



HAL
open science

L'immixtion du juge dans les contrats

Adeline Villain

► **To cite this version:**

| Adeline Villain. L'immixtion du juge dans les contrats. Droit. 2013. dumas-00870586

HAL Id: dumas-00870586

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00870586>

Submitted on 7 Oct 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Pierre Mendès France – Grenoble

Mémoire de M2 Droit Privé Général

L’immixtion du juge dans le contrat.

Par Adeline VILLAIN

Sous la direction de

M. le Professeur Etienne Vergès

Année scolaire 2012-2013

Remerciements :

A Monsieur le Professeur Etienne Vergès.

Table des Matières

Titre I. La formation forcée du contrat par l'intervention du juge afin de respecter les engagements pris en période préparatoire.....	4
Chapitre I. Une rencontre des volontés devant permettre la formation du contrat.	6
Section I. Une substitution possible en cas de non respect d'un pacte de préférence.	7
Paragraphe I. Un pacte de préférence, comme préalable à la future négociation d'un lien contractuel.	7
A. Une définition consensuelle du pacte de préférence.	7
B. Les obligations pesant sur le promettant et le bénéficiaire.....	8
Paragraphe II. Une substitution rendant sa force au pacte en cas de non respect.	10
A. La violation de l'obligation de faire par le débiteur.	10
B. L'évolution de la sanction retenue pour méconnaissance de l'obligation.	11
1. La reconnaissance du droit de se substituer au tiers acquéreur de mauvaise foi.....	11
2. Les obstacles à l'application de la substitution.	12
Section II. Une simple indemnité en cas de rétractation anticipée d'une promesse de contracter.	14
Paragraphe I. Une promesse unilatérale de contrat, comme préalable à la conclusion d'un contrat définitif.....	14
A. Une définition classique ne répondant pas à toutes les attentes.....	14
B. Une nature et un régime juridique précisés par la jurisprudence et la doctrine.....	15
1. Une nature juridique soumise à des variations.	15
a. Une place particulière dans le cheminement d'un contrat.....	15
b. Une requalification possible de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique de contrat.	16
2. Le régime et les effets de la promesse unilatérale de contrat.	17
Paragraphe II. Des dommages et intérêts, seule sanction en cas de non respect de la parole donnée..	18
A. Des dommages et intérêts, comme seule sanction envisageable.	18
B. Une évolution en faveur d'une décision claire des parties de la sanction à appliquer.....	19
Chapitre II. La sanction attachée aux engagements de la période précontractuelle encore à déterminer.	20
Section I. Une doctrine divisée à travers une jurisprudence hésitante rendant ce domaine « imprévisible ».	21
Paragraphe I. Une substitution comme sanction, applaudie par une majorité doctrinale.....	21
A. La force obligatoire et la sécurité juridique respectées par la sanction en nature.....	21
B. Une sanction en nature ne respectant pas la nature du pacte de préférence.	22
Paragraphe II. De simples dommages et intérêts, sanction non suffisante pour une majorité d'auteurs.	23
A. Une volonté définitive et irrévocable, au cœur des débats sur l'exécution forcée.....	23
B. Des dommages et intérêts, comme sanction adaptée à la nature de la promesse.....	25
Section II. Une réforme attendue de la sanction du non respect des engagements précontractuels.	27
Paragraphe I. La substitution consacrée par les avant-projets de réforme du droit des contrats français.	27
A. Une possibilité de substitution reconnue par les projets dirigés par des auteurs.....	28
B. Une nullité simplement accordée par le projet gouvernemental.....	28
Paragraphe II. La fin de l'unique sanction d'exécution par équivalent pour la promesse unilatérale de contrat.....	29

Titre II. Un contrat modifié pour atteindre une meilleure justice contractuelle.	31
Chapitre I. Une « réfaction judiciaire » des clauses indemnitaires et forfaitaires en cas d'excès manifeste dans leur fixation.....	32
Section I. Le montant des obligations prévu, dans les conventions, révisé par le juge.	33
Paragraphe I. La révision du montant des clauses pénales, réponse aux excès d'antan.....	33
Paragraphe II. La révision de l'indemnité d'immobilisation comme ajustement entre le prix et le temps retenu.	35
Section II. Une atteinte directe à la force obligatoire du contrat souvent injustifiée.....	38
Paragraphe I. Une réfaction de la clause pénale supprimant son caractère comminatoire.....	38
Paragraphe II. Une révision reposant sur une interprétation excessive de la volonté des parties.	40
Chapitre II. Une révision du contrat permettant un ajout d'obligations.	43
Section I. Un forçage du contrat permettant l'ajout d'obligations.	44
Paragraphe I. La volonté des parties permettant le forçage inavoué du contrat.	44
A. La stipulation implicite pour autrui, volonté tacite des parties.	45
B. Une interprétation souvent « exagérée » de la volonté des parties.	45
Paragraphe II. Un forçage ostensible du contrat reposant sur un principe d'équité.....	46
A. La création d'obligations se basant sur un principe d'équité.	46
1. La naissance de l'obligation de sécurité comme prise en compte des dangers afférant à l'émergence de l'industrialisation.	47
2. Une obligation d'information pour assurer un équilibre entre les parties.	48
B. L'équité, une notion juridiquement floue, imprimant un risque d'atteinte à la sécurité juridique.	49
Section II. Une obligation de renégocier remplaçant une révision pour imprévision.	51
Paragraphe I. Une jurisprudence créant une obligation de renégociation à l'encontre du cocontractant.	53
A. Une série d'arrêts à la base de la naissance d'une obligation de renégociation.	53
B. Une réception mitigée de cette obligation de renégocier par la doctrine.	56
Paragraphe II. Une obligation de renégociation se retrouvant dans les projets de réforme du droit des contrats.	57
A. Une reconnaissance « timide » d'une révision judiciaire pour imprévision dans les avant-projets de réforme nationaux.	58
B. La révision judiciaire pour imprévision confirmée dans les projets d'harmonisation du droit européen.....	60
Titre III. Une neutralisation du contrat et de ses clauses par le juge pour protéger des dérivés.....	63
Chapitre I. L'intervention du juge pour évincer du contrat les clauses litigieuses.	64
Section I. La généralisation de la sanction du réputé non écrit par le juge.	65
Paragraphe I. Une interprétation des conditions nécessaires à l'application du réputé non écrit.	65
A. L'application de la loi prévoyant la sanction du réputé non écrit.....	65
B. La « révélation » du réputé non écrit contenu dans la loi.	67
Paragraphe II. L'utilisation du réputé non écrit par les juges, en l'absence de textes.....	67
A. Le domaine des contrats d'assurance.....	68
B. La jurisprudence Chronopost.....	69
Section II. La sanction du réputé non écrit légitime pour conserver la finalité originelle du contrat.	71
Paragraphe I. La sauvegarde de l'objectif du contrat, comme objectif du réputé non écrit.	71
Paragraphe II. Une finalité portant atteinte à de nombreux principes du droit des contrats.	72
Chapitre II. Un contrôle du juge renforcé au moment de l'expiration du contrat.....	75

Section I. Une rupture unilatérale prenant en compte les intérêts du créancier.....	76
Paragraphe I. Une résolution unilatérale possible en cas de comportement grave du débiteur.....	76
A. La rupture unilatérale comme troisième voie de sortie d'une convention.....	77
1. Une rupture unilatérale, comme exception au principe de la rupture judiciaire.....	77
2. Une rupture unilatérale, comme nouveau principe de fin du contrat.....	78
B. Un contrôle nécessaire, a posteriori, du juge.....	79
Paragraphe II. La rupture unilatérale, une atteinte à la vision française du droit des contrats.....	80
A. Une atteinte à la force obligatoire, non contrebalancée par une sanction « à ses risques et périls. »	81
B. Une rupture unilatérale, se rapprochant des modèles issus de la common law.....	82
Section II. Le maintien forcé du contrat comme sanction adéquate au non respect des obligations.....	85
Paragraphe I. Un maintien forcé pouvant être une forme d'exécution ou de réparation d'une inexécution.....	85
A. Le maintien forcé du contrat ordonné au titre de l'exécution en nature.....	86
1. Le domaine de la nullité.....	86
2. L'exécution forcée en nature du contrat, conséquence de la nullité.....	87
B. Le maintien forcé du contrat prononcé au titre de la réparation en nature du préjudice.....	88
1. La réparation en nature, sanction de l'abus de droit de rompre.....	88
2. La réparation en nature du préjudice, sanction distincte de la nullité.....	89
Paragraphe II. Un maintien forcé du contrat souhaité, et souhaitable en pratique, mais difficilement mis en place.....	91
A. Le maintien forcé du contrat, mesure consolidant la vision française du droit des contrats.....	91
1. Une sanction en nature permettant de maintenir la conception traditionnelle du droit des contrats.....	91
2. Une sanction promulguée par les avant-projets nationaux.....	92
B. Le rétablissement du contrat, sanction difficile à mettre en œuvre.....	93
Bibliographie.....	95
Liste des arrêts, jugements et décisions.....	107

Liste des principales abréviations

Ass. Plén.	: Assemblée Plénière
Cass. Civ.	: Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	: Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Soc.	: Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	: Arrêt du Conseil d'Etat.
<i>Chron.</i>	: chronique
Coll.	: collection
Contrats-conc.-consom.	: Contrats concurrence consommation
D.	: Recueil Dalloz
Defrénois	: Répertoire du notariat Defrénois
Dr et patrimoine	: Droit et patrimoine
Ed.	: édition
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	: <i>ibidem</i>
JCP éd. G.	: Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP éd. N.	: Juris-Classeur périodique, édition notariale
Les Petites Aff.	: Les petites affiches
Rép. Civ.	: Répertoire civil, Encyclopédie Dalloz.
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	: Revue trimestrielle de droit commercial

Nul besoin d'être un spécialiste en droit pour se rendre compte de l'importance des contrats dans la vie quotidienne des personnes. Le simple acte usuel de tous les jours peut se percevoir à travers le prisme du contrat. Acheter du pain, se vêtir, se distraire, ... La liste est longue.

L'idée n'est pas de s'arrêter sur la nature particulière de chaque convention, mais de s'intéresser à la théorie générale des contrats. Et ainsi, mettre en avant, les différents mouvements idéologiques actuels entourant le domaine des contrats, pour constater leur force et leur fondement.

Le contrat, de prime abord, est défini comme l'accord de volontés destiné à créer des obligations. Aux termes de l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. » La définition est posée.

Pourtant, loin d'être un instrument juridique et économique immuable, le contrat est dépendant des idées économiques et philosophiques qui sont dominantes durant une période donnée. Ainsi, une politique sociale et une économie dirigée imposera un cadre strict au contrat, alors qu'une politique libérale laissera tout loisir aux individus de s'organiser à leur guise. Il faudra donc s'intéresser brièvement à l'évolution connue par le contrat pour pouvoir définir les enjeux d'aujourd'hui.

Une partie de la doctrine s'est accordée pour affirmer que le Code civil, à sa création, a consacré la théorie de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Cette théorie inspirée par Kant, repose sur l'idée d'une grande liberté économique et d'une philosophie individualiste. Très en vogue au cours du XVIII^{ème} siècle, cette dernière a eu de grands impacts sur le contrat. Trois conséquences principales peuvent être découvertes à partir de là, la liberté de contracter ou non, la force obligatoire du contrat, et son effet relatif.

La liberté de contracter s'entend de celle de s'engager ou non, de choisir son contractant, et surtout de définir le contenu du contrat. Cette liberté n'a qu'une limite à l'époque, les règles impératives. Quant à la forme, cette liberté se traduit par le consensualisme. Il suffit que les parties aient échangé leurs consentements pour conclure le contrat. Nul besoin de passer par un écrit.

Si rien n'oblige les parties à contracter, il en est autrement en cas de conclusion du contrat. Les parties se doivent de respecter le contrat, et son contenu, c'est la force obligatoire du contrat. L'accord de volonté est créateur d'obligations. En cas de non respect du contrat, des sanctions civiles, voire pénales, pourront être prises. Obligatoire pour les parties, le contrat s'impose aussi au juge. Le contrat crée des obligations, c'est une source d'obligations mais pas uniquement, il est aussi une source de droit. Il crée aussi des normes juridiques, une

situation juridique. Le contrat est donc une règle de droit, que le juge se doit de faire appliquer. C'est pour cela que la force obligatoire du contrat s'applique également au juge.¹

Toutefois, de nombreuses exceptions existent à cette consécration par les rédacteurs du Code civil de la théorie de l'autonomie de la volonté. Des exceptions apportées par eux mêmes lors de la mise en vigueur du Code, et de nombreuses autres intervenues au fil des années, et encore plus actuellement.

Il est possible de se rendre compte de cela dès la lecture de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Ce dernier énonce « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » La précision du « légalement formées » permet de déduire que, bien que le contrat tienne lieu de loi aux parties qui l'ont créé, il existe une règle extérieure au contrat qui doit être respectée. De nombreux exemples peuvent être cités comme l'objet exigé, ou encore à l'article 1131 qui demande que le contrat ait une cause pour être valable.

Ainsi, que ce soit la liberté contractuelle ou la force obligatoire du contrat, cela ne repose pas entièrement sur la volonté des parties. Des interventions extérieures sont nécessaires, que ce soit le législateur, à travers les lois, ou le juge, à travers ses décisions.

