Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n° 06-19.753, D. 2008, p. 1825, p. 2363, chron. P. Chauvin et C. Creton, 2555, chron. F. Chénéde, et 2009, p. 1044, obs. D. R. Martin ; RTD com. 2008. 602, obs. D. Legeais ; Cass. com. 7 avr. 2009, n° 08-12.192, D. 2009, p. 2080, note J. Ghestin, et 2010. 1043, obs. D. R. Martin ; RTD com. 2009. 598, obs. D. Legeais ; Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-17.956 ; Cass. com. 26 mai 2010, n° 09-14.055 ; Cass. com. 14 mars 2018, n° 16-27.815.

³⁴⁵ Cf. G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006.

efforcée d'élargir le champ du contrôle et de la sanction de la lésion. Les juridictions ont parfois utilisé certains textes en faisant, par exemple, appel à l'article 1999 du Code civil pour réduire les honoraires excessifs demandés par des mandataires et notamment des agents d'affaires ou bien en assimilant au défaut de prix les hypothèses de vileté du prix par la théorie de la cause (absence partielle de cause) par exemple pour sanctionner des ventes de meubles disproportionnées ; le prix très faible, le vil prix, étant assimilable à une absence de prix. L'appel à la notion de cause, sert alors de fondement théorique à cette nouvelle méthode.

217. Proportionnalité dans le contrat, engagements excessifs. – L'exemple le plus probant, en droit français³⁴⁶, de contrôle de l'équilibre dans le contrat repose certainement dans la formule retenue dans un arrêt *Macron* du 17 juin 1997³⁴⁷ dans une affaire où un engagement de caution avait été demandé à une personne physique qui dépassait très largement ses possibilités financières et annulé en raison de son caractère excessif³⁴⁸. Or nous avons déjà pu observer que, s'agissant des conditions de validité de la prestation, l'impossibilité de celle-ci rend le contrat annulable pour autant que cette impossibilité soit absolue. Dans le cas ici observé, la solution est assez proche : l'engagement excessif est sans doute d'une impossibilité relative, la caution s'est engagée pour une prestation possible. Toutefois, ce qui est ici sanctionné, au nom d'un raisonnement posé en termes de comparaison, ou de proportionnalité : la mesure non pas de l'importance réciproque des prestations, mais celle de l'importance de l'engagement au regard des capacités du débiteur, ici la caution, de telle manière que les juges ont pu apprécier le caractère déraisonnable de son engagement au regard de ses capacités de remboursement. Le raisonnement peut alors être décliné : un fournisseur accepte un engagement de fourniture exclusive et les commandes dépassent ses capacités de production, un contactant conclut un contrat comportant une clause de non-concurrence aux dimensions exagérées, etc.

218. Absence de cause. – Selon l'ancien article 1132 du Code civil, « *la convention n'en est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée* », faisant présumer l'existence de la cause.

Traditionnellement, le défaut de cause, ou l'absence de cause, permettait

³⁴⁶ Et comp. UCC, § 2-302, en droit américain qui concerne l'invention jurisprudentielle de la clause *unconscionable* (clause excessive, déraisonnable). Cf. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, op. cit., n°139.

³⁴⁷ Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n°188, *JCP* 1997, éd. E, II, 1007, obs. D. Legeais, *JCP* 1998, I, 103, obs. Ph. Delebecque. Le droit de la consommation reprend aujourd'hui cette analyse pour exiger que « *le créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* » (C. consom., art. L. 313-10).

³⁴⁸ V. cependant, depuis, Cass. com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* n°136, remettant en cause cette solution, en partie, en exigeant que la caution soit en situation de faiblesse ou de dépendance.

d'emporter la nullité³⁴⁹ d'un contrat, unilatéral ou synallagmatique. S'agissant des contrats unilatéraux, il n'y a pas d'obligations réciproques, de telle manière que le défaut de cause est à rechercher en dehors du contrat, comme dans le contrat de cautionnement : la cause du contrat de cautionnement réside dans le contrat conclu entre le débiteur principal et le créancier³⁵⁰ ou dans le contrat de prêt, la cause de l'obligation de remboursement trouvant sa cause dans la remise des fonds³⁵¹.

Le contrôle de la cause permettait donc de contrôler l'existence d'une contrepartie : le contrat comportant des obligations sans contrepartie était donc annulable, ce qui était équivalent à un contrat dans lequel des contreparties existent mais n'apporte aucun avantage réel à l'autre partie³⁵².

Certains contrats synallagmatiques commutatifs ont été annulés pour défaut de cause, du moins lorsque la cause n'est pas présente au moment de la formation du contrat³⁵³, dans différentes hypothèses et notamment lorsque le contrat n'a pas de contrepartie³⁵⁴ ou lorsque le contrat présente une contrepartie inutile pour l'autre partie³⁵⁵ voire une contrepartie dérisoire pour l'autre partie, empruntant la « théorie du vil prix »³⁵⁶ quoique, en principe seul le défaut complet de contrepartie emporte la nullité du contrat. En principe, donc, il suffit qu'il y ait une contrepartie, même faible, pour que le contrat soit valable³⁵⁷. C'est le cas

³⁴⁹ Nullité relative en principe : Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n°39.

³⁵⁰ Cass. com. 8 nov. 1972, *D.* 1973, p. 753, note Ph. Malaurie.

³⁵¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2022, préc.

³⁵² Cf. Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-15746, *D.* 2018, p. 371, note M. Mekki, *RTDciv.* 2017, p. 640, obs. H. Barbier. V. aussi Cass. com. 23 oct. 2012, n° 11-23376, *Mecasonic*, *D.* 2013, p. 686, note D. Mazeaud, p. 391, note S. Amrani-Mekki, *Rev. soc.* 2013, p. 160, note A. Reygrobelle, *RTDciv.* 2013, p. 112, obs. B. Fages. Dans cette affaire un contrat de management avait été conclu avec sa holding transférant des obligations correspondant à celle du directeur général de la société fille, faisant ainsi double emploi avec ses fonctions sociales. Cass. civ. 17^{re}, 10 juillet 2013, n° 12-17407, *RDC* 2013, p. 1321, note Th. Génicon (cession d'une créance sur une société en redressement judiciaire, annulée pour fausse cause), Cass. com. 24 juin 2014, n° 12-27908, *RTDciv.* 2014, obs. H. Barbier (convent de courtage conclue entre des partenaires en relation depuis longtemps, annulée en raison de l'absence de « service effectif »).

³⁵³ Cf. A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2003, 2001. Cass. civ. 3^{ème} 17 juill. 1996, *Bull. civ. III*, n°193.

³⁵⁴ Com. 6 avril 1993, *D.* 1993.310, note Ch. Gavalda, *JCP* 1993.II.22062, note J. Stoufflet : à propos de la pratique bancaire consistant à imposer des « dates de valeur » et facturer des intérêts à cet effet ; Cass. com. 10 mai 1994, *RJDA* 1994, n°1016, Cass. com. 30 janv. 1996, *RJDA* 1996, n°775, pour un contrat de franchise dans lequel aucun savoir original ne peut être fourni par le franchiseur.