Un mouvement de critique de cette théorie de l'autonomie des volontés s'est fait entendre.

A l'époque de la création du Code civil, le commerce avait un aspect artisanal, et familial, loin de notre économie actuelle. Les pressions, et les inégalités sociales étaient moins fortes. La présente remise en cause de la théorie de l'autonomie des volontés provient des déséquilibres qu'elle engendre entre les individus.

De plus en plus, le contrat, tout du moins son contenu, est imposé à la partie la plus faible. Les individus sont moins en position de négociateur. Ce mouvement se caractérise fortement dans les contrats d'adhésion, où une partie rédige le contrat, et où l'autre partie n'a plus de pouvoir, que d'accepter ou de refuser. Pour certains auteurs, cela ne permettrait plus de parvenir à un juste équilibre. Ainsi, il faudrait davantage contrôler la conclusion de conventions.

Pour « lutter » contre ces inégalités entre les individus, différentes façons étaient envisageables. Soit passer par le législateur, et rendre plus contraignantes les règles encadrant les contrats, notamment grâce à un ordre public plus important, soit passer par le juge. Il convient de s'intéresser plus particulièrement au rôle que joue le juge face au contrat.

Les reproches adressés à la théorie de l'autonomie de la volonté ont permis de faire naître un mouvement, encore minoritaire, qui prône un accès plus important du juge au contrat. En effet, actuellement, l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil semble prendre de l'importance, voire, supplanter l'alinéa 1. Ce dernier énonce que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi. » Monsieur Demogue a pris appui sur ce texte pour développer une nouvelle vision du domaine contractuel. Pour lui, le contrat doit être « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis, absolument comme la société civile ou commerciale.* »²

Cette pensée, bien que critiquée par la majorité de la doctrine, a pu être reprise en partie par le mouvement du solidarisme contractuel. « Loyauté, solidarité, fraternité » telle est la devise de ces auteurs. Chaque contractant se devrait de prendre non seulement son intérêt en compte, mais aussi celui de son cocontractant. Il n'y aurait plus de concept individualiste. Pour s'assurer de cette coopération, la notion de bonne foi serait au centre de toutes les attentions.

¹ Ancel P., « force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999 p. 771.

² Demogue R., *traité des obligations en général*, t.6, 1931, n°3.

La théorie générale des contrats a peu subi de modifications depuis la création du Code civil, contrairement aux règles encadrant les contrats spéciaux. Pourtant, le Code a été bouleversé par les interventions des juges, aussi bien dans le domaine précontractuel, que contractuel.

Les juges se sont notamment appuyés sur la notion de bonne foi pour revoir la formation du contrat, comme son exécution, ou encore au moment de sa rupture. Cette notion n'est pas la seule que le juge a pu trouver pour rééquilibrer des apports inégaux. Il a pu, en outre, se baser sur l'équité, l'abus, et l'interprétation.

Ici se pose la question de la justice contractuelle. Doit-on maintenir un contrat et son contenu, malgré qu'ils paraissent injustes, ou au contraire, permettre à une autorité extérieure, le juge, de s'immiscer dans le contrat, et rétablir un équilibre ? Mais surtout dans quelles mesures la force obligatoire du contrat permet elle aux juges cette immixtion ?

Cette intervention du juge a permis, pour certains, d'apporter plus d'égalité, dans un monde qui en était dépourvu. Ainsi comme a pu l'énoncer Monsieur Cadiet « *Le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu.* »³ Pour d'autres, il s'agit d'une véritable immixtion du juge dans le contrat, où ce dernier se permet de modifier une situation conclue par les cocontractants, là où il n'avait pas vocation à intervenir. Pour Monsieur Niboyet, « *Le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et, c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* ».

Ici repose le fond du problème.

Il faudra étudier les différentes manières dont le juge a pu intervenir sur le contrat, que ce soit au niveau de sa formation (Titre I), de son exécution (Titre II), ou de sa rupture (Titre III). Et plus particulièrement, les cas où il l'a fait sans base légale apparente, ou claire. Ainsi, la force obligatoire du contrat, et son intangibilité semblent être remis en cause par une intervention du juge, de plus en plus présente, et soutenue. Cela peut amener une insécurité juridique ou au contraire, aider les parties à mieux coopérer. Selon l'immixtion, la doctrine ne réagit pas pareil. Parfois, la doctrine se rejoint pour soutenir la nouvelle création prétorienne, parfois, elle se divise, en apportant des arguments concrets qui peuvent aisément se comprendre.

Pour savoir si ces immixtions du juge dans le contrat influenceront la théorie générale des contrats sur le long terme, il convient de se tourner vers les projets de réforme du droit des contrats.

Qu'ils soient nationaux, ou européens, bien que souvent commandés pour être abandonnés peu de temps après, ils permettent d'avoir un aperçu de l'impact de l'intervention du juge sur le droit des contrats, et parfois même, d'entériner certaines modifications dans ce domaine où l'immobilisme règne encore.

³ In, Etudes offertes à Jacques Ghestin, *le contrat au début du XXI ième siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 181.

Titre I. La formation forcée du contrat par l'intervention du juge afin de respecter les engagements pris en période préparatoire.

Les avant-contrats sont devenus indispensables dans notre droit depuis plusieurs années. Ils tendent tous à préparer soit les négociations soit la conclusion du contrat définitif, selon la distinction de Madame Schmidt-Szalewski.⁴

Pourtant ces contrats préparatoires semblent avoir été oubliés par les rédacteurs du Code civil de 1804. En effet, aucun article du Code ne dispose de cette période. A l'exception de l'article 1589, et de l'article 1589-1 issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000, qui évoquent les promesses de contracter.

Beaucoup de ces contrats ont été créés par la pratique, ce qui peut donner une première explication à ce manque de précisions législatives. Toutefois, ce néant est comblé par un intérêt croissant de la part de la doctrine, envers ces contrats. Notamment, un intérêt particulier a été placé dans les pactes de préférence qui font l'objet d'importants travaux doctrinaux et ont été l'objet d'un revirement, particulièrement commenté, de la part de la Cour de cassation. Cet intérêt a aussi pu se retrouver en ce qui concerne les promesses de contracter.

Provenant d'une création de la pratique, en grande partie, ces avant-contrats ont posé de nombreuses interrogations, auxquelles il a fallu répondre. Sans bases légales précises, il a fallu se tourner vers le juge pour trouver des réponses.

D'autant plus que ces avant-contrats se situent bien souvent à la frontière entre le domaine délictuel et contractuel, reposant sur des obligations diminuées, et ainsi, une force obligatoire atténuée par rapport au contrat définitif.

Pourtant la question de leur nature contractuelle ne se pose pas. En droit français, il suffit d'une rencontre de volontés pour créer un contrat, l'expression du consentement n'est soumise à aucun formalisme particulier. Les juridictions françaises admettent donc facilement l'existence d'engagements précontractuels de nature contractuelle.

⁴ Schmidt-Szalewski J., La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD Civ.* 2000 p. 25.

C'est au niveau de leur régime que les questions ont pu apparaître, avec notamment les obligations qu'ils créent envers les parties. Définir ces obligations permet de cerner le champ de la force obligatoire, et ainsi de savoir à partir de quels moments il existe une violation du contrat. C'est surtout la question de la sanction du non respect de ces obligations qui pose aujourd'hui difficulté.

C'est dans ce contexte que se situent les plus grands changements apportés à la théorie générale des contrats, et surtout, les débats les plus vifs entre auteurs.

En effet, la Cour de cassation a pu décider que pour certains contrats préparatoires, la sanction du non respect devait avoir comme sanction la formation forcée du contrat définitif, quand dans d'autres cas, les Hauts magistrats réfutaient l'utilisation de l'exécution en nature, et se bornaient à réparer le préjudice par l'octroi de dommages et intérêts (Chapitre I).

Cette différence de sanction a suscité de nombreuses réactions doctrinales, que ce soit pour applaudir cette décision de formation forcée, ou pour critiquer cette intervention malencontreuse des juges. Ces débats se ressentent au niveau des rédactions des avant-projets de réformes du droit des obligations, qu'ils soient nationaux ou européens (Chapitre II).

Chapitre I. Une rencontre des volontés devant permettre la formation du contrat.

Les avant-contrats recouvrent des réalités différentes, ayant pour dénominateur commun d'être des contrats préparatoires d'un contrat définitif. Comme n'importe quel contrat, au vu de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil, ils font naître des obligations que les parties doivent respecter.

En cas de violation de ces obligations, que ce soit la conclusion du contrat avec un tiers pour la promesse, ou la non-information préalable pour le pacte de préférence, une sanction adéquate doit être mise en place. Le Code civil dispose d'une gamme assez conséquente de mesures possibles, comme l'exécution en nature, la résolution du contrat de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil ou encore, l'exécution par équivalent à l'article 1147 de ce même code. A ces sanctions, se rajoutent, celles d'origine jurisprudentielle, comme l'exception d'inexécution, la réfaction, la déchéance, ... et bien d'autres.

Malgré que le pacte de préférence, et la promesse de contrat, se retrouvent dans la même catégorie d'avant-contrats, les possibilités de sanction diffèrent entre eux selon la jurisprudence de la Cour de cassation. Les juges ont ainsi permis la substitution du cocontractant par le bénéficiaire du pacte de préférence dans le lien contractuel (Section I), tout en continuant à ne prononcer que des dommages et intérêts pour la promesse et l'offre (Section II).

Section I. Une substitution possible en cas de non respect d'un pacte de préférence.

Le pacte de préférence, comme il faudra le voir, n'engage le promettant qu'à négocier en priorité avec le bénéficiaire, s'il se décide à réaliser le contrat déterminé. De cette définition, découlent une nature et un régime particuliers. (Paragraphe I).

Avant-contrat paraissant peu contraignant à la base, les juges de la Cour de cassation ont toute de même voulu lui donner une véritable force obligatoire en rendant possible la substitution du cocontractant par le bénéficiaire dans le contrat litigieux (Paragraphe II)

Paragraphe I. Un pacte de préférence, comme préalable à la future négociation d'un lien contractuel.

Actuellement, la définition du pacte de préférence n'est plus sujette à des controverses. Une définition consensuelle a été prouvée (A). Toutefois, les obligations naissant à partir de ce pacte peuvent encore parfois être l'objet de quelques discussions (B).

A. Une définition consensuelle du pacte de préférence.

Le pacte de préférence est exposé, par une majorité d'ouvrages, comme le premier des contrats préparatoires. Il serait un préliminaire de la future naissance d'un lien contractuel. Il se retrouve surtout au niveau des pactes d'actionnaires, mais aussi d'une future vente immobilière, ou encore, au niveau des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle.

Ce pacte est une formule inventée par la pratique. Plusieurs définitions ont pu être données en doctrine, en reprenant toutes cette idée de précédent, « *Le pacte est un contrat de réservation qui assure une priorité contractuelle* »⁵, « *Le pacte de préférence est un avant-contrat par lequel un promettant s'engage, pour le cas où il déciderait à conclure un contrat donné, à en faire prioritairement la proposition au bénéficiaire.* »⁶, « *Le pacte de préférence est une convention conclue entre le propriétaire d'un bien et un bénéficiaire, par laquelle le premier s'engage, au cas où il vendrait sa chose, à donner la préférence au bénéficiaire du pacte s'il paye le même prix que celui qu'offrent d'autres personnes intéressées.* »⁷, « *Le pacte de préférence est l'engagement de réserver la préférence au bénéficiaire si l'on décide*

⁵ M. Mainguy, in Les contrats spéciaux, cours Dalloz, 5^{ème} édition, p 73.

⁶ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, in Contrats civils et commerciaux, édition précis Dalloz, 9^{ème} édition, p 71 et s.

⁷ Malaurie P., Aynès L., Gautier P.-Y., in Les contrats spéciaux, édition Defrénois, 5^{ème} édition, p 93 et s

de vendre ou d'acheter, et de lui faire donc en priorité une proposition dans ce sens avant de s'adresser ailleurs. »⁸

Les définitions apportées par les différents auteurs se ressemblent à quelques nuances près. Ce consensus semble se retrouver dans la définition apportée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations, qui, dans son article 1106-, dispose « Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui. »

La définition ne posant pas de problème particulier, les obligations en découlant sont clairement identifiées.

B. Les obligations pesant sur le promettant et le bénéficiaire.

Ainsi, le pacte de préférence permet à un tiers de s'assurer que la proposition d'une possibilité de futur contrat lui sera faite en priorité. Il serait donc une sorte de préparation à une négociation à venir.

Cette proposition lie le promettant, qui doit faire son offre au bénéficiaire avant de la proposer à toute autre personne. Pour certains auteurs, il s'agirait d'une obligation de faire, proposer en priorité au bénéficiaire, pour d'autres, une obligation de ne pas faire, ne pas aller proposer le contrat à un tiers. Majoritairement, les auteurs retiennent comme nature de l'obligation, l'obligation de ne pas faire.

Toutefois, le cocontractant ne donne pas son consentement immédiat et irrévocable au contrat projeté. Là, repose sans doute la plus grosse différence qui existe avec la promesse de contracter, qui sera abordée plus en détails par la suite.