³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1981, *Bull. civ. I*, n°273, cession d'une idée non susceptible de propriété, s'agissant d'un jeu télévisé ; Cass. civ. 18 avril 1953, *D.* 1953, 403, contrat de généalogie ou de révélation de succession quand l'héritier n'avait pas besoin de généalogiste pour faire valoir ses droits.

³⁵⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2001, *Bull. civ. III*, n°101.

³⁵⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, *Contrats, conc. consom.* 1995, n°181, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. Mestre et B. Fages : validité d'une vente d'un bijou valant 460 410 euros, affichée 100 000 euros, car la somme versée n'était pas dérisoire.

également de certains contrats aléatoires, en l'absence de l'aléa³⁵⁸. Ainsi, la vente au prix symbolique est en principe valable³⁵⁹, une vente à un euro par exemple, parce que, généralement, le prix faible s'accompagne d'autres charges, comme l'obligation de continuer une activité pour l'acquisition d'une entreprise au prix symbolique³⁶⁰ n'est, précisément, plus symbolique.

La sanction d'une contrepartie illusoire ou dérisoire reprend cette logique (C. civ., art. 1169), mais de manière moins générale, et surtout d'une manière finalisée qui n'englobe pas toutes les solutions précédentes.

219. Economie du contrat. L'un des signes de l'efficacité de la notion de cause résidait dans sa déclinaison vers d'autres notions, pourtant inconnues du Code civil, telle la notion d'économie du contrat³⁶¹, comme un arrêt, l'arrêt *Point club Video* du 3 juillet 1996 l'avait signalé : un contrat d'exploitation de location de vidéo-cassettes conclu pour une commune de 1314 habitants avait été annulé pour défaut de contrepartie réelle « *s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible (...) le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix* »³⁶².

La plupart des commentateurs signalaient, par cet arrêt le rejet de la conception de la « cause contrepartie » au profit de celle de « cause intérêt » : le contractant conclut un contrat moins en raison de la contrepartie attendue qu'en raison de l'intérêt qu'il y trouve, sans, cependant que le seul fait que le contractant soit déçu des résultats contractuels justifie une action pour absence de cause pour cette raison : c'est à celui qui entendait se prévaloir de l'absence de cause de rapporter la preuve de l'impossibilité de réaliser l'opération contractuelle prévue³⁶³. Par ailleurs, la notion de contradiction à l'économie du contrat n'a pas

³⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2003, *Bull. civ.* I, n°220 : contrat d'assurance portant sur un risque que l'assuré savait déjà réalisé ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 févr. 2000, *Bull. civ.* III, n°26, contrat de rente viagère alors que le débitrentier savait que le créditrentier allait décéder.

³⁵⁹ Cf. Ch. Freyria, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, Chr. p. 51.

³⁶⁰ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n°28.

³⁶¹ S. Pimont, *L'économie du contrat*, PUAM 2004 ; J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, Chr. p. 382.

³⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *D.* 1997, p. 200, note Ph. Reigné, *JCP* 1997, I, 4015, obs. F. Labarthe, *RTD civ.* 1996, p. 901, Obs. J. Mestre. Dans cette affaire, le pourvoi faisait pourtant classiquement valoir que la cause d'une obligation repose sur la prestation réciproque et que les motifs déterminants ne peuvent être pris en compte que s'ils sont entrés dans le champ contractuels. V. aussi, Cass. civ. 3^{ème}, 6 déc. 1995, *Bull. civ.* III, n°250 (dans un bail) ; Cass. com. 16 janv. 1996, *Bull. civ.* IV, n°21, (dans un contrat de transport) ; Cass. com. 15 févr. 2000, *Bull. civ.* IV, n°29, *D.* 2000, somm. 364, obs. Ph. Delebecque, *Deffrénois*, 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages) : interdépendance entre deux contrats malgré une clause imposant leur indépendance en raison de la contrariété de cette clause avec l'économie générale du contrat.

³⁶³ Cf. Cass. Com. 27 mars 2007, *D.* 2007, p. 2970, note S. Amrani-Mekki, *JCP G* 2007, II, 10119, note Y.-M. Sérinet, *RDC* 2008, p. 231 ? obs. D. Mazeaud, *Contrats, conc. consom.* 2007, n°196, obs. L. Leveneur.

pour objectif de faire obstacle au fait de réaliser une bonne affaire³⁶⁴. En revanche, la notion demeure utilisée après 2016 pour contrôler l'existence d'une contrepartie dans le contrat et l'équilibre que les parties ont voulu³⁶⁵.

On retrouve, d'ailleurs, cette analyse dans les décisions intéressant les contrats de distribution, les contrats de bière³⁶⁶, dans lesquels un brasseur conclut un tel contrat avec un distributeur, bar ou restaurant, assorti, souvent d'engagements accessoires pris par le brasseur : financiers, comme un cautionnement assurant la garantie du financement du fonds de commerce, un prêt pour l'acquisition du fonds, ou matériels, comme la fourniture des outils nécessaires à la vente de la bière (verres, parasols, pompes à bière, etc.). La contrepartie de l'engagement d'exclusivité doit alors être suffisante, sauf, pour les juges à annuler le contrat, qui présente pourtant une contrepartie, mais qui doit nécessairement présenter un intérêt suffisant pour le distributeur.

220. Fausse cause ou cause erronée. – L'hypothèse de « *cause fausse* » rejoint celle de l'erreur sur la cause, l'erreur sur les motifs qu'une partie avait de s'engager, qui ne peut être retenue comme vice du consentement pouvant entraîner l'annulation du contrat. Outre le fait que cette hypothèse d'erreur n'est pas envisagée par l'article 1109 du Code civil, il en résulterait un contrôle de l'équivalence des prestations ce à quoi la jurisprudence se refuse en général, du moins sur ce fondement.

L'erreur sur le motif déterminant pourra, exceptionnellement cependant, être prise en considération au titre de la fausse cause : à l'absence de cause s'ajoute une erreur, vice du consentement³⁶⁷, même si elle est inexcusable³⁶⁸. Ainsi en a-t-il été décidé dans le cas où, son fils ayant disparu, un père pour assurer l'avenir de ses biens avait fait une importante libéralité à une autre personne ; le fils étant revenu, le motif déterminant la libéralité apparut erroné : l'obligation du donateur fut considérée comme une obligation reposant sur une fausse cause et le contrat de donation fut annulé³⁶⁹.

De même, et plus compliqué encore, la fausse cause partielle a récemment été retenue par la Cour de cassation³⁷⁰ dans une espèce où une personne avait signé une reconnaissance de dette puis avait engagé une action en annulation de celle-

³⁶⁴ Cf. Cass. Com. 9 juin 2009, n°08-11420, RDC 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud.

³⁶⁵ Cf. Cass. Civ. 3^e 30 nov. 2017, n° 15622861, D. 2018, p. 371? Note M. Mekki (cessions croisées et réciproques de titres qui n'avait pas eu lieu, rompant l'équilibre contractuel voulu par un contrat) ; Cass. com. 7 juin 2016, n° 14-17978, RTDciv. 2016, p. 614, obs. H. Barbier.

³⁶⁶ Cf. Cass. com. 14 oct. 1997, *Defrénois*, 1998, art. 36860, obs. D. Mazeaud ; Cass. com. 8 févr. 2005, *D.* 2005, p. 639, *JCP*, éd. E, 2005, 1177, n° 4, obs. D. Mainguy ; Adde T. Lambert, « Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière », *D.* 2005, p. 1086.

³⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 1996, *Bull. civ.* I, n°159 : annulation d'un engagement de payer la dette d'autrui conclu dans l'ignorance de la suspension des poursuites dont il bénéficiait.

³⁶⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, *JCP* 1996, I, 3914, obs. M. Fabre-Magnan.

³⁶⁹ Paris 9 février 1867, *S.*1867, 2, 169. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 1 oct. 1986, *Bull. civ.* I, n°230, Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 2005, *RDC* 2005, p. 1013, obs. D. Mazeaud.

³⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n°67, *RTD civ.* 2003, p. 287, obs. J. Mestre et B. Fages : « *la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante* ».

ci sur le fondement de la croyance erronée en l'existence de cette dette ; or, la dette existait bien mais était inférieure au montant de la reconnaissance de dette. La sanction oscille alors entre la réduction de la créance³⁷¹ et son annulation³⁷².

Section 4. – La forme des contrats

221. Présentation de la distinction selon la forme des contrats. – Le contrat consensuel est le contrat dont la formation exige seulement l'accord des volontés des partenaires, leur consentement. Il obéit au principe général du consensualisme.

C'est la situation de principe, le contrat de droit commun.

Par exception donc des formes peuvent être exigées.

Le contrat solennel est le contrat dont la formation exige, outre l'accord des volontés, l'accomplissement de certaines formalités comme la rédaction d'un écrit, la présence de mentions obligatoires, voire les deux. On ne confondra cependant pas le formalisme solennel – on parle de formalités *ad validitatem* – et le formalisme simplement probatoire – on parle de formalisme *ad probationem* –.

La loi du 20 juin 2004, LCEN, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, a inséré un article 1108-1 dans le Code civil qui pose le principe selon lequel lorsqu'un écrit est exigé à peine de validité des contrats, cet écrit peut être fourni sous forme électronique, poursuivant l'œuvre entreprise par la loi de 2000 sur la preuve électronique.

Le contrat réel est le contrat dont la formation exige, outre le consentement des intéressés, la remise de la chose qui en est l'objet. Traditionnellement on considère que le contrat de dépôt est le type même du contrat réel (C. civ., art. 1919) et l'on cite également les contrats de prêt à usage ou commodat (C. civ., art. 1875), de prêt de consommation (C. civ., art. 1892), de gage ou de nantissement (C. civ., art. 2071), même si, pour ce contrat, la jurisprudence a considéré que les contrats de prêts conclus avec un consommateur sont des contrats consensuels. L'existence même de ces contrats réels fait l'objet de vives critiques, qui semblent entendues par certaines décisions récentes, en matière de prêt d'argent. Si on admettait que le prêt d'argent était un prêt soumis aux règles traditionnelles de contrat et donc était un contrat réel, il en résulterait que le contrat conclu avant la remise des fonds était une simple promesse de prêt, point le prêt lui-même tant que les fonds n'avaient pas été remis. La jurisprudence est cependant revenue sur cette conception dans deux décisions récentes. La première considère que le prêt d'argent conclu avec un consommateur et soumis aux règles des articles L. 311-1 et s. du Code de la consommation n'est pas un contrat réel³⁷³. La seconde a décidé encore plus largement que le prêt consenti

³⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, préc.

³⁷² Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, D. 2007, p. 1724 et L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, droit des contrats, *Dr. & Patr.* sept. 2007, p.86 : « Dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ».

³⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 186, D. 1999.14 note M. Bruschi.

par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel³⁷⁴.

222. Conception et évolution du formalisme. – La formalisation du contrat évoque le passage matériel et intellectuel du *negocium* vers l'*instrumentum*. Une fois la rencontre des volontés observée, formant le contrat, la question de la réitération de cet accord, obligatoire pour un contrat solennel, facultative pour un contrat consensuel se pose. Très souvent d'ailleurs, ce passage est tronqué, tant sont concomitants ou confondus l'accord des volontés et sa formalisation : fort souvent les contractants évoquent le fait de « signer » un contrat plutôt que le conclure. Parfois cette identité de conclusion et formalisation correspond à la réalité, pour un contrat solennel ; d'autres fois, la formalisation n'est que la réitération d'un contrat déjà conclu, lorsque ce contrat est un contrat consensuel. Par ailleurs, le formalisme peut apparaître comme une formalisation obligatoire, à laquelle on pourrait opposer la formalisation volontaire, comprise comme l'exercice intellectuel de construction et de rédaction d'un contrat consensuel, d'un contrat nommé dont les dispositions supplétives de la loi comprennent tout le contenu d'un contrat, la vente par exemple, ou innomé où les parties choisiraient de rédiger un contrat écrit, identifiant la différence entre formalisme et formalisation.

Le principe qui gouverne le droit des contrats est celui du consensualisme : les contrats se forment par principe par le seul échange des consentements, qui nécessite une extériorisation de la volonté et, donc, un vecteur formel, une parole, un geste ou un ensemble complexe de gestes, paroles, signes ou un écrit. L'une des difficultés est, alors de savoir si toutes ces formes d'extériorisation se valent ou si, au contraire, seules certaines sont retenues, et alors les formules les plus lourdes seront généralement choisies. Dans le premier cas le système sera consensualiste ; dans le second, formaliste. Le consensualisme est, alors, un système qui se satisfait d'un consentement exprimé d'une manière quelconque, la plus légère sans exclure a fortiori la plus lourde. Au contraire, le formalisme caractérise un système qui exige le respect de telle forme prédéterminée, généralement par la loi, pour que le consentement, exprimé par ailleurs, puisse produire ses effets. Bien entendu, le système consensualiste tolère un certain nombre d'exceptions formalistes qui tempèrent et justifient le principe. Ainsi, le droit français se caractérise par l'affirmation du consensualisme de principe et admet le formalisme à titre d'exception.

L'affirmation de ce principe du consensualisme trouve son origine dans une évolution très complexe. Pour résumer cette évolution, il convient d'observer les grandes lignes des règles du droit romain à nos jours. Le droit romain primitif considérait essentiellement le contrat comme une procédure : la volonté ne crée pas en soi d'obligation en dehors des formes prévues. Ces formes pouvaient être accomplies par tous sortes de rites, de paroles (« *spondesne, jures-tu ? spondeo, je jure* »). Puis le droit romain admit certains contrats consensuels comme la vente, la société, le louage, le mandat, des contrats vêtus accompagnés d'autres contrats de plus en plus nombreux jusqu'à l'admission de la valeur des contrats

³⁷⁴ Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, *JCP* 2000, II, 10296.

innomés pourtant sans forme sans jamais cependant consacrer le principe du consensualisme. L'Ancien droit précédé de la période des droits frustrés, donc formalistes, s'est soldé par un retour aux formes, aux solennités jusqu'à l'influence de plus en plus grande du droit canonique et des juridictions ecclésiastiques, comparés à la piètre efficacité des droits et juridictions temporelles. Un serment était alors exigé, envers Dieu et le créancier, sur le principe du respect de la parole donnée. De ce serment et de ce principe, diffusés du droit canonique vers le droit civil, repose l'adage *pacta sunt servanda*, à l'origine de l'article 1104 du Code civil³⁷⁵.