Quant au bénéficiaire, celui-ci n'est pas titulaire d'un droit d'option, juste d'un droit de préemption d'origine conventionnelle, un droit personnel. Il doit attendre que le promettant se décide à réaliser l'acte juridique afin de pouvoir accepter ou non de conclure.

Etant donné que le promettant ne s'engage pas à conclure un contrat, les termes de cette convention ne doivent pas être forcément fixés dès la conclusion du pacte. Il suffit simplement que l'objet du contrat projeté soit connu et que celui-ci soit licite. Ainsi, par exemple, la détermination du prix n'est pas une condition de validité du pacte de préférence.⁹

Au vu de ces éléments, cet avant-contrat qu'est le pacte de préférence paraît peu contraignant, que ce soit pour le promettant, ou le bénéficiaire. Un auteur a même pu parler « d'avant avant-contrat ».¹⁰

Cette constatation est essentielle, notamment au niveau du débat doctrinal actuel sur la sanction applicable à la violation de ce pacte.

⁸ Bénabent B., in *droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*. Montchrestien, 9^{ème} édition, p 53 et s.

⁹ Cass. Civ, 3^{ème}, 15 janv. 2003, *Bull. Civ.* III, n°9, Cass. Com 6 nov. 2012, n° 11-24730.

¹⁰ Lichaber R., *Defrénois* 2007.1048.

En résumé, si la définition et le régime du pacte de préférence ne font plus de doute aujourd'hui, il n'en a pas toujours été de même en ce qui concerne la sanction qui doit lui être appliquée en cas de violation du pacte.

Paragraphe II. Une substitution rendant sa force au pacte en cas de non respect.

Le pacte de préférence ayant comme nature d'être un contrat, le débiteur est tenu de respecter les obligations qui en découlent. Cependant, parfois ce dernier méconnaît ses obligations (A), et engage donc sa responsabilité, pouvant aller jusqu'à l'annulation du contrat passé avec un tiers, et la substitution du tiers par le bénéficiaire du pacte (B).

A. La violation de l'obligation de faire par le débiteur.

Etant une catégorie de contrat, souvent associé à une vente, le pacte de préférence est soumis à l'article 1134, alinéa 1, du code civil « Les conventions tiennent lieu de loi à ce qui les ont faites ». Le promettant doit respecter son engagement et proposer une offre, en priorité, au bénéficiaire du pacte.

La violation du pacte de préférence intervient donc majoritairement lorsque le promettant a conclu un contrat avec un tiers sans information préalable du bénéficiaire. Mais la violation peut aussi intervenir lorsque le promettant a émis une offre à un tiers, sans le faire au préalable au bénéficiaire du pacte.

Les raisons de cette violation ne peuvent être que d'ordre personnel (le débiteur ne souhaite plus contracter avec le créancier) ou parce qu'il a oublié l'existence de ce pacte. Il ne peut y avoir d'autres raisons, étant donné que le prix n'était pas déterminé au jour de la conclusion du pacte il peut donc être évalué au jour du contrat définitif. En effet, cet argument aurait pu expliquer que le promettant contracte avec un tiers, s'il avait fait grâce à cela une « bonne affaire ».

B. L'évolution de la sanction retenue pour méconnaissance de l'obligation.

Dans un revirement récent de la Cour de cassation, les Hauts magistrats ont reconnu un droit de substitution en cas de non respect du pacte de préférence (1). Cependant, cette sanction reste difficilement applicable en pratique (2).

1. La reconnaissance du droit de se substituer au tiers acquéreur de mauvaise foi.

Dans le cas d'une violation du pacte de préférence se pose la question de savoir quelle sanction peut demander le créancier au débiteur qui a méconnu son obligation. Selon une évolution récente de la Cour de cassation, le créancier bénéficiaire, aurait le choix entre une réparation par l'octroi de dommages et intérêts, ou une réparation en nature.

Pendant de nombreuses années, les Hauts magistrats ont limité la sanction à des dommages et intérêts¹¹. En effet, au visa de l'article 1142, les obligations de faire ou de ne pas faire ne peuvent se résoudre que par l'octroi de dommages et intérêts. Bien que souvent le contrat définitif repose sur un droit translatif de droits réels, le pacte de préférence ne fait naître que des obligations de faire ou de ne pas faire, et non pas, une obligation de donner.

Pourtant, l'argent peut sembler être une sanction inadaptée. En effet, les avantages qu'espérait toucher le créancier par la conclusion du contrat ne peuvent pas être remplacés par des dommages et intérêts. Comme par exemple, empêcher l'arrivée de nouveaux actionnaires dans le capital social d'une société, ou encore, obtenir le droit d'exploiter un nouveau brevet pour avoir de nouvelles parts de marché.

Toutefois, exceptionnellement, l'annulation du contrat conclu avec un tiers était envisageable en cas de mauvaise foi de ce dernier à titre de réparation en nature¹². C'est la règle *Fraus omnia corrumpit*. Cette décision a pu être considérée comme un premier pas vers l'évolution de 2006.

Un arrêt du 7 mars 1989 avait pu faire penser que la Cour de cassation allait accepter la substitution, à propos d'un pacte de préférence de cession d'actions. La Chambre commerciale avait censuré un arrêt prononçant la substitution en relevant que les juges du fond n'avaient pas constaté la collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire. Implicitement, il était possible d'en déduire l'admission de la substitution en cas de fraude. Malgré cela, il a fallu attendre 2006, pour que ce principe soit clairement énoncé.

Par un arrêt rendu le 26 mai 2006 par la chambre mixte de la Haute Cour, les juges ont décidé qu'une substitution du bénéficiaire du pacte pouvait être possible après l'annulation de la convention conclue avec le tiers. « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du*

¹¹ Cass. Civ 3^{ième}, 30 avril 1997, 95-17.598, bull.civ., III, n° 96

¹² Cass. 3^e civ., 26 oct. 1982, 81-11.733, bull.civ., III, n°208.

bénéficiaire de s'en prévaloir » En l'espèce, un acte notarié de donation-partage établi en 1957 attribuait un ensemble immobilier partageant un ensemble plus vaste et contenait un engagement de préférence au profit des autres attributaires. L'héritier d'un des attributaires reçoit une partie de ces biens lui-même par donation-partage en 1985 rappelant l'engagement de préférence mais cède ce bien à une société civile immobilière en 1985. L'un des bénéficiaires tente de faire valoir ses droits de préférence en agissant pour obtenir l'annulation de la vente tierce et sa substitution à l'acheteur. Cependant il n'a pas réussi, faute de prouver la connaissance de l'intention par le bénéficiaire de s'en prévaloir.

Il apparaît, en pratique, que cette possibilité de substitution soit très difficile à obtenir du fait des conditions strictes exigées par la Cour de cassation.

2. Les obstacles à l'application de la substitution.

Les Hauts magistrats, dans leur décision du 26 mai 2006, ont souhaité ajouter deux conditions strictes pour venir autoriser la substitution du tiers par le bénéficiaire.

Ainsi, le tiers doit avoir contracté de mauvaise foi. Il doit avoir eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et l'intention qu'avait le bénéficiaire de s'en prévaloir. Il doit exister une coopération du débiteur et du tiers pour empêcher le bénéficiaire de faire valoir ses droits.

La seule connaissance de l'existence du pacte de préférence par le tiers ne suffit cependant pas à faire annuler le contrat et offrir la possibilité d'une substitution. Dans ce dernier cas, le tiers n'engageant que sa responsabilité délictuelle, la réparation se limiterait à un équivalent. Le contrat entre le tiers et le débiteur demeurerait valable.

Ces conditions ont pu paraître, pour une grande majorité des auteurs, être une preuve impossible à rapporter, une *probatio diabolica*. Ainsi, la décision serait inapplicable.

Pourtant, un arrêt du 14 février 2007¹³ rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation est venu conforter la jurisprudence du 26 mai 2006. Cette décision rejette un pourvoi contre un arrêt ayant annulé un pacte de préférence. En l'espèce, Monsieur X. a fait apport à une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (S.E.L.A.R.L) de son fonds de commerce et du bail commercial contenant au profit de l'apporteur un pacte de préférence consenti par la bailleuse qui a agréé l'apport. Au décès de cette dernière, l'immeuble donné à bail a été vendu par son héritière à une société civile immobilière (S.C.I). Se disant bénéficiaire du pacte de préférence consenti à l'origine à l'apporteur, et soutenant que la vente a été conclue au mépris de ses droits, la S.E.L.A.R.L. assigne la venderesse et la S.C.I. en nullité de cette vente, sans toutefois demander la substitution. La cour d'appel fait droit à sa demande en relevant plusieurs éléments. D'une part, le gérant de la S.C.I. avait connaissance du pacte de préférence parce qu'un exemplaire du contrat de bail le contenant lui avait été remis. D'autre part, le rapport d'expertise produit aux débats par la S.C.I. elle-même mentionnait l'existence d'un pacte de préférence au profit du preneur et, surtout, selon l'acte notarié intervenu au moment de l'acquisition par la S.C.I., son gérant avait eu connaissance du litige judiciaire qui opposait la cédante des locaux à la S.E.L.A.R.L. dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la S.C.I. en reprenant l'attendu de l'arrêt du 26 mai

¹³ Cass. Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, 05- 21.814, Bull. Civ., III, n°25.

2006 : « la cour d'appel, qui en a exactement déduit que le pacte de préférence était opposable à la S.C.I. et qui a souverainement retenu, par motifs adoptés, que les parties à l'apport n'avaient cessé de manifester leur volonté de maintenir leurs obligations et droits contenus dans le bail initial quand bien même le bail avait été renouvelé et que la S.E.L.A.R.L. s'était substitué à Monsieur X. ». Les exigences de preuve posées depuis l'arrêt de revirement étaient, d'après les juges du fond, remplies.

Cet arrêt a le mérite de poser une question essentielle. Lorsque le bénéficiaire du pacte opte pour l'annulation du contrat, au lieu de dommages et intérêts, peut-il s'abstenir de demander en plus la substitution à l'acquéreur ? Ou est ce que le bénéficiaire n'aurait le droit de choisir qu'entre la réparation par équivalent, des dommages et intérêts, ou la réparation en nature, l'annulation du contrat et la substitution ?

Le bénéficiaire du pacte n'aurait pas intérêt à ne demander que l'annulation du contrat, comme le relève Monsieur Kenfack, ¹⁴« Ne voulant pas acquérir le bien, le bénéficiaire évincé du pacte aurait plus intérêt à demander des dommages et intérêts. En outre, une annulation sans substitution freinerait la circulation des biens, ce qui n'est pas positif pour l'économie. »

Monsieur Piazzon ne suit pas le même raisonnement. Pour ce dernier, le bénéficiaire aurait des intérêts à demander la nullité, sans la substitution. Cela permet, notamment, au bénéficiaire « d'exercer un contrôle sur la personne du futur cocontractant du promettant ». ¹⁵ Toujours est-il qu'au regard de l'arrêt du 14 février 2007, une demande de nullité simple est possible. Le juge ne pourra pas forcer une substitution qui ne sera pas demandée, même si les conditions sont remplies.

En encadrant strictement les conditions qui doivent accompagner la mise en place d'une substitution du tiers par le bénéficiaire du pacte de préférence, les juges n'ont sans doute pas voulu remettre en cause un grand nombre de liens contractuels.

C'est peut être pour cette raison que pour l'instant seuls des dommages et intérêts sont possibles pour réparer le préjudice subi suite à la méconnaissance par le débiteur de sa promesse de contrat.

¹⁴ Kenfack H., le renforcement de la vigueur du pacte de préférence, *Deffrénois* 2007, n°13, p 1003.

¹⁵ Piazzon T., Retour sur la violation des pactes de préférence, *RTD Civ.* 2009, p 433.

Section II. Une simple indemnité en cas de rétractation anticipée d'une promesse de contracter.

Les promesses de contrat, contrairement au pacte de préférence, sont clairement définies par le Code civil. Elles n'en ont pourtant pas moins posé de questions sur leur nature et leur régime juridique (Paragraphe I). De plus, les mêmes interrogations quant à la sanction la plus adéquate à appliquer se sont retrouvées au fil de l'évolution de la jurisprudence (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une promesse unilatérale de contrat, comme préalable à la conclusion d'un contrat définitif.

La promesse unilatérale de contrat est sans doute l'avant contrat le plus usuel, en se développant fortement depuis la seconde moitié du XX^{ième} siècle.

Pourtant sa nature et son régime juridique ont dû être précisés à de nombreuses reprises (A). Bien qu'il soit plus contraignant au niveau de ses obligations que le pacte de préférence, les magistrats de la Cour de cassation se refusent encore à accepter une réparation en nature, et se limitent à des dommages et intérêts en cas de non respect de la promesse (B).

A. Une définition classique ne répondant pas à toutes les attentes.

Les promesses de contrat correspondent aux contrats préparatoires modèles. Elles sont d'ailleurs les seules à être évoquées par le Code civil, à travers les articles 1589 et 1589-1 du Code civil. Ainsi l'article 1589, alinéa 1, du Code civil dispose que « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a un consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. »

Divers lois postérieures au Code civil ont amplement fait référence aux promesses de vente. Comme par exemple, la loi n°49-1509 du 28 novembre 1949, qui insère l'article 1675, alinéa 2, du code civil, qui a précisé à quel moment s'apprécie la lésion en présence d'une promesse de vente, ou encore l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005, à l'article 1589-2 du code civil, qui a soumis à un formalisme fiscal le seul pacte d'option.¹⁶

Pourtant, il ne faut pas oublier que ces promesses sont nées de la pratique notariale, ce qui a poussé conjointement la doctrine et la jurisprudence à préciser leur régime.

Les articles du Code civil font référence à la promesse de vente, pourtant, il existe deux types de promesses de contrat, une unilatérale, et une synallagmatique. Les deux se définissent habituellement comme des contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de

¹⁶ Pour plus d'exemples, Répertoire de droit civil, Promesse de vente, Barret O.

l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat déterminé.

Plus précisément, la promesse unilatérale de contrat peut se définir comme un accord par lequel une des parties, le promettant, s'engage envers l'autre, le bénéficiaire, à conclure, si ce dernier lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont déjà fixés. « *En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci.* »¹⁷

C'est sur la promesse unilatérale de contrat qu'il faudra se concentrer. En principe, cette promesse peut porter sur toute sorte de contrat. La plus fréquente reste la promesse de vente, surtout en matière immobilière.

Les conditions du contrat définitif étant d'ores et déjà déterminées précisément, la conclusion du contrat ne dépendra plus que de la volonté du bénéficiaire. Il faudra toutefois s'intéresser à la nature juridique de cette promesse et à son régime.

B. Une nature et un régime juridique précisés par la jurisprudence et la doctrine.

La promesse unilatérale possède une nature juridique particulière, qui peut être modifiée par le juge en cours d'exécution (1). Son régime, quant à lui, se trouve plus contraignant que celui du pacte de préférence (2).

1. Une nature juridique soumise à des variations.

a. Une place particulière dans le cheminement d'un contrat.

La promesse unilatérale de contrat se distingue d'une simple offre, mais aussi du contrat définitif. Etant un contrat, elle est plus contraignante qu'une offre, mais restant unilatérale, elle se distingue du contrat projeté.

En effet, la promesse unilatérale se distingue de l'offre, en ce qu'elle crée une obligation à la charge du promettant, qui s'est déjà engagé alors que l'offre reste révocable en principe. De plus, les héritiers ou le représentant, en cas d'incapacité, du promettant devront exécuter cet engagement dans le cas où le bénéficiaire déciderait de lever l'option. Ceci n'est pas le cas au niveau de l'offre, qui elle, deviendra caduque.

Etant un contrat unilatérale, la promesse n'engage que le promettant. Le bénéficiaire fait dépendre la conclusion du contrat définitif à sa seule volonté.

Cette dernière affirmation peut laisser subsister quelques doutes. La promesse

¹⁷ Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz.

unilatérale de contrat peut, dans certains cas, être à titre onéreux. Le bénéficiaire devra verser lors de la conclusion de la promesse un somme d'argent. Ainsi l'indemnité d'immobilisation sera déduite au moment de la conclusion du contrat projeté sur le prix final, soit sera acquise au promettant dans le cas contraire. Que cette indemnité d'immobilisation ait pour cause « *la double obligation souscrite par le promettant de ne pas céder à autrui le bien objet de la promesse pendant la durée de l'option et maintenir son offre pendant ce délai* »¹⁸ ou, « *le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* »¹⁹, cela confère à la promesse un caractère synallagmatique. Pourtant, la promesse unilatérale ne se transforme pas en promesse synallagmatique en présence d'une telle clause, en principe. Le bénéficiaire n'est pas tenu de lever l'option et donc de conclure.

Cette dernière précision doit être développée. A plusieurs occasions, la Cour de cassation a pu décider qu'en raison du montant élevé de l'indemnité d'immobilisation, la promesse unilatérale se transformait en promesse synallagmatique de contrat.

b. Une requalification possible de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique de contrat.

Par plusieurs décisions, la Cour de cassation a semblé vouloir transformer une promesse unilatérale de contrat en promesse synallagmatique en conséquence du montant élevé de l'indemnité d'immobilisation.

« *Ce genre de requalification repose sur cette idée, tout à fait vérifiable en pratique, que le bénéficiaire de la promesse préférera acheter plutôt que d'abandonner au promettant une somme d'argent conséquente sans contrepartie tangible.* »²⁰

Cette possibilité a été évoquée pour la première fois, le 20 Novembre 1962, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Une dame avait promis à une autre de lui vendre un fonds de commerce, dans les cinq mois. En échange, la bénéficiaire avait transmis une importante somme d'argent au titre d'indemnité d'immobilisation. Par la suite, la bénéficiaire a assigné la promettante en déclarant que l'acte était nul, faute de mentions manuscrites. Cette dernière a donc demandé la restitution du montant de l'indemnité.

L'arrêt déboute la demanderesse. L'acte étant une promesse unilatérale de vente, la bénéficiaire devait accepter, ce qu'elle n'a pas fait. L'indemnité restait due à la promettante. La Cour casse l'arrêt en déclarant « *Mais attendu qu'en ne recherchant pas si Dame Y... n'était pas liée à la venderesse, puisqu'elle avait consigné immédiatement une indemnité de dédit élevée, qui restait acquise à Dame X ... au cas où elle ne lèverait pas la promesse, et si elle n'était pas contrainte, sous cette forme détournée à acheter.* »

Pour fonder cette requalification, les juges mettent en avant un critère quantitatif. Ils examinent le montant de l'indemnité d'immobilisation, et la durée de l'option. Les auteurs s'accordent à dire qu'au dessus de 20 % du prix du bien, le montant est jugé excessif. Les objectifs peuvent être divers, sauver l'acte d'une nullité, ou au contraire, rassembler les conditions nécessaires à une annulation, mais la pratique a mis en lumière une conséquence moins évidente, qui est la possibilité de réviser le montant de l'indemnité d'immobilisation, comme il faudra le voir par la suite.

¹⁸ Oliver J.-M., *Defrénois* 1986, p 126 et s.

¹⁹ Cass. Civ. 1^{ière}, 5 déc. 1995, n° 93- 19.874, Bull civ. I, n° 452 ; Mazeaud D., *Defrénois* 11996. 757

²⁰ « L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique » G. Paisant, Recueil Dalloz 1993 p. 234

En 2010, la Première Chambre civile avait refusé la transformation d'une promesse unilatérale en promesse synallagmatique. « *Une seule partie, les vendeurs, s'était engagée de manière ferme et définitive, envers le candidat acquéreur, qui prenait acte de l'engagement mais qui de son côté ne s'engageait pas, à conclure le contrat définitif, disposant d'une option lui permettant dans l'avenir de donner ou non son consentement à la vente et que le versement d'un dépôt de garantie d'un montant presque égal au prix de la vente ne préjudiciait en rien à la qualification de cet acte.* »²¹

Le bénéficiaire dispose toujours d'une option, de conclure ou de ne pas conclure, il conserve toute sa liberté juridique, comme le souligne Monsieur De Bissy.²²

De plus, même lorsque l'option n'est pas levée, l'indemnité, dans de nombreux cas, peut être remboursée au bénéficiaire. Notamment, quand il apparaît que la non réalisation ne peut pas lui être imputable.²³

Des problèmes peuvent se rencontrer au niveau de la sécurité juridique. Les juges du fond devant définir avec précision à partir de quel montant et quelle durée, le montant de l'indemnité devient tel que le bénéficiaire se retrouve dans l'obligation de contracter. Cela laisse place à la subjectivité.

Mais cette solution de 2010 semble être isolée. En 2012, la cour a eu l'occasion de réitérer sa jurisprudence traditionnelle, avec la bienveillance d'une majorité d'auteurs.

Cette modification, qui à la base servait prioritairement à empêcher les nullités des promesses unilatérales de contrat non enregistrées dans les 10 jours suivant leur conclusion, a un impact direct sur la révision de l'indemnité d'immobilisation, qui sera étudiée par la suite.

2. Le régime et les effets de la promesse unilatérale de contrat.

Au fond, la capacité du promettant s'observe au jour de la conclusion de la promesse. C'est à ce jour que le promettant donne son consentement. Alors que la capacité du bénéficiaire s'apprécie, elle, au jour de la levée de l'option, et donc de la conclusion du contrat projeté.

Contrairement au pacte de préférence, il faut que les conditions du contrat défini soient clairement indiquées, et avec précision. Ainsi, la promesse de contrat doit comporter, à peine de nullité, l'indication du prix de la chose promise²⁴.

Mais l'existence, la licéité de l'objet et de la cause s'apprécient au moment de la levée de l'option.²⁵

En la forme, la promesse de contrat n'obéit à aucune règle particulière en raison du principe de consensualisme.

Il y a donc très peu de particularité par rapport à un contrat classique.

En ce qui concerne les effets, la conclusion de la promesse unilatérale crée une situation originale. Pour bien les saisir, il faut bien distinguer deux périodes, celle qui s'étend

²¹ Cass.Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, Bull.Civ., I, n°252

²² « L'indemnité d'immobilisation » A. De Bissy, *Revue de droit immobilier* 2000 p. 287

²³ « L'importance de l'indemnité d'immobilisation est-elle de nature à rendre synallagmatique la promesse unilatérale de vente ? » B. Fages, *RTD Civ.* 2012 p. 723; « L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse » B. Fages, *RTD Civ.* 2011 p. 346

²⁴ Cass. Civ. 26 octobre 1948

²⁵ Req., 14 mars 1860

jusqu'à la levée de l'option, et celle après que le bénéficiaire ait exprimé sa volonté.

Jusqu'à la levée de l'option, le bénéficiaire est titulaire d'un droit personnel, un droit d'option. Ce dernier, selon certains auteurs, serait un droit de créance, quand d'autres y voient un droit potestatif qui lui confère un pouvoir de conclure le contrat projeté.

Ce droit personnel existe pendant le délai accordé, explicitement, ou implicitement, pour lever l'option. Cependant si aucun délai n'est défini, le bénéficiaire dispose théoriquement de cinq ans pour se décider.

Du côté des obligations afférant au bénéficiaire, il s'agit essentiellement de régler la somme prévue au titre de l'indemnité d'immobilisation, en présence de celle-ci.

Le promettant, de son côté, engage sa responsabilité, s'il ne respecte pas ses engagements, comme il faudra le démontrer plus tard. En effet, ce dernier ne peut pas disposer de la chose auprès d'une autre personne que le bénéficiaire de la promesse, jusqu'à la levée de l'option. En particulier, le promettant ne doit pas accomplir d'acte qui soit de nature à compromettre le droit d'option du bénéficiaire.

Après la levée de l'option, le contrat préparatoire laisse place au contrat définitif, et les obligations deviennent donc celles du contrat projeté.

Paragraphe II. Des dommages et intérêts, seule sanction en cas de non respect de la parole donnée.

Il faut maintenant se concentrer sur la sanction applicable au promettant qui rétracte sa promesse avant la fin du délai d'option, mais avant la réponse du bénéficiaire. Traditionnellement, la Cour de cassation accordait uniquement des dommages et intérêts au bénéficiaire de la promesse, en cas de méconnaissance de cette dernière (A). Cependant, certains arrêts ont pu laisser penser que cette position allait évoluer (B).

A. Des dommages et intérêts, comme seule sanction envisageable.

Dans le célèbre arrêt Cruz du 15 décembre 1993, la Cour s'appuyant sur les articles 1142 et 1134, alinéa 2, du code civil, affirme que « *attendu que la cour d'appel ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constitue qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait tout rencontre des volontés réciproques de vente et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé.* »²⁶

L'unique sanction possible est des dommages et intérêts. En effet, l'obligation de faire recenser par la Cour envers le promettant, selon la lettre de l'article 1142 du Code civil, ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts.

Cette solution a, par la suite, été reprise de nombreuses fois. Dans cet arrêt, la Cour semble prendre en compte la volonté des parties au jour de la rétractation, et non plus au jour de la conclusion du contrat de promesse.

²⁶ Cass. Civ 3^{ième}, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, Bull.Civ, III, n°174

Le 11 mai 2011, la troisième chambre civile décide de réitérer sa solution de l'arrêt Cruz, mais cette fois-ci au visa de l'article 1101 et 1134 du Code civil. « *La levée de l'option par le bénéficiaire postérieurement à la rétractation du promettant excluant tout rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée.* »²⁷

Certains arrêts rendus durant cette période ont cependant pu interroger. Il semblerait que la Cour de cassation ne soit pas fixée sur le sort de la sanction à retenir, et hésite parfois.

B. Une évolution en faveur d'une décision claire des parties de la sanction à appliquer.

La majorité des auteurs pensait que la Cour allait suivre un mouvement législatif et jurisprudentiel favorable à une exécution forcée du contrat. En effet, le 26 mai 2006, les Hauts magistrats avaient décidé de permettre une substitution du bénéficiaire du pacte de préférence au tiers acquéreur de mauvaise foi. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas suivi cette pensée.