Face à ce principe du consensualisme, le formalisme n'apparaît qu'à titre d'exception. Pourtant, ces exceptions apparaissent de plus en plus nombreuses dans la législation moderne, malgré ses inconvénients nés de la lenteur de la formation du contrat en raison des impératifs de formalisation, des coûts de transaction que ce formalisme impose et de la tendance à la complexité des contrats qu'il produit. C'est, qu'en effet, le formalisme présente des avantages indéniables sur le consensualisme en termes de sécurité des transactions ou de protection d'un contractant. Ainsi, les inconvénients du consensualisme illustrent, en négatif, les avantages du formalisme. Le consensualisme favorise la rapidité des transactions et leur multiplication, solution favorable en période de rareté relative des contrats, comme à la fin du XVIII^{ème} siècle et au XIX^{ème}. En revanche, en période d'inflation contractuelle, comme celle-ci s'est manifestée tout le long du XX^{ème} siècle, cette rapidité et cette multiplication peut conduire à la moindre réflexion, à des consentements donnés très, trop, rapidement. Lorsque, par ailleurs, une différence de puissance économique distingue deux partenaires et alors que le principe du consensualisme reposant sur la liberté de s'engager, la conscience universelle des contractants pâlit devant le besoin immédiat. Cette différence s'observe essentiellement dans les relations de travail ou bien de consommation : le consensualisme est alors relayé ou bien consolidé par un certain formalisme. En outre, le consensualisme est d'une très grande discrétion, entre les parties mais aussi à l'égard des tiers. Le consensualisme présente l'inconvénient, dans certaines hypothèses, de permettre des consentements donnés à la légère, sans réflexion. Par ailleurs, le consensualisme favorise une certaine évanescence contractuelle qui n'encourage pas la sécurité juridique à la fois pour les parties sur le point de savoir quel est le contenu précis du contrat, tel aménagement contractuel particulier, telle clause... et pour les tiers qui ignorent l'existence de ces contrats.

A l'inverse, le formalisme impose le respect de certaines solennités ou d'un temps de réflexion, la mention d'une information particulière. En outre certains contrats doivent être conclus devant certains professionnels, comme les notaires, s'agissant des contrats portant sur un droit réel, qui assument un devoir de conseil, permettant une réflexion supplémentaire et l'éclaircissement de tel point particulier. Par ailleurs, certaines publicités obligatoires permettent l'information des tiers et l'opposabilité des contrats à leur égard.

³⁷⁵ Cf. J.-Ph. Lévy, « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », *Rev. sc. morales et politiques*, 1995.209.

L'évolution du formalisme³⁷⁶ se manifeste par un déclin suivi d'une renaissance. Le déclin du formalisme correspond à la période saluant l'avènement et l'empire du Code civil, au XIX^{ème} siècle. En revanche, la « renaissance » du formalisme est saluée depuis le début du siècle. Si l'on considère que le formalisme désigne toutes les exigences de forme dans les contrats, qu'il s'agisse de satisfaire à une exigence probatoire, de validité, d'information..., la renaissance du formalisme est plus qu'évidente, elle est même envahissante. Si, au contraire, le formalisme n'est envisagé que dans sa conception plus étroite qui l'associe aux seules conditions de forme validant la conclusion d'un contrat, on observera alors que cette renaissance est plus discrète, surtout à l'aune de la jurisprudence traduisant l'exigence d'écrit, sans plus de précision, comme illustrant une exigence probatoire plus qu'une condition validante.

223. Le principe : le consensualisme. – Les contrats répondent au principe du consensualisme : c'est-à-dire que le contrat est valable par le seul respect des conditions de fond préalablement étudiées : consentement, capacité, objet et cause. Cela signifie, en négatif, que la validité d'un contrat est indifférente aux modes d'extériorisation du contrat, à sa forme : le principe du consensualisme implique donc la liberté de la forme du contrat.

On distingue ainsi, le *negotium* qui est l'accord contractuel, envisagé de façon abstraite, et l'*instrumentum*, qui est l'extériorisation de l'accord, un écrit le plus souvent.

Ses avantages sont connus : le consensualisme respecte les fondements (supposés) des contrats ; le consensualisme satisfait le principe de la sécurité des transactions dans la mesure où l'une des parties ne peut pas arguer d'un défaut de forme pour se soustraire à ses obligations ; il est un facteur d'accélération des transactions, particulièrement adapté à un système favorisant la conclusion des contrats ; il diminue fortement les coûts de transaction.

Pourtant, un certain nombre d'inconvénients majeurs sont apparus : le consensualisme favorise les engagements pris (trop) rapidement, sans réfléchir, sans avoir mesuré la portée exacte de l'engagement pris, alors que des contrats présentés comme d'une grande banalité (contrats de crédit par exemple) sont en réalité très dangereux ; le consensualisme ne favorise pas la précision contractuelle pourtant indispensable dès lors que le contrat dépasse le cadre d'un contrat simplissime ; le consensualisme favorise l'opacité contractuelle, notamment dans des domaines justifiant un contrôle administratif ou judiciaire.

224. Exception : le formalisme et portée. – Le formalisme apparaît alors comme une exception au principe du consensualisme, mais une exception devenant très envahissante, dont les avantages et inconvénients exactement inverses à ceux du consensualisme. D'exception, le formalisme suppose un texte exprès pour l'imposer.

³⁷⁶ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges Ripert*, t. 1, 1950, p.93; M.-A. Guerreiro., *L'acte juridique solennel*, Bibl. dr. priv., t.137, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975.

Très souvent, une règle impose l'exigence d'un écrit sans plus de précision. La question se pose alors de savoir si cette exigence est une exigence solennelle, sans laquelle le contrat n'est pas valable, ou une simple exigence probatoire, dont le non-respect n'influence pas la validité du contrat mais simplement sa preuve. Ainsi, l'obligation générale de préconstitution de la preuve, formulée par l'article 1341 du Code civil, impose la rédaction d'un écrit pour tout contrat dont la valeur dépasse 1 500 euros, sauf les exceptions que la loi peut permettre, comme en matière commerciale. Face à ce texte de portée générale, l'interprétation d'une règle imposant un écrit sans plus de précision pose difficulté. De très nombreuses règles, dont la liste n'est pas exhaustive, formulent de telles exigences ; ainsi en est-il : du contrat de bail (C. civ., art. 1715 ; L. no 89-462, 6 juill. 1989, art. 3) ; du contrat d'entreprise à forfait (C. civ., art. 1793) ; du contrat de société (C. civ., art. 1835) ; du contrat de prêt à intérêt, s'agissant des intérêts (C. civ., art. 1907, al. 2 ; L. no 66-1010, 28 déc. 1966, art. 4 ; C. consom., art. L. 313-2), du contrat de transaction (C. civ., art. 2044), du contrat dit de coopération commerciale (C. com., art. L. 441-7), etc. Le texte précise parfois que sa portée est simplement probatoire (voir C. civ., art. 1715, pour le bail verbal ; C. civ., art. 1985, pour le mandat verbal) ou, au contraire, que l'écrit est exigé pour la validité même du contrat (voir NCPC, art. 1443, pour la clause compromissoire). Lorsque la règle exige un écrit et précise que cette exigence est formulée « à peine de nullité » ou est assortie d'une sanction pénale, on comprendra que l'écrit est une exigence solennelle. A défaut, la jurisprudence refuse d'y voir une exigence validante et préfère une valeur probatoire puisque les contrats sont consensuels par principe³⁷⁷. Parfois en revanche, la solution est contraire, le silence valant écrit *ad validitatem* comme ce fut, un temps, le cas du contrat de cautionnement³⁷⁸.

225. Manifestations du formalisme validant. – Les contrats véritablement solennels voient les exigences de forme considérées comme des conditions de validité du contrat, ajoutant donc aux conditions de fond de l'article 1108 du Code civil.

Ainsi en est-il de l'exigence – rarissime mais que l'on cite systématiquement car les exemples sont très frappants – de la rédaction d'un acte authentique. Beaucoup plus usuelle et en constante progression est l'exigence d'un simple écrit sous seing privé. Très souvent, par ailleurs ou en outre, certaines mentions obligatoires sont exigées, en plus ou indépendamment de tout écrit, seule une

³⁷⁷ Cass. civ. 1ère, 18 mars 1986, *Bull. civ. I*, n°74 (transaction) ; Cass. civ. 1ère, 21 mai 1990, *Bull. civ. I*, n°109 (contrat d'assurance).

³⁷⁸ Cass. civ. 1ère, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n°210, *D.* 1987, som., p. 442, obs. L. Aynès ; Cass. 1re civ., 31 mai 1988, *JCP éd. G* 1989, II, 21181, note Ph. Simler ; mais depuis, solution inverse, Cass. civ. 1ère, 15 nov. 1989, *JCP éd. G* 1990, II, 21422, note D. Legeais, *D.* 1990, p. 177, note C. Mouly ; Cass. civ. 1ère, 7 mars 1989, *JCP éd. G* 1989, II, 21317, note D. Legeais, *D.* 1989, somm., p. 290, obs. L. Aynès, *D.* 1990, p. 177, note C. Mouly. V. aussi pour la stipulation d'intérêts dans le contrat de prêt : Cass. com., 12 févr. 1991, *JCP éd. G* 1991, II, 21740, note G. Amlon, Cass. civ. 1ère, 9 févr. 1988, *JCP éd. G* 1988, II, 21026, note Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Cass. civ. 1ère, 24 juin 1981, *Bull. civ. I*, n°233.

mention ou une obligation étant formalisée. Ici encore le nombre d'hypothèses dans lesquelles ce formalisme alourdi se manifeste est pléthorique. Ces mentions obligatoires renforcent, le plus souvent, le caractère solennel d'un contrat qui bénéficiait déjà de cette qualité en raison de l'exigence d'un écrit. Par conséquent, sans cet écrit et sans ces mentions, la sanction est en principe la nullité de l'acte.

Cette formalisation qui se surajoute à celle exigeant déjà un écrit prend des formes diverses. Le plus souvent est exigée la présence de telle mention. Mais parfois, il convient qu'une mention figure dans certains caractères ou bien qu'elle soit rédigée de la main de l'un des contractants comme c'est le cas du contrat de crédit immobilier consenti à un consommateur qui doit recopier une formule légale (C. consom., art. L. 312-17) ou du contrat de cautionnement consenti par une personne physique pour un crédit à la consommation ou immobilier à un consommateur (C. consom., art. L. 313-7 et L. no 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1 et 24) ou encore du contrat de vente par démarchage à domicile dans lequel l'acquéreur doit dater, de sa main, tous les documents contractuels (C. consom., art. L. 121-21). On rencontre cependant quelques atténuations. Ainsi, l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 impose certaines mentions obligatoires dans le contrat portant cession amiable de fonds de commerce mais la sanction est la nullité relative du contrat. Dans d'autres circonstances, la sanction n'est pas la nullité du contrat mais l'inapplication de la clause objet de la mention obligatoire, comme c'est le cas de certaines clauses des contrats d'assurance, où le Code des assurances exige des caractères « apparents » ou « très apparents », selon les cas (voir C. assur., art. L. 112-4 et L. 113-15).

226. Le formalisme indirect : l'efficacité du contrat. – On trouve bien d'autres exigences formelles, mais qui ne sont pas des exigences validantes. C'est le cas des formalités habilitantes requises pour assurer le respect des dispositions sur les incapacités par exemple, des formalités probatoires requises en vue de la preuve d'un contrat, des formalités informatives, publicité requises pour permettre la protection des intérêts des tiers, des formalités qualifiantes requises pour obtenir à un contrat déterminé une qualification juridique déterminée et le rattacher, ainsi, à un régime juridique déterminé, des formalités fiscales exigées au profit du Trésor Public et sanctionnées par la majoration des taxes (enregistrement, papier timbré...), des formalités administratives requises à des titres divers et à des fins de contrôle, de statistiques... Le défaut d'accomplissement de ces formalités n'est pas sanctionné au plan civil, mais provoque différentes sanctions (amendes, déchéance...). Il s'agit d'un « formalisme bureaucratique » de seconde zone dont l'importance pratique croît, hélas, régulièrement.

Chapitre 2. – Les sanctions des conditions de validité du contrat

227. La nullité, entre autres. – Parce que les conditions de la formation du contrat sont très importantes, la sanction de leur méconnaissance est radicale : la nullité du contrat, mécanisme de destruction rétroactive du contrat, qui est censé

n'avoir jamais existé, et éventuellement un mécanisme de responsabilité ; c'est la principale sanction (Section 1), à laquelle s'associent d'autres sanctions, dont certaines sont plus accessoires, dont la caducité du contrat, le caractère « réputé non écrit » d'une clause, l'innoposabilité, etc. (Section 2).

Section 1. – La nullité du contrat

228. Définition. – La nullité est une sanction de la formation du contrat, en ce sens que les éléments nécessaires à la formation du contrat ne sont pas rassemblés. Le droit français des contrats considère que ces conditions sont tellement importantes qu'il suffit qu'un seul de ces éléments ne soit pas présent, d'une part, et que les effets de la nullité sont redoutables, l'anéantissement rétroactif du contrat, comme si celui-ci n'avait jamais existé. La réforme de 2016 a modifié les règles précédentes, y compris les règles jurisprudentielles, pour présenter cette institution sous un nouveau visage, sans doute plus clair. Ainsi la nullité est définie techniquement comme la sanction de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité (C. civ., art. 1178), emportant anéantissement rétroactif du contrat.