Le 27 Mars 2008²⁸, la Cour a reconnu, tout de même, le droit de demander exécution forcée en nature par l'insertion d'une telle clause dans le contrat de promesse. Les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que « *le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* ». Une telle stipulation pouvait faire échec à l'article 1142 du Code civil.²⁹ Pour y faire échec, il faut que la clause soit claire et précise, en ce qu'elle prévoit la sanction par exécution forcée.

Une décision du 8 Septembre 2010³⁰ a pu semer le doute sur la sanction que la Cour de cassation souhaitait appliquer à la méconnaissance d'une promesse de contrat.

Dans cet arrêt, en l'espèce, un bénéficiaire demandait l'exécution forcée du contrat, après le décès du promettant. La cour d'appel l'avait débouté, faute du consentement exprimé par l'héritier mineur de ce dernier. Ce à quoi répondit la Cour de cassation, « *qu'en statuant ainsi, alors que le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée après son décès, contre ses héritiers tenus des dettes contractées par leur auteur, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour d'appel a violé l'article 1589 du Code civil.* »

Cependant, cette décision n'a jamais été suivie. Aujourd'hui, il convient de penser que les auteurs, en se concentrant sur le mot « *définitivement* », n'ont pas compris la véritable portée de cette décision.

La réaffirmation de l'unique sanction possible de dommages et intérêts en 2011 semble sonner le glas des espoirs de la majorité doctrinale. Même si les auteurs continuent de faire entendre leurs attentes concernant la sanction adaptée à la promesse. Seules les parties peuvent changer la sanction, en l'exprimant clairement dans leurs conventions.

²⁷ Cass. Civ 3^{ème}, 11 mai 2011, n° 10-12.875, Bull.Civ, III, n°77

²⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n°07-11721, inédit

²⁹ Pour plus de précision, « Rétractation de la promesse unilatérale de vente : un pas en avant non décisif » F. Collart Dutilleul

³⁰ Cass. Civ., 3^{ème}, 8 septembre 2010, n°09-13345, Bull.Civ., III, n°153

Chapitre II. La sanction attachée aux engagements de la période précontractuelle encore à déterminer.

Comme cela a pu être constaté dans les parties précédentes, la Cour de cassation ne donne pas encore une sanction globale au non respect d'un avant-contrat.

En présence d'une promesse de contrat, seuls des dommages et intérêts peuvent être retenus pour sanctionner un promettant peu précautionneux. Alors qu'à l'inverse, en présence d'un pacte de préférence, contrat préparatoire somme toute peu contraignant, une substitution est offerte au bénéficiaire, dans le même cas.

Ces doutes apportés par la jurisprudence poussent les auteurs à débattre et à offrir tous des arguments sérieux pour justifier leur position (Section I). Toutefois, une majorité d'auteurs souhaite l'extension de l'application de la substitution aux promesses de vente et à l'offre, pendant que d'autres mettent en garde contre les risques d'une telle sanction.

Il semblerait que seule une intervention législative puisse entériner la sanction applicable. Mais là encore, les divers projets de réforme ayant pu voir le jour continuent de s'opposer sur cette question (Section II).

Section I. Une doctrine divisée à travers une jurisprudence hésitante rendant ce domaine « imprévisible ».

La substitution rendue possible en cas de non respect du pacte de préférence est accueillie avec bienveillance par la majorité de la doctrine, quand une minorité d'auteurs la désapprouve (Paragraphe I). C'est l'inverse qui se retrouve en ce qui concerne les promesses unilatérales de contrat. Les auteurs poussent les juges du fond à accepter une réparation en nature en cas de méconnaissance de la promesse, quand ces derniers sont limités à une sanction par équivalent (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une substitution comme sanction, approuvée par une majorité doctrinale.

Grand nombre d'auteurs approuvent cette possibilité de substitution en ce qu'elle fait primer le respect de la parole donnée (A), quand d'autres y voient une sanction non adaptée à la nature du pacte de préférence (B).

A. La force obligatoire et la sécurité juridique respectées par la sanction en nature.

Les principaux arguments reposent sur la force obligatoire du contrat et en parallèle, la sécurité juridique.

Avant 2006, la Cour de cassation se fondait sur l'article 1142 du code civil pour limiter sa sanction à des dommages et intérêts, ou à une simple annulation. Cet article dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Pourtant, l'interprétation stricte de cette disposition était déjà désuète, à l'époque. Chacun reconnaissait que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvaient en nature, par principe. Alors que des dommages et intérêts étaient alloués, par exception, lorsque les obligations étaient trop personnelles, que cela risquait de toucher la liberté individuelle du débiteur. Monsieur Mazeaud dans son article « la méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat »³¹ relève cet argument et insiste surtout sur l'argument du manque de sécurité juridique qu'amenait l'ancienne jurisprudence.

Pour grand nombre d'auteurs, le consentement donné lors de la conclusion du pacte de préférence par le promettant équivaut au consentement du contrat définitif, si ce dernier se décide à vendre. Seul le bénéficiaire peut changer d'avis. Laisser la liberté au promettant de rétracter son offre à n'importe quel moment viendrait semer le trouble dans l'ordre contractuel établi.

³¹ Mazeaud D., « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *Recueil Dalloz* 1997, p 475.

Monsieur Atias,³² expose que le promettant a émis plus qu'une offre, il a choisi son cocontractant et ne doit plus pouvoir revenir dessus. Il ajoute qu'il ne faut pas confondre substitution et réfaction. En effet, il n'y a pas de création de nouveau contrat, juste le respect de la parole donnée. Le juge n'intervient pas pour créer un nouveau lien contractuel. Monsieur Jourdain défend la même idée. Pour cet auteur, la substitution est possible concernant les pactes de préférence, au contraire de l'offre, car il est certain que chacune des parties veut contracter « *à des conditions définies : le promettant a en effet, dans un premier temps, manifesté sa volonté de préférer le bénéficiaire à tout autre cocontractant, puis, dans un second temps, décidé de contracter ; quant au bénéficiaire, par sa demande de substitution, il a exprimé clairement son désir de contracter aux conditions du contrat négocié avec le tiers.* »³³

La décision du 26 mai 2006 de la Cour de cassation a entendu ces arguments, et se penche vers plus d'interventionnisme dans le domaine du pacte de préférence. Toutefois, cette décision, bien qu'accueillie favorablement par la majorité de la doctrine, reste critiquée par certains.

B. Une sanction en nature ne respectant pas la nature du pacte de préférence.

Comme a pu l'énoncer Monsieur Leveneur³⁴, en reprenant l'analyse de Monsieur Bénabent, le promettant n'est débiteur que d'une obligation de ne pas faire. Ce dernier n'a jamais consenti à vendre son bien, juste à le proposer en priorité au bénéficiaire, dans l'hypothèse d'un pacte de préférence relatif à une vente. Cette hypothèse a été développée par Monsieur Bénabent dans son manuel de contrats spéciaux³⁵, « *Après [la substitution] avoir refusé, au motif justifié que le promettant n'a souscrit que l'obligation négative de ne pas vendre ailleurs, mais non l'engagement positif de vendre, et qu'il peut donc toujours choisir de conserver le bien plutôt que de l'offrir au bénéficiaire* ». La substitution est donc impossible, le promettant n'a jamais émis son souhait de vendre exclusivement son bien au bénéficiaire du pacte.

Monsieur Mainguy, dans ses articles³⁶ analysant ce revirement de jurisprudence, considère que la doctrine majoritaire confond pacte de préférence, contrat préparatoire en général, et « *contrat préparé* ». Il ne faut pas confondre le consentement à la promesse et à la vente ou aux autres contrats définitifs. Monsieur Stoffel Munck partage cette idée. La substitution consiste à remplacer le bénéficiaire dans le contrat qui a été négocié en considération du tiers.

A cela s'ajoutent des difficultés. Les éléments négociés avec le tiers peuvent, parfois, ne pas être réalisables avec le bénéficiaire. L'auteur cite l'exemple du tiers qui a accordé une licence sur un brevet dont il est titulaire, et qui fait parti de l'équilibre contractuel, comment

³² Atias M., « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence au tiers de mauvaise foi. », *Recueil Dalloz*, 1998, p 203.

³³ Jourdain P., « Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence : la Cour de cassation condamne la substitution de contractants. », *RTD Civ.* 1997 p. 673

³⁴ Leveneur L., « La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi. », *JCP éd G*, n°36, 6 Septembre 2006, II, 10142.

³⁵ Cf, en ce sens, Bénabent A., *Les obligations*, 12^e édition, Montchrestien, coll. Précis Domat

³⁶ D. Mainguy, « La violation du pacte de préférence, in Le pacte de préférence : Liberté ou contraint ? », *Dossier droit et patrimoine* 2006, N° 144, p. 73 et s ; « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence. » *Recueil Dalloz* 2006, p 1861.

s'opérerait la substitution dans ce cas ? Selon lui, la substitution se limiterait à des cas de contrats très simples, où les qualités du cocontractant n'ont aucune conséquence sur les conditions du contrat.³⁷

De plus, le pacte de préférence est un contrat à durée indéterminée. Il en ressort que chaque contractant peut le dénoncer à tout moment. « *Par conséquent, la violation d'un pacte de préférence ou la rétractation d'une promesse unilatérale de vente pourraient utilement et plus exactement être considérées comme des formules de résiliation, éventuellement fautives, de ces contrats préparatoires.* » comme l'énonce Monsieur Mainguy.

Il faudrait aussi se questionner sur le bien fondé d'une exécution en nature. En concluant avec un tiers, le promettant recherche un avantage, à tirer les meilleures conséquences de son opération. Il en va de la logique des opérations économiques. Le rôle du bénéficiaire est aussi à prendre en compte, celui-ci aurait pu instaurer des clauses pour se protéger via, notamment une clause pénale. L'auteur propose de remplacer la substitution par une obligation de renégocier prioritairement avec le bénéficiaire, qui pourrait alors ajuster sa proposition aux offres du marché.

En dépit des désaccords sur les sanctions à apporter en cas de violation du pacte de préférence, les différents auteurs se rejoignent sur la portée que pourrait avoir cet arrêt sur la jurisprudence des autres promesses. La sanction de substitution applicable en cas de violation du pacte de préférence par un tiers de mauvaise foi devrait, dans la logique, finir par s'appliquer aussi aux autres contrats préparatoires. D'ailleurs l'avant projet Catala propose d'instaurer la même sanction pour ces deux contrats préparatoires aux articles 1106 alinéa 3 et 1106-1 alinéa 3, « Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse » ou de la préférence « sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. »

Paragraphe II. De simples dommages et intérêts, sanction non suffisante pour une majorité d'auteurs.

La jurisprudence ne reconnaissant toujours pas une possibilité de réparation en nature concernant les promesses de contracter, les auteurs continuent à s'affronter sur la meilleure sanction à l'inexécution d'un tel contrat. Le point de discorde le plus important reste de savoir si la partie a déjà donné son consentement définitif et irrévocable au contrat projeté (A), et surtout si la sanction en nature reste la meilleure au regard de la nature de la promesse (B).

A. Une volonté définitive et irrévocable, au cœur des débats sur l'exécution forcée.

Dans le célèbre arrêt Cruz du 15 décembre 1993, la Cour s'appuyant sur les articles 1142 et 1134, alinéa 2, du code civil, affirme que « *attendu que la cour d'appel ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constitue qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure*

³⁷ Stoffel-Munck P., « Novembre 2005 - juin 2006 : la jurisprudence au service d'une défense raisonnée des prévisions des parties. », *droit et patrimoine* 2006, n°152, p 3.

*à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vente et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé. »*³⁸

*« Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil vient de subir, en raison de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, un coup de boutoir propre à le faire vaciller »*³⁹

L'unique sanction possible selon les Hauts magistrats serait l'obtention de dommages et intérêts. En effet, l'obligation de faire recensée par la Cour, selon la lettre de l'article 1142 du Code civil, ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts.

Cette solution, confirmée de nombreuses fois, n'en reste pas moins critiquée par la majorité des auteurs.

Selon Monsieur Mazeaud, le promettant, dans cette situation n'est pas débiteur d'une obligation de faire. En effet, sa situation se caractériserait par la passivité. Il doit simplement attendre que le bénéficiaire lève ou non l'option. La vente sera conclue dès que le bénéficiaire aura levé l'option, sans intervention supplémentaire nécessaire de la part du promettant.⁴⁰

De plus, les auteurs s'entendent aussi pour démontrer que la vision de la Cour concernant l'article 1142 est désuète. En droit positif, tout créancier a droit à une exécution en nature, peu importe l'obligation qui se trouve en face. En effet, rares sont les obligations qui touchent à la personne même du débiteur.

Un autre argument est mis en avant. La Cour semble prendre en compte la volonté des parties au jour de la rétractation, et non plus au jour de la conclusion du contrat de promesse. Ce qui ne correspond donc pas à la sanction du contrat de promesse, mais plutôt, à la sanction du contrat projeté, pour lequel, il n'y aurait pas de rencontre des volontés.

Le 11 mai 2011, la troisième chambre civile décide de réitérer sa solution de l'arrêt Cruz, mais au visa de l'article 1101 et 1134 du Code civil. *« La levée de l'option par le bénéficiaire postérieurement à la rétractation du promettant excluant tout rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée. »*⁴¹ Cette fois-ci les Hauts magistrats semblent avoir pris en compte un des arguments des auteurs, qui ne comprenaient plus l'utilisation de l'article 1142 du Code civil.

Pourtant cette décision n'en reste pas moins critiquée, en ce qu'elle fragilise la force obligatoire du contrat et notamment du point de vue de l'échange des consentements, qui ne serait pas réalisé en cas de rétractation antérieure à la levée d'option. Monsieur Mazeaud, ou Monsieur Boyer⁴², en outre, énoncent que suivant l'article 1134 du Code civil, le consentement donné, au jour de la conclusion de la promesse, par le promettant est définitif et irrévocable. Pour former valablement le contrat, il suffit que le bénéficiaire utilise son droit potestatif, et lève l'option. Ainsi, la position de la Cour nie l'existence du contrat de promesse. Et en cela, lui fait perdre tout son intérêt.

³⁸ Cass. Civ 3^{ème}, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, Bull. Civ, III, n°174

³⁹ Mazeaud D., *JCP éd. G.* 1995. II. 22366.

⁴⁰ Mazeaud D., « Promesse unilatérale de vente : La Cour a ses raisons... », *Recueil Dalloz*, 2 Juin 2011, n°21

⁴¹ Cass. Civ 3^{ème}, 11 mai 2011, N° 10-12.875, Bull. Civ., III, n°77

⁴² L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.* 1949.1 :

Toutefois, des voix minoritaires se font entendre pour défendre cette jurisprudence.

B. Des dommages et intérêts, comme sanction adaptée à la nature de la promesse.

Monsieur Mainguy, dans son célèbre article, « l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter »⁴³, développe et concentre les arguments qui ont pu être prononcés en faveur de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le premier étant que l'exécution par équivalent est tout à fait de nature à combler la satisfaction du créancier. En effet, ce dernier, dans une grande majorité de cas, pourra consentir un contrat, portant sur le même objet que le premier, avec un tiers.

De plus, forcer l'exécution reviendrait à méconnaître la liberté contractuelle. « *La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore.* »⁴⁴

Cet auteur critique aussi le fait que le consentement du promettant serait déjà donné au jour de la conclusion et qu'il serait donc irrévocable. « *Cette solution qui vise à permettre l'exécution forcée de la promesse aboutit à objectiver, désincarner et rigidifier la volonté du promettant.* »⁴⁵ Il faudrait distinguer clairement le consentement à la promesse et celui au contrat définitif.

Cependant l'argument majeur de Monsieur Mainguy repose dans la théorie de l'inexécution efficace, « efficient breach of contract ». Si le promettant ne respecte pas le contrat de promesse, c'est que des intérêts économiques le poussent à le faire. Dans ce cas, il ne faudrait pas le maintenir dans un lien contractuel. L'objectif premier du contrat reste la circulation des richesses.

Les arguments en faveur d'une formation forcée du contrat projeté paraissent les plus pertinents. Ayant donné sa parole, le promettant se doit de la respecter, comme l'impose l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Accepter qu'il répare « sa faute contractuelle » en dommages et intérêts ne permet pas de donner aux avant-contrats une véritable force. Si le promettant prend « le risque » de devoir payer des dommages et intérêts en cas de méconnaissance de ses obligations, c'est bien souvent parce que ce dernier trouve une contrepartie plus avantageuse dans le contrat conclu avec le tiers.

De plus, les décisions de la Cour de cassation ne sont pas cohérentes sur la sanction à appliquer aux avant-contrats. Pourquoi admettre la substitution pour le pacte de préférence, et se limiter à des dommages et intérêts pour la promesse unilatérale de contrat, quand il a pu être constaté que la promesse avait un effet plus contraignant pour le promettant ?

⁴³ Mainguy M., « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p 1.

⁴⁴ *ibid*

⁴⁵ *ibid*

Deux solutions uniquement paraissent envisageables. Soit la Cour de cassation rétracte sa décision concernant le pacte de préférence et la substitution. Ce qui paraît fort probable au vu du nombre de décisions allant dans ce sens depuis 2006. Soit la Cour de cassation finit par aligner la sanction des promesses de contrat sur celle du pacte de préférence.

Pour avoir une idée de la réponse à venir de cette question, il faut se tourner vers les avant-projets de réforme du droit des contrats. Ces derniers, qu'ils soient nationaux ou extranationaux, permettent d'avoir une vision sur ce que le législateur décidera quant à cette question de formation forcée du contrat.

Section II. Une réforme attendue de la sanction du non respect des engagements précontractuels.

Ces dernières années plusieurs projets de réforme du droit des contrats ont pu voir le jour. Il est possible d'en citer cinq majeurs. Il existe l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription⁴⁶, Pour une réforme du droit des contrats⁴⁷, le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie⁴⁸, en ce qui concerne les projets nationaux. Pour les projets européens, les deux principaux sont les principes pour un droit européen des contrats⁴⁹ et les principes Unidroit⁵⁰.

D'une part, ces projets ont une perspective de mise à jour d'un droit des contrats, qui est aujourd'hui dispersée et imprévisible. En effet, les règles qui gouvernent la théorie générale du contrat, et du droit des contrats en particulier, se retrouvent aussi bien dans divers Codes, qu'à travers une jurisprudence de plus en plus entreprenante. Ainsi, pour renforcer la sécurité juridique, il a fallu restaurer le Code civil, à travers une codification du droit en son état actuel.

D'autre part, la mondialisation croissante des échanges commerciaux, point de départ d'une grande majorité des contrats, pousse à adapter le droit français aux nouveaux enjeux. Restaurer le droit des contrats doit permettre à l'économie française de rester compétitive au niveau européen et mondial.

Toutefois, cette période précontractuelle ne semble pas être un sujet d'intérêt crucial pour les projets européens d'harmonisation du droit des contrats. Aucune référence n'est faite à ces avant-contrats. C'est pourquoi, l'étude portera principalement sur les projets de réforme français.

Il faut s'intéresser à la vision que ces projets retiennent des avant-contrats, et surtout à la reprise des décisions prétoriques par ces derniers. Notamment, en s'intéressant, tour à tour, aux décisions prises en ce qui concernent le pacte de préférence (Paragraphe I), et la promesse unilatérale de contrat (Paragraphe II).

Paragraphe I. La substitution consacrée par les avant-projets de réforme du droit des contrats français.

Deux projets majeurs réalisés par les différents acteurs du droit français semblent s'exprimer à l'unisson sur le bien fondé de la sanction de substitution en cas de violation du pacte de préférence : l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit « projet Catala » et le projet pour une réforme du droit des contrats, dit « projet Terré » (A). Toutefois, un doute persiste sur la sanction retenue par le « projet gouvernemental », le projet réalisé par la chancellerie, de par son silence (B).

⁴⁶ « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », La documentation française, 2006.

⁴⁷ « Pour une réforme du droit des contrats » Dalloz, 2009.

⁴⁸ Le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie.

⁴⁹ Principes du droit européen des contrats, 1998.

⁵⁰ UNIDROIT, 2010.

A. Une possibilité de substitution reconnue par les projets dirigés par des auteurs.

La solution récemment adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 2006 en cas de violation d'un pacte de préférence est consacrée.

L'article 35, alinéa 2, du projet Terré stipule que, en cas de violation d'un pacte de préférence par un tiers qui en connaissait l'existence, « le bénéficiaire du pacte peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu, sans préjudice de dommages et intérêts. »

L'article 1106-1 du projet Catala énonce la définition du pacte de préférence, en y accolant la sanction envisageable « Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui.(...) Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. »

Ces projets semblent avoir entendu les doutes émis sur la notion de nullité du contrat conclu avec un tiers. De nombreux auteurs s'interrogeaient sur la possibilité pour le créancier de se substituer à un contrat nul. Le mécanisme de nullité entraînant la disparition complète du contrat. L'inopposabilité permet quant à elle de comprendre plus facilement ce concept de substitution.

Pour ces projets, il s'agit de « protéger la confiance légitime du bénéficiaire du pacte »
⁵¹ Au soutien du principe du respect de la parole donnée, le bénéficiaire peut donc conclure le contrat par lequel il était intéressé dès le début.

Toutefois, le projet gouvernemental ne semble pas mettre en avant ce respect de la parole donnée, en privilégiant la liberté de contracter.

B. Une nullité simplement accordée par le projet gouvernemental.

Cette unanimité des deux projets disparaît dans le projet gouvernemental.

Etrangement, ce projet se détache sur ce point de la sanction à appliquer à la violation d'un pacte de préférence. Il « abroge » la jurisprudence de la Cour de cassation de 2006 pour en revenir à une jurisprudence antérieure.

En effet, avant l'arrêt rendu par la chambre mixte, la Cour de cassation avait décidé que, lorsque le promettant violait son engagement contractuel, le bénéficiaire du pacte ne pouvait obtenir que la nullité du pacte conclu s'il arrivait à prouver la mauvaise foi du tiers.

L'article 35, alinéa 3, du « Projet gouvernemental » dispose « le contrat conclu en violation d'un pacte de préférence avec un tiers de mauvaise foi est nul ».

Ce projet a, sans doute, voulu privilégier la liberté contractuelle. Le promettant ne peut plus être obligé de contracter contre son gré.

⁵¹ Introduction Projet CATALA, p 29

Pourtant, le rapport de présentation du projet semble expliquer que ce silence ne doit pas être vu comme un rejet de la substitution, mais juste de reconnaître au juge la liberté de choisir la sanction qui semble la mieux adaptée.

Paragraphe II. La fin de l'unique sanction d'exécution par équivalent pour la promesse unilatérale de contrat.

Les trois avant-projets nationaux, dans le cadre de la promesse de contrat, se mettent entièrement d'accord pour renverser la jurisprudence classique de la Cour de cassation.

Au-delà de la définition que le projet Terré propose de la promesse de contrat, dans son article 34 il s'évertue à mettre fin à la jurisprudence controversée Cruz.

A cet effet, l'article 34 al 2, consacre l'inefficacité de la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire de la promesse unilatérale pour exprimer son consentement de telle sorte que le contrat promis sera formé malgré ce retrait du consentement.

De plus, l'article 34 précise à l'alinéa 3 que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

L'article 1106, alinéas 2 et 3, énonce « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis.

Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. »

L'article 34, dans ses deux derniers alinéas, dispose que « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers de mauvaise foi est inopposable au bénéficiaire de la promesse. »

Ici, les corrélations avec les projets sont quasiment parfaites. A l'exception de la différence concernant la nullité ou l'inopposabilité.

En conclusion, il est possible d'expliquer cette mise en avant de la sanction de formation forcée par un changement qui se retrouve dans les avant-projets de l'article 1142 du Code Civil. Désormais, l'exécution en nature n'est plus une exception à l'exécution par équivalent, mais devient le principe en cas de non respect des obligations contractuellement prévues.

En conclusion de cette première partie, il est établi que l'audace de la chambre mixte d'avoir approuvé la possibilité d'une substitution en cas de méconnaissance d'un pacte de préférence a été très bien accueillie par les différents auteurs de la vie juridique. Les regrets qui se font entendre concernent, essentiellement, les conditions très strictes qui rendent cette exécution en nature difficile à mettre en place.

Toutefois, le point le plus discuté repose sur le refus d'étendre cette solution aux promesses de contrat, acte juridique plus contraignant que le pacte de préférence, mais avec une sanction moins réhabilitatoire. Malgré les réticences d'un petit groupe d'auteurs, la solution d'une formation forcée en cas de non respect de l'obligation promise semble être l'unique possibilité pour redonner toute sa force obligatoire à ces contrats.

Cette sanction de formation forcée va certainement devenir le principe, en terme de sanction des avant-contrats, dans les temps qui viennent. D'autant plus que les projets de réforme nationaux y voient aussi la sanction la plus appropriée.

Il n'en reste pas moins que, toutes les interventions du juge qui touchent à la force obligatoire et à l'intangibilité du contrat ne sont pas aussi bien acceptées par la doctrine. Il sera possible de le constater dans les développements suivants. Et ce, malgré que derrière ces différentes immixtions du juge dans le contrat, des intérêts communs de bonne foi, d'équité et de justice se retrouvent.

Titre II. Un contrat modifié pour atteindre une meilleure justice contractuelle.

Comme l'énonce l'article 1134, alinéa 1, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Les parties doivent donc respecter les engagements qu'ils ont pris dans le cadre de leur contrat. Le juge est lui aussi tenu à cette obligation de respecter le contrat, de l'appliquer tel que les parties l'ont désiré.

Pourtant, le juge ne se contente pas toujours d'appliquer à la lettre le contrat écrit par les cocontractants. En fonction de diverses valeurs, comme l'équité, ou encore la bonne foi, le juge s'immisce dans le contrat pour le rendre plus « juste ».

L'intervention du juge peut s'effectuer sur des obligations déjà prévues par les parties, ou alors, ce dernier peut aussi insérer de nouvelles obligations dans le contrat. Ainsi, le juge a pu réduire le montant de certaines clauses qui étaient manifestement excessif (Chapitre I). Il a, aussi, pu ajouter des obligations aux contrats, alors que ces engagements n'avaient pas été annoncés par les parties (Chapitre II).