La nullité du contrat se décline en des formes voisines, comme la rescision, dans le cas de la lésion, et peut être confondue avec la notion d'inexistence du contrat, lorsque aucun consentement n'est présent notamment³⁷⁹ mais ne doit pas être confondue avec la résolution du contrat. La résolution d'un contrat en effet la sanction ordinaire d'une inexécution contractuelle considérée comme tellement grave que le contrat est alors détruit, en principe rétroactivement, par sa *résolution*, qui peut être le fait d'une clause, de résolution ou de résiliation, d'une décision unilatérale d'une partie constatant une telle inexécution, ou encore du juge.

La nullité est donc distincte de la résolution en ce qu'elle est une sanction des conditions de formation du contrat, tandis que la résolution, par exemple, est la sanction d'une inexécution contractuelle.

De ce point de vue, si l'on observe que le prononcé de la nullité d'un contrat, notamment s'il est en cours, est une cause de *rupture* du contrat, alors on peut la considérer et la comparer avec les autres modes de rupture du contrat, nullité, caducité, résolution, résiliation, réhabilitation, etc., où ne figurent pas des sanctions de la formation comme le réputé non écrit ou l'innoposabilité du contrat.

229. Rôle du juge : contrat annulable et contrat nul. – La nullité n'est pas un effet automatique d'un défaut de validité du contrat. Elle est le résultat d'un processus judiciaire dans lequel sont appréciés les défauts de validité invoqués, qui sont en général discutables. On peut donc dire qu'un contrat est « annulable » lorsqu'une partie considère qu'il manque l'une des conditions de validité, mais

³⁷⁹ Cf. Cass. civ. 1ère, 5 mars 1991, *D.* 1993, p. 508, note L. Collet. C. Witz, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », *Mélanges Ph. Simler*, 2006, p. 729.

qu'il n'est « nul » qu'à compter de la décision définitive d'un juge.

Par ailleurs, la nullité pourrait être constatée par les parties, solution que constate l'article 1178, al. 1^{er} du Code civil, par exemple par une transaction ou à l'occasion d'un nouvel accord « réparant » lorsque c'est possible, c'est-à-dire face à un cas de nullité relative.

Lorsqu'une cause de nullité est invoquée, et le juge la retient, il est en principe tenu de prononcer la nullité du contrat : la nullité est un effet de droit, un effet légal, mais dépendant de l'appréciation du juge de sa ou ses causes. Parfois cependant, et par exception, la nullité est facultative, le juge étant alors libre d'apprécier ou non la nullité du contrat comme en matière de cession de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-1, II).

Par ailleurs, le juge a le pouvoir de relever d'office la nullité du contrat (CPC, art. 12), alors qu'elle ne serait pas demandée par les parties.

A – Caractères de la nullité

230. Nullités absolues et nullités relatives. – On distingue deux types de nullités, les nullités absolues et les nullités relatives.

Autrefois considérée comme la sanction d'un vice, plus ou moins grave, affectant le contrat, la nullité, relative ou absolue, se repérait, en fonction de la *gravité* du vice, perçu comme une forme de maladie affectant le contrat, lui-même perçu comme une sorte de matière vivante, éventuellement malade.

La nullité est aujourd'hui perçue comme un droit de critique du contrat reconnu à certaines personnes en cas de violation d'une règle gouvernant la formation du contrat. Le critère de distinction entre la nullité relative et absolue dépend donc de la qualité de la règle méconnue, de sa finalité. L'article 1179 du Code civil consacre la théorie moderne des nullités.

Lorsque la règle violée protège des intérêts généraux, ce qui peut recouvrir les règles relevant de l'ordre public de direction, la nullité est absolue. Les nullités absolues se caractérisent par plusieurs éléments. La nullité absolue peut être invoquée par toute personne qui y trouve un intérêt : les parties, leurs créanciers notamment ; la nullité absolue ne peut pas être confirmée, la nullité absolue se prescrit par les délais ordinaires de cinq ans (avant la loi réformant les règles de la prescription de 2008, la prescription était trentenaire).

Lorsque la règle protège des intérêts privés, contrevient à une règle d'ordre public de protection, la nullité est relative. Elle est susceptible de confirmation et, depuis 2018, les règles de prescription sont les règles ordinaires,

Cette distinction, ajoutée au fait que les règles de prescription qui ont été alignées, rend assez efficace la réforme de 2016, même si elle reste discutable. Par exemple la cession d'un bien à un prix dérisoire, peut être considérée comme violant une règle d'ordre public en ce qu'il manque alors un élément essentiel du contrat ou bien comme violant un intérêt privé, dans la mesure où le cédant se trouve alors lésé. La jurisprudence considère ainsi, après avoir longtemps décidé

le contraire, qu'une nullité relative sanctionne ce type de cession³⁸⁰.

Par ailleurs, des causes de nullité peuvent emprunter à la fois à des règles violant des intérêts généraux et privés : en ce cas, la sanction absolue est préférée ; de même lorsque les intérêts privés de plusieurs personnes sont violés, la nullité demeure une nullité relative (la somme d'intérêt privés, dits collectifs, n'en fait pas un intérêt général).

Sont ainsi sanctionnées par une nullité absolue les règles prohibant un objet ou un but illicite, l'absence de consentement, de cause ou d'objet, la méconnaissance des règles de forme, alors que sont sanctionnées par une nullité relative les règles protégeant l'un des contractants : erreur, dol, violence, incapacité.

231. Invocation de la nullité. Les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par la personne que la règle méconnue entendait protéger (la victime d'un dol ou d'une erreur), mais également leurs héritiers ou leurs créanciers agissant par voie oblique (C. civ., art. 1181).

Les nullités absolues à l'inverse peut être demandée par le ministère public, en tant que garant de l'intérêt général, mais également par toute personne qui justifie d'un intérêt (au sens du droit processuel de l'intérêt à agir) à exercer une telle action, donc chacun des contractants, y compris donc celle qui serait seule à l'origine de la cause de nullité ou des tiers qui auraient intérêt à ce que ce contrat annulable ne se poursuive pas (pas exemple parce qu'il nuirait à leurs intérêts).

232. Confirmation des nullités relatives. Parce qu'elles ne protègent « que » des intérêts privés, les nullités relatives sont susceptibles de confirmation. La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne, qui pourrait demander la nullité d'un contrat, y renonce (C. civ., art. 1182).

Elle ne peut être invoquée lorsque la cause de nullité emporte une nullité absolue.

Elle doit émaner de la personne qui aurait pu demander la nullité, pour autant que le vice ait cessé (exemple de la violence), et que la confirmation ne soit pas équivoque, c'est-à-dire que la confirmation doit mentionner la cause de nullité et s'assurer que le renonçant le fait en pleine conscience de son acte.