Chapitre I. Une « réfaction judiciaire » des clauses indemnitaires et forfaitaires en cas d'excès manifeste dans leur fixation.

Selon l'article 1134 du Code civil et les principes généraux du droit des contrats, les montants fixés dans les contrats, librement par les parties, devraient être intangibles.

Pourtant le pouvoir de révision du juge concernant les différentes clauses contenant un montant a été créé très tôt. La réfaction possibilité prévue, normalement, dans le seul cas de contrat de vente, envahit tout le droit des contrats.

Quand le juge constate une disproportion entre le montant initialement prévu avec le préjudice réellement subi, ou la prestation réellement fournie, il ne manque pas de modifier ce montant. Cette révision repose le plus souvent sur des concepts flous, mais permet d'introduire plus d'équilibre, dans bien des contrats, qui en manquent cruellement au départ.

C'est ainsi que, le juge intervient pour réviser le montant de l'indemnité d'immobilisation en cas d'excès, ou encore pour réviser la clause pénale (Section I). Ces interventions du juge sont très mal perçues par la doctrine, qui n'y voit qu'une énième atteinte à l'intangibilité du contrat (Section II).

Section I. Le montant des obligations prévu dans les conventions révisé par le juge.

Bon nombre de clauses prévoient l'octroi d'une somme à l'un des cocontractants en cas d'inexécution, partielle ou totale, du contrat. Cela permet de s'assurer de l'exécution du contrat dans les conditions prévues, en jouant un rôle de pression sur les parties.

Les parties au contrat n'étant pas fondamentalement sur un pied d'égalité, il arrive que l'une des parties prennent le dessus, et impose une somme en disproportion avec le but poursuivi.

C'est ainsi qu'avec l'instauration d'un grand nombre de promesses de contrat, de contrats d'adhésion, ou encore de contrats de crédit-bail, des excès sont apparus dans la fixation du montant des clauses contenues dans ces conventions.

Dans le mouvement actuel de recherche d'équité entre les parties, le juge est intervenu sur ces montants et les a rendus plus justes. De nombreux exemples de réfaction pourraient être cités, toutefois, deux peuvent suffire pour montrer, de manière efficace, l'intervention du juge. Il a ainsi pu s'appuyer sur la loi, en ce qui concerne la clause pénale (Paragraphe I), ou sur la volonté des parties pour les indemnités d'immobilisation (Paragraphe II).

Paragraphe I. La révision du montant des clauses pénales, réponse aux excès d'antan.

La clause pénale est évoquée par différents articles du Code civil. Notamment dans l'article 1226 qui en donne une définition « c'est la stipulation par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. »

Toutefois, cette définition est imparfaite, la clause pénale ne sanctionne pas que le défaut d'inexécution, mais aussi le retard dans l'exécution. Ainsi la clause pénale peut avoir un caractère compensatoire ou moratoire.

Ainsi grâce à ces clauses, les dommages et intérêts sont forfaitaires, les parties se mettent d'accord sur le montant dès la conclusion du contrat. Ce caractère confère à la clause pénale un caractère comminatoire. Pour certains auteurs, cette clause est la manifestation qu'il existe dans le droit français des dommages et intérêts punitifs.

Des excès dans la fixation du montant des clauses pénales ont fini par provoquer une crise de cette dernière, poussant le législateur à intervenir.

En cas de clause limitative de responsabilité, le créancier ne peut obtenir réparation qu'à hauteur du préjudice réellement subi. Alors, que le caractère forfaitaire de la clause pénale permet au créancier d'obtenir le montant prévu à la conclusion du contrat, peu importe l'importance du dommage. La clause pénale s'impose, quoiqu'il se produise, aux parties, au contrat, et au juge.

Cette restriction au pouvoir modérateur du juge ne se retrouvait pas dans l'Ancien droit. Les tribunaux pouvaient réduire une clause pénale qu'ils jugeaient excessive. Le Code civil de 1804, dans son article 1152, en a décidé autrement.

Toutefois, une porte semblait être laissée ouverte pour permettre un contrôle du juge. L'article 1231 du Code civil accordait au juge le pouvoir de modifier le montant « lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. » Comme le précise, Monsieur Terré⁵², « *seulement cela n'a pas empêché les contractants de stipuler l'indivisibilité des obligations et par la même d'écarter, à l'avance, l'application de l'article 1231, auquel la jurisprudence n'avait pas reconnu un caractère impératif*⁵³. »

La réforme attendue arriva le 9 Juillet 1975. L'alinéa 2 de l'article 1152 dispose que « Néanmoins, le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. » L'article 1231 ajoute « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. » Ce dernier pouvoir réservé, au juge connaît une limite. Le magistrat ne pourra appliquer cet article lorsque les parties ont elles-mêmes prévu une diminution de la peine à proportion de l'intérêt que l'exécution de l'engagement aura procuré au créancier⁵⁴.

Cette révision, dans l'esprit du texte, a été prévue comme devant rester exceptionnelle. En effet, vu que c'est une entorse au principe obligatoire, cela n'est possible que si la peine est manifestement excessive ou dérisoire et que la clause peut être qualifiée de clause pénale.

La révision, étant exceptionnelle, les juges se doivent de motiver cette révision, selon une jurisprudence constante⁵⁵. L'absence de révision étant, quant à elle, le principe, le juge qui refuse de réviser la clause n'a pas à s'en expliquer.

Trois hypothèses de révision sont possibles, à la baisse, à la hausse, ou dans le cas où l'inexécution n'a été que partielle.

En cas de révision à la baisse, le forfait était manifestement excessif. La révision est demandée par le débiteur, l'auteur de l'inexécution. Jamais la Cour de cassation n'a interdit de faire cette demande à celui qui a commis une faute lourde ou dolosive. Cependant, il semblerait que certains juges du fond refusent de réviser le montant quand l'inexécution est volontaire.

Le problème, en pratique, correspond à la détermination de l'excès. Il faudrait comparer le forfait et le préjudice réellement subi. Dans ce cas, la révision risquerait d'intervenir dès la présence d'un décalage, et cela supprimerait l'utilité de la clause pénale. Pourtant la Cour de cassation en 1986⁵⁶ a admis que les juges du fond aient pu réduire la clause au strict montant du préjudice. D'autres ont admis que le paiement de la clause soit rejeté si l'inexécution ne pose aucun préjudice au créancier.⁵⁷ La Cour ne semble pas

⁵² Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz.

⁵³ Cass. Civ, 4 Juin 1860

⁵⁴ Cass. Com, 21 Juillet 1980, n° 79-10597, Bull.Com, n°309

⁵⁵ Cass. Ch. Mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11611, Bull.Mixte, n°1, p.1

⁵⁶ Cass. Com, 8 juillet 1986, n° 84-15655, Bull. Com., IV, n°147

⁵⁷ Cass. Com, 28 avril 1980, n° 78-16463, Bull. Civ. 1980, IV, n° 167

favorable à l'idée de peine privée, et à tendance, à ramener la clause pénale dans le giron de la responsabilité civile.

La révision peut aussi intervenir lorsque la peine est manifestement dérisoire.⁵⁸ C'est un cas où la clause pénale s'apparente à une clause limitative de responsabilité. Son efficacité peut être remise en question. Outre le jeu de 1152 du code civil, la jurisprudence admet l'assimilation des deux clauses pour admettre que cette clause pénale dérisoire soit écartée en cas de faute lourde ou dolosive.

En ce qui concerne l'inexécution partielle, l'article 1231 du code civil s'applique directement, «lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier.»

Sur le principe, cette possibilité de révision accordée par la loi au juge a été bien accueillie par les auteurs. Les excès dans la fixation du prix devaient être évités, et l'intervention du législateur semblait la seule solution pour donner une légitimité à cette atteinte directe à la force obligatoire du contrat. Surtout que, en pratique, l'intangibilité du contrat reste le principe, et la révision l'exception.

Pourtant, les juges ont semblé profiter de cette occasion pour amener encore plus d'équité dans les contrats. Ainsi, en jouant sur la qualification de clause pénale, ils ont pu réviser plusieurs types de clauses qui, au premier regard, sont loin d'avoir un caractère comminatoire. Les auteurs, sur ce point, critiquent fortement cette extension du domaine de la loi.

Les juges n'ont pas toujours pu se reposer sur une loi pour réviser le montant d'une clause. Il en est, par exemple, ainsi avec l'indemnité d'immobilisation. Faute de rentrer dans le champ de la clause pénale, les magistrats ont du se tourner vers d'autres techniques pour ajuster son montant, notamment, en se référant à la volonté des parties.

Paragraphe II. La révision de l'indemnité d'immobilisation comme ajustement entre le prix et le temps retenu.

L'indemnité d'immobilisation se retrouve la plupart du temps dans les promesses unilatérales de contracter, plus particulièrement dans celles de ventes. Cette promesse permet de donner au bénéficiaire une option un certain temps. Le promettant s'engage à vendre son bien au bénéficiaire, qui lui, dispose d'une possibilité. Soit il lève l'option, soit il renonce à la vente. Ce type de contrat préparatoire force le promettant à conserver son bien durant le délai d'option. En contrepartie, le bénéficiaire paie une indemnité d'immobilisation, ce qui évite au promettant de se retrouver « sans rien » dans le cas où l'option ne serait pas levée.

De nombreuses interrogations ont pu entourer cette indemnité d'immobilisation.

La jurisprudence est intervenue pour rappeler que cette indemnité d'immobilisation avait réellement une cause, après que des inquiétudes se soient fait entendre. La cause de l'obligation de payer pesant sur le bénéficiaire correspond au « *prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* »⁵⁹

⁵⁸ Cass. Soc, 5 juin 1996, n° 92-42298, Bull. Civ. 1996, V, n° 226.

⁵⁹ Cass. Civ 1^{ière}, 5 décembre 1995, n° 93-19874, Bull.Civ., I, n°452

La nature de l'indemnité d'immobilisation, après avoir désintéressé la doctrine, s'est retrouvée au cœur d'un vaste mouvement d'étude des promesses de contrat. Une question a fortement retenu l'attention, celle de la possible révision de l'indemnité d'immobilisation.

Monsieur De Bissy, dans un article⁶⁰, reprend dans une démonstration intéressante les réponses à apporter à la question de la révision judiciaire de l'indemnité d'immobilisation. Un résumé permet d'en faire ressortir ses idées principales.

Il exclut dans un premier temps, comme a pu le faire la jurisprudence, une révision basée sur la qualification de clause pénale ou d'autres dommages et intérêts. La première solution a clairement été rejetée par la Cour de cassation. Pour la deuxième, dès 1975, le législateur a refusé la révision de dommages et intérêts forfaitaires. Surtout que, comme le précise, l'auteur, « la jurisprudence et la doctrine sont unanimes : l'indemnité d'immobilisation constitue la rémunération du promettant et non pas son indemnisation. ». D'ailleurs, dans un arrêt de cassation du Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, la Cour le dit clairement, « *Vu l'article 1134 du Code civil ; Attendu que, pour débouter les consorts X... de leur demande en paiement de l'indemnité d'immobilisation, l'arrêt attaqué énonce que cette indemnité a été fixée en fonction du préjudice éventuel né de la nécessité pour les promettants de rechercher un autre acquéreur, préjudice dont il est établi que les consorts X... n'ont pas souffert puisqu'ils ont renoncé à la vente de leurs parts sociales ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Après avoir rappelé le rejet de ces deux propositions, l'auteur se concentre sur « *la révision envisageable* ». Cette révision par le juge serait possible, en passant par la notion de cause de l'article 1131 du code civil, ou encore celle d'interprétation par le juge de la volonté des parties de l'article 1134 du code civil. Ainsi, il faudrait distinguer l'indemnité a priori exagérée, et celle a posteriori.

L'auteur passe assez vite sur les inconvénients d'une révision basée sur la cause. Il n'y a que très peu d'indemnités d'immobilisation qui seraient, dès la conclusion du contrat, excessives. Le déséquilibre intervient généralement plus tard. L'auteur tente de le rapprocher de la notion de lésion, mais il en vient très vite à la conclusion qu'une telle action n'est pas possible, car non prévue par le texte, dans ce cas d'indemnité d'immobilisation. Par ailleurs, l'action en rescision ne permet que d'annuler le contrat, et non la promesse. Monsieur De Bissy tente de faire un rapprochement avec la jurisprudence relative à la réduction des prestations de mandataires et de professions libérales, le problème vient que l'indemnité d'immobilisation ne peut être vue comme une rémunération professionnelle. Il en vient donc à la possibilité d'une absence de cause, qui permettrait de réviser l'indemnité, notamment en faisant la comparaison avec les arrêts Chronopost. Il rejette cette possibilité, la cause ne sert pas à mesurer l'équilibre des relations, juste à connaître l'existence et la licéité d'une contrepartie.