Enfin, la confirmation, dans la mesure où il s'agit d'une renonciation, suppose qu'elle intervienne après que le contrat est conclu (une renonciation à un droit suppose que le droit en question soit né). La confirmation ne peut donc être une clause d'un contrat vicié (le droit n'est pas encore né au moment de la clause de confirmation).

Peu importe alors la forme de la confirmation, expresse ou tacite. Dès lors, la confirmation efface la cause de nullité et valide rétroactivement le contrat.

Enfin l'article 1183 a ajouté la possibilité, pour une partie, d'exercer une

³⁸⁰ Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-14218, CCC 2016, n° 136, obs. L. Leveneur, JCP E, 2016, 1251, note N. Dissaux. Solution précédente : Cass. com ; 23 oct. 2007, n° 06-13979, JCP G 2008, 104, n° 7, obs. R. Wintgen, RDC 2008, p. 234, obs. Th. Genicon.

« action interrogatoire » c'est-à-dire la possibilité d'interroger celle qui pourrait se prévaloir d'une nullité relative afin de savoir si elle entend soit conformer le contrat soit engager une action en nullité dans les six mois, ceci, à conditions que la cause de nullité ait cessé, et afin d'accélérer le traitement de ce type de situation.

233. Prescription et exception. Par ailleurs, s'agissant de la prescription, celle-ci est la prescription ordinaire, de cinq ans (hormis le cas du jeu d'une action interrogatoire).

La prescription de droit commun ne joue cependant que lorsqu'elle est exercée par voie d'action, c'est-à-dire de manière active, par celui qui l'invoque. Dans cette situation, l'action en nullité peut être exercée à quelque moment que ce soit, pendant le temps de l'exécution du contrat, ou après sa fin, pourvu que ce soit dans le temps de la prescription (qui peut être interrompue, par exemple par une action en justice).

En revanche, la nullité peut être invoquée de manière passive, par exemple parce qu'un contractant subit une action en exécution forcée du contrat et, comme mesure de défense, invoque une cause de nullité du contrat. L'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* : les exceptions sont imprescriptibles, permet ainsi d'invoquer la cause de nullité y compris lorsque celle-ci l'est après le jeu de la prescription, sous quelques réserves cependant (C. civ., art. 1185). Le mécanisme permet d'éviter que l'un des contractants attendent l'expiration de la prescription pour engager une action en exécution. L'exception de nullité échappe ainsi à la règle de prescription à supposer qu'elle soit bien invoquée à titre d'exception, c'est-à-dire en réponse à une action en exécution³⁸¹ (ce qui n'est pas le cas lorsque la nullité est invoquée à titre de demande reconventionnelle³⁸²), ni lorsque la partie qui invoque l'exception de nullité a déjà exécuté le contrat, même partiellement³⁸³, peu importe que la nullité soit absolue ou relative.

B. – Effets de la nullité

1 – Effets de la nullité entre les parties

234. Rétroactivité. – En principe, l'effet de la nullité du contrat est la disparition rétroactive du contrat, en sorte qu'il convient de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient antérieurement à la conclusion du contrat : *quod nullum, nullum producit effectum* (ce qui est nul est censé n'avoir jamais

³⁸¹ Cf. Cass. com. 15 mai 2012, n° 11-13240, RTDciv. 2012, p. 526, obs. B. Fages.

³⁸² Cass. com. 17 nov. 1998, n° 96-20288, RTDciv. 1999, p. 618, obs. J. Mestre.

³⁸³ Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 2002, n° 00-18682, Cass. com. 15 janv. 2013, n° 11-28244, D. 2013, p. 539, note B. Dondero.

existé³⁸⁴. Par conséquent, lorsque le contrat a déjà été exécuté, il convient procéder à des restitutions.

Le principe s'applique quelle que soit la cause de nullité, relative ou absolue, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, quel que soit le contrat.

235. Restitutions : un « contrat à l'envers ». – La rétroactivité du contrat est une fiction qui emporte un certain nombre de conséquences imposant, pour remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat, des restitutions.

En principe, elles s'effectuent en nature et exactement dans les mêmes conditions que celles de leur exécution : chaque partie doit rendre exactement ce qu'elle a perçu. Le mécanisme est assez facile à envisager dans le cas où les deux parties ont fourni des prestations restituables. Par exemple, en cas d'annulation d'une vente, le vendeur doit restituer le prix et l'acheteur la chose. Les choses sont parfois un peu plus complexes, ainsi l'acheteur n'a pas à restituer plus que la chose, ni les fruits ni une indemnité correspondant à l'utilisation, la jouissance de la chose³⁸⁵, ni aucun élément d'enrichissement sous forme d'indemnité en complément de prix, si la chose avait par exemple pris de la valeur. Cependant, ces restitutions soulèvent nombre de difficultés en pratique. Si la chose a disparu ou a été revendue, ou, surtout, lorsque les prestations sont insusceptibles de restitution, elles s'effectuent en valeur³⁸⁶ : en cas d'annulation d'un bail, d'un contrat de travail par exemple, et plus généralement des contrats à exécution successive, sous la forme d'une indemnité d'occupation ou de jouissance, en général égale au montant des loyers, ou des salaires, mais pas nécessairement.

236. L'indignité : *Nemo auditur*. – Une règle particulière, la règle *nemo auditur*³⁸⁷, « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) qui s'accompagne d'une autre règle « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » (il n'y a pas lieu à répétition si les deux parties sont associées à une turpitude), limite par ailleurs les restitutions lorsque la cause de nullité est une cause *immorale*, pas une cause illicite. Cette règle, très souvent invoquée, mais maladroitement, est donc marginale : elle ne limite que les restitutions, pas l'action en nullité elle-même, ni même une action en résolution du contrat, ou en exécution forcée, en responsabilité, etc.³⁸⁸.

³⁸⁴ Devenu un principe général du droit : Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *Bull. civ. I*, n°133, *RTD civ.* 2001, p. 699 : « *Vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* ». Adde S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001.

³⁸⁵ Cf. Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, *JCP* 2004, I, 173, obs. Y.-M. Sérinet, *RDC* 2005, p. 280, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2005, p. 600, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁸⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, *Bull. civ. I*, n°163.

³⁸⁷ Ph. le Tourneau, *La règle nemo auditur*, LGDJ, 1970.

³⁸⁸ V. cependant, Cass. com. 22 juin 2004, n°01-17258, selon lequel « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ».

237. Nullité totale, nullité partielle. – En principe, également, la nullité affecte l'intégralité du contrat, la nullité du contrat est totale, tout le contrat disparaît, toutes les clauses, tous les effets.

Une clause survit, cependant, au contrat, la clause compromissaire qui n'est pas affectée par la nullité³⁸⁹ en raison du principe d'autonomie de la clause compromissaire par rapport au contrat qui en est le support et du principe compétence-compétence (CPC, art. 1448) qui fait des arbitres les juges de leur propre compétence³⁹⁰, qui devrait pouvoir profiter à toutes les clauses relatives au litige, clause d'arrangement amiable, de conciliation, attributive de juridiction : le tribunal arbitral doit pouvoir statuer sur la nullité du contrat. Il serait beaucoup trop facile de dénoncer la validité du contrat pour échapper à l'arbitrage.

Parfois cependant, seule une partie du contrat est annulable, une clause par exemple en raison du vice qui affecte la validité de cette clause. On parle de « nullité partielle » du contrat (C. civ., art. 1184). Seule la ou les clauses non valables est ou sont annulées. La question se pose de l'éventuelle contamination de cette nullité au reste du contrat. L'article 1184 du Code civil dispose que « 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 question est parfois envisagée expressément par la loi, par exemple lorsqu'elle considère qu'une clause est « réputée non écrite » comme pour les clauses abusives.

Dans d'autres situations, la nature de la clause impose sa seule nullité, par exemple s'agissant d'une clause d'indivisibilité qui stipulerait que toutes les clauses du contrat sont liées de telle manière que la nullité de l'une emporte l'annulation de tout le contrat : une telle clause est alors de nature à tendre à interdire à l'une des parties de demander l'annulation de la clause de peur de menacer tout le contrat : dès lors que la règle violée est d'ordre public, cette clause d'indivisibilité est ignorée³⁹¹.

A défaut, la nullité totale du contrat était promise lorsque la clause annulée du contrat est « déterminante » de l'engagement des parties³⁹² ou lorsque la disparition de la clause bouleverse « l'économie du contrat »³⁹³.

238. Responsabilité et annulation. – L'annulation n'est pas toujours suffisante pour satisfaire le demandeur en annulation³⁹⁴, ne serait-ce que parce qu'il peut justifier un préjudice qui se distingue des restitutions liées à l'annulation. Il peut alors engager une action en responsabilité fondée sur une faute à l'origine de ce

³⁸⁹ Cf. Cass. civ. 1ère, 7 mai 1963, *JCP* 1963, II, 13405, note B. Goldman (arbitrage international) ; Cass. com. 9 avr. 2002, *Bull. civ.* IV, n°69 (arbitrage interne).

³⁹⁰ Cf. J. el Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique*, LexisNexis, 2021.

³⁹¹ Cf. Cass. civ. 3ème, 31 janv; 2001, *JCP* 2001, I, 354, obs. Y.-M. Sérinet.

³⁹² Cf. Cass. com. 20 déc. 1961, *Bull. civ.* III, n°495.

³⁹³ Cf. Cass. civ. 3ème, 24 juin 1971, *JCP* 1972, II, 17191, note J. Ghestin.

³⁹⁴ Cf. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992.

dommage. Ce peut être une faute précontractuelle et donc les règles de la responsabilité extracontractuelle, comme dans le cas du dol, voire de violence, solution préconisée par l'article 1178, al. 3 du Code civil. En toute hypothèse, cependant, l'éventuelle responsabilité ne saurait compenser le dommage subi du fait de la nullité, et donc de l'exécution du contrat nul.

L'action peut être engagée contre l'autre partie, supposant la démonstration d'une faute qui peut être la faute précontractuelle à l'origine de la cause de nullité ou de la connaissance de la cause de nullité s'il n'en est pas à l'origine. Elle peut également être engagée contre le tiers qui serait à l'origine de la cause de nullité (par exemple le tiers qui est l'auteur d'une violence, ou d'un dol).

2 – Effets de la nullité à l'égard des tiers

239. La rétroactivité de la nullité du contrat est en principe opposable à tous, solution qui n'est pas sans poser de très grandes difficultés. Si A vend une chose à B qui la revend à C, et que la vente AB est annulée, comment C peut-il être légitimement propriétaire ? « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* » (nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en dispose lui-même), B n'a pu, rétroactivement, rendre C propriétaire, solution insupportable car elle risque de déstabiliser tous les échanges.

Il en résulte plusieurs conséquences. En matière mobilière, l'annulation du contrat est inopposable au tiers-possesseur de bonne foi (C. civ., art. 2276 : « *En fait de meuble, possession vaut titre* »). En matière immobilière, l'annulation du contrat s'arrête aux limites des règles de la prescription acquisitives (10, 20 ou 30 ans selon les cas), les actes d'administration passés avec des tiers sont opposables aux parties au contrat annulé et, surtout, les tiers peuvent utiliser la règle de l'apparence, « *error communis facit jus* », pour tenter de démontrer qu'ils ont légitimement pu croire avoir conclu avec le véritable propriétaire.

II. – Les autres sanctions de la formation du contrat

240. Caducité. – Bien des sanctions alternatives à la nullité sont connues du droit français quoique l'ombre de cette dernière les éclipse souvent. Ainsi en est-il de la caducité du contrat. La caducité est une sanction particulière, qui complète la nullité ; Cette dernière sanctionne le défaut de formation du contrat, l'absence de l'un des éléments nécessaires à la sa formation. Si, cependant, le contrat a été correctement formé mais que l'un des éléments nécessaires à cette formation disparaît au cours de l'exécution du contrat, on parlera alors de caducité du contrat. Ainsi, en est-t-il de la perte de capacité d'une partie, d'une condition qui défaille voire de situations plus complexes liées à l'indivisibilité des contrats (cf. infra, n°240). En principe, la caducité ne produit d'effets que pour l'avenir, sans rétroactivité³⁹⁵.

241. Inopposabilité : la « petite » nullité. – L'inopposabilité est une sanction

³⁹⁵ Mais V. Cass. com. 5 juin 2007, *Bull. civ. IV*, à paraître.

curieuse : elle est la sanction naturelle de l'action paulienne (cf. infra, n°512), mais aussi une sanction alternative à la nullité. On l'appelle parfois la petite nullité dans la mesure où un acte inopposable est alors neutralisé à l'égard des tiers ou de certains tiers. Pour eux tout se passe comme si l'acte n'avait pas été conclu. Ainsi en est-il de l'absence de respect des exigences en matière de respects des formalités publicitaires notamment s'agissant des règles de publicité foncière (D. 4 janv. 1955, art. 30), ou des mécanismes sanctionnant la simulation (cf. infra, n°216). L'inopposabilité fonctionne alors comme une nullité relative, s'agissant notamment de la confirmation possible du tiers³⁹⁶.

242. Clauses réputées non écrites. – Une autre technique alternative à la nullité est celle qui permet de considérer qu'une clause, dans une convention, qui pourrait faire l'objet d'une nullité est *réputée non écrite*³⁹⁷. Cette sanction est la règle en matière de clauses abusives telles qu'envisagées par l'article L. 212-1 du Code de la consommation, mais aussi les clauses léonines en droit des sociétés (C. civ., art. 1844-1) ou bien les clauses dérogatoires au statut des agents commerciaux (C. com., art. L. 134-16), mais encore, plus récemment, et indépendamment de tout texte, pour éliminer une clause contraire à l'obligation essentielle d'un contrat (C. civ., art. 1170).

³⁹⁶ Cass. com. 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n°107, *RTD civ.* 2004, p. 505, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁹⁷ Cf. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, *Economica* 2006.