Il ne semble rester que la possibilité d'une révision judiciaire dans le cas où le bénéficiaire a renoncé à lever l'option avant le délai imparti. Les juges s'appuieraient sur l'article 1134 du code civil pour faire cela. « *L'idée est simple mais arbitraire : il faut supposer que les parties aient entendu fixer le montant de l'indemnité d'immobilisation* »

⁶⁰ De Bissy A., « L'indemnité d'immobilisation », *Revue de droit immobilier* 2000 p. 287.

prorata temporis ». Cela ne va pas à l'encontre de l'immutabilité de l'indemnité, ce sont précisément les parties qui auraient explicitement ou implicitement, décidé de faire un lien entre le montant de l'indemnité d'immobilisation et la durée de l'option. Le juge en interprétant la volonté des parties ne fait qu'appliquer la lettre du contrat. L'auteur n'est pas tout à fait d'accord avec cette analyse, il s'agirait plus d'une interprétation divinatoire de la part des juges. Si les parties avaient envisagé la possibilité de réduire l'indemnité selon le temps de l'option, ils l'auraient inclus, directement et explicitement, dans le contrat

Une première interrogation a été celle de savoir si une fois requalifiée en clause pénale, l'indemnité d'immobilisation pouvait être révisée par les juges. Toutefois, la Cour de cassation est intervenue le 5 décembre 1984, par un arrêt de la troisième chambre civile, pour préciser, que l'indemnité d'immobilisation ne pouvait être qualifiée de clause pénale. Et de ce fait, elle ne pouvait être révisée judiciairement sur le fondement de 1152 du Code civil.

La Cour a décidé cependant, dans le même arrêt, que l'indemnité était révisable lorsque les parties avaient convenu de lier son montant à la durée de l'immobilisation et uniquement dans ce cas. « *Mais sur le troisième moyen : - Vu l'article 1134 du code civil ; - Attendu que pour décider que l'indemnité d'immobilisation stipulée par la promesse de vente n'était pas susceptible d'être judiciairement réduite, l'arrêt énonce que cette somme est intégralement acquise à Monsieur Thomas quel qu'ait pu être son préjudice réel ;*

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si cette indemnité n'avait pas été fixée par les parties en fonction de la durée d'immobilisation de l'immeuble et si son montant ne devait pas être réduit du fait de la renonciation anticipée des époux Le Trung Tam au bénéfice de la promesse de vente, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

D'ailleurs, la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation a maintenu cette ligne de conduite, dans un arrêt du 10 décembre 1986. La révision judiciaire demandée par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente a été refusée par les Hauts magistrats, au motif que « *au regard de l'article 1134 du Code civil [...] l'arrêt qui relève que l'indemnité d'immobilisation serait acquise de plein droit au promettant à titre de dommages et intérêts, n'avait pas à rechercher si son montant devait être réduit en considération de la durée effective de l'immobilisation de l'immeuble.* » Il faut comprendre ici que la volonté des parties était claire, qu'ils ne consentaient pas à lier le montant de l'indemnité au temps d'immobilisation, contrairement à l'arrêt de 1984 où une interprétation du contrat par les juges avait permis d'en arriver à conclusion.

La Cour de cassation passe par une interprétation de la volonté des parties pour réduire le montant de l'indemnité d'immobilisation. Les parties auraient entendu limiter le montant de l'indemnisation à la durée d'immobilisation concrète du bien. Les auteurs critiquent ce recours à la volonté des parties, qui dans bien dans d'autres utilisations, finissent toujours par faire de cette recherche un stratagème.

Section II. Une atteinte directe à la force obligatoire du contrat souvent injustifiée.

Les techniques utilisées par la Cour de cassation pour parvenir à la réfaction de différentes clauses prévues dans le contrat sont critiquées par les auteurs français.

Ainsi, la réfaction de clause pénale, bien que compréhensible en cas d'excès, se fait au détriment de sa nature comminatoire, et finit par ne plus lui conférer qu'un rôle de réparation (Paragraphe I). Et, en ce qui concerne l'indemnité d'immobilisation, les juges du fond se cachent derrière la volonté des parties, et finissent par remettre en cause la sécurité juridique en s'y référant, sans jamais la rechercher (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une réfaction de la clause pénale supprimant son caractère comminatoire.

La diversité des fonctions de la clause peut expliquer les difficultés à cerner sa notion. Il s'agit pourtant d'une question essentielle.

En effet, depuis que le juge a reçu le pouvoir de réviser les clauses pénales, il est important d'identifier ses caractères. Retenir la qualification de clause pénale permet de préciser l'étendue du pouvoir de réfaction des magistrats.

Après avoir voulu contrôler de manière stricte l'application de la qualification de la clause pénale, il semblerait que la Cour de cassation laisse de nombreuses décisions venir modifier le caractère comminatoire de la clause pénale.

C'est ainsi que les juges portent atteinte à la notion de clause pénale, en admettant de la supprimer en cas d'inexistence d'un préjudice, ou encore en maintenant les contours de la notion de clause pénale flous afin de pouvoir faire rentrer dans son périmètre un certain nombre de clauses.

En ce qui concerne la qualification de clause pénale, les juges ne se contentent plus de suivre les définitions apportées par le Code civil. Il suffit, désormais, que la clause porte sur une indemnité conventionnelle de l'inexécution du contrat pour que celle-ci soit qualifiée de clause pénale. Peu importe que cette clause comporte un caractère comminatoire.

C'est notamment dans ce mouvement, que les Hauts magistrats ont pu qualifier que toute indemnité de licenciement prévue par le contrat de travail est une clause pénale⁶¹. Ou encore, à l'égard de la clause qui prévoit qu'un établissement pourra conserver définitivement les droits d'inscription perçus en cas de rupture de la convention par l'étudiant.⁶²

Ainsi, concernant la clause portant sur les droits d'inscription, Monsieur Delbecque se demande « *si la Cour de cassation, sous couvert de qualification, n'est pas en train de*

⁶¹ Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-40426, inédit.

⁶² Delebecque P., « Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention » *Dalloz*, 1996, p. 116.

consacrer la révision judiciaire des contrats. » En effet, pour ce dernier cette clause est une sorte d'acompte. Le paiement est exigé par avance et s'impute sur les frais de scolarité. L'aspect comminatoire de la clause se rencontre donc dans très peu de cas, et cela se concrétise uniquement dans les cas où l'inexécution n'est pas imputable à l'élève.

La Cour de cassation ne s'arrête pas à ces cas particuliers de clause, elle a tendance à ne plus différencier les clauses pénales des clauses d'indemnisation forfaitaire en général.

Pourtant une différence doit être faite entre les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire. Comme le rappelle Monsieur Seube « *La meilleure doctrine a ainsi montré la différence entre la clause pénale pure et la clause d'indemnisation forfaitaire. En disposant que «□lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts□», l'article 1152 vise ainsi la clause d'indemnisation forfaitaire. La «□vraie□» clause pénale, revêtue d'un caractère comminatoire, est évoquée au seul article 1226, lequel dispose que «□la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution□». Ainsi, la clause pénale servirait à garantir l'exécution d'une obligation tandis que la clause d'indemnisation ne garantirait que l'évaluation de la réparation.* »⁶³

En admettant une extension importante de cette notion, la Cour de cassation ne revient pas uniquement sur le caractère comminatoire de la clause pénale. Elle se permet aussi de supprimer une clause pénale, dont la qualification ne fait pas de doute, lui ôtant ainsi tout caractère de sanction.

Il a pu être jugé ainsi, en matière de contrat de bière, que « (...) *pour débouter la brasserie de sa demande, la cour d'appel a constaté, dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation que lui conféraient les dispositions de l'article 1152 du Code civil pour l'application de la clause pénale(...) que la brasserie(...) n'avait subi, à la suite de la résiliation du contrat, aucun préjudice susceptible de dédommagement* »⁶⁴.

Cette décision a pu être expliquée par la nécessité d'apporter plus d'équité dans des contrats qui en sont bien souvent dépourvus, par la Cour de cassation. En particulier dans les contrats de bière, qui ont souvent l'apparence de contrat d'adhésion.

Il n'en reste pas moins que cette décision est critiquable, en ce qu'elle supprime toute nature comminatoire à la clause pénale, pour ne lui substituer qu'un caractère de réparation du préjudice subi.

Pour Monsieur Mazeaud⁶⁵, cette décision est critiquable du point de vue de l'esprit de la loi de 1975, elle-même. En effet, l'article 1152 du Code civil permet à la loi de modérer le montant de la clause pénale, non pas de la supprimer. « *Le législateur lui a donné le pouvoir de supprimer l'excès grâce à l'équité mais pas celui de sacrifier la clause pénale à cette même*

⁶³ Seube J.-B., *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n° 4, P. 1257

⁶⁴ Cass. Com., 16 juillet 1991, n° 89-19.080, inédit.

⁶⁵ Mazeaud D., « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », *Recueil Dalloz*, 1992 p. 365

équité. En outre, de même que l'existence de l'excès, et mieux encore de l'excès manifeste, constitue la condition nécessaire du pouvoir judiciaire de révision, la disparition de cet excès doit en constituer la juste limite. »

Il est donc reproché à la Cour de cassation son approche plus économique que juridique de la clause pénale. Pour Monsieur Pasqualini, « *on est donc, dans l'ensemble, revenu à la situation que connaissait l'Ancien droit, dans laquelle la clause pénale combinait une fonction d'évaluation forfaitaire de la réparation et une fonction comminatoire, la première ayant progressivement joué un rôle au moins aussi important que la seconde.* »⁶⁶

*« Une remarque essentielle s'impose en définitive quant à la portée de la réforme de 1975. Elle est liée à la politique législative suivie. A l'époque, seuls quelques contrats précis présentaient des difficultés - il s'agissait surtout du crédit-bail - et avaient nécessité aussi bien qu'expliqué l'intervention du législateur. Dans nombre de systèmes juridiques comme, par exemple, aux États-Unis, autant de lois que de contrats concernés auraient été préparées, chacune ayant son domaine limité à une catégorie de convention. En France, les inspireurs de la réforme préférèrent modifier le régime général des obligations. Il en est résulté que la révision judiciaire des peines est devenue une règle de droit commun, s'appliquant progressivement à maintes conventions auxquelles il n'avait pas été songé à l'origine, au fur et à mesure que les problèmes se dévoilaient en pratique. La portée de l'intervention judiciaire dépassa ainsi rapidement l'imagination de ses concepteurs. »*⁶⁷

Le pouvoir réservé au juge pour réviser la clause pénale est jugé excessif par les auteurs, « l'affirmation d'un pouvoir manifestement excessif au profit des juges du fond. »⁶⁸. Pourtant, ce pouvoir est précisément prévu par une loi, ce qui devrait lui permettre d'avoir une légitimité conséquente.

Toutes les clauses ne rentrant pas dans le moule de la définition de la clause pénale, malgré les contours flous de cette notion, la Cour de cassation a dû passer par d'autres techniques, pour permettre la réfection du contrat. Il en a été ainsi avec l'indemnité d'immobilisation.

Paragraphe II. Une révision reposant sur une interprétation excessive de la volonté des parties.

Les analyses doctrinales ne semblent pas être abondantes sur cette question précise, mais elles doivent tout de même être examinées.

Monsieur Oliver considère qu'il s'agit d'un véritable forçage du contrat. Il cite Monsieur Mestre lorsqu'il énonce que ce n'est même pas d'interprétation divinatoire qu'il convient de parler. Il rappelle que la formule utilisée par les cocontractants pour définir l'indemnité d'immobilisation était classique et ne faisait aucune référence à une durée, dans l'espèce de l'arrêt dit Le Trung Tam. Cette solution ne peut s'expliquer que par les

⁶⁶ Pasqualini F., « La révision des clauses pénales », *Deffrénois* 1995, n°12, p. 769.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Mazeaud D., « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », *Recueil Dalloz* 1992 p. 365

caractéristiques de l'espèce. Le promettant était marchand de bien. Le bénéficiaire, d'origine asiatique, ne comprenait pas parfaitement le français. La Cour aurait donc été « touchée » par cette histoire. Cependant l'équité ne doit pas tout permettre. *« La solution, au regard d'une saine politique jurisprudentielle, est mauvaise. Après avoir heureusement fermé une brèche ouverte au nom de l'équité par certaines juridictions (l'application de l'article 1152 aux indemnités d'immobilisation), la Cour de cassation s'empresse d'en ouvrir une autre dans laquelle on ne manquera pas de s'engouffrer. La politique du pas en avant suivi d'un pas en arrière n'a jamais été une bonne politique. »*⁶⁹

Monsieur Mazeaud s'est aussi intéressé à la question de la révision de l'indemnité d'immobilisation.⁷⁰ Au premier abord, la solution de la Cour de cassation semble respecter la force obligatoire du contrat, en ne demandant pas d'interpréter les clauses de ce dernier. *« Au fond, la réduction de l'indemnité d'immobilisation par le juge dans le respect des conditions posées par la Cour de cassation ne porte pas atteinte au principe de force obligatoire du contrat dans la mesure où le contrat, lui-même, porte en germe, le principe d'une telle révision. »*. Toutefois, l'auteur craint que les juges du fond n'appliquent pas correctement cette jurisprudence et que, sous couvert d'interprétation, ils modifient le contenu du contrat. Il s'appuie sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁷¹, qui a autorisé une révision, au seul motif que le bénéficiaire a renoncé à l'acquisition avant l'expiration du délai d'option, sans rechercher si une telle possibilité avait été prévue par les parties dans le contrat. *« Il est clair que pareille solution porte une sérieuse atteinte à la force obligatoire du contrat de promesse et ébranle fortement la sécurité juridique dans ce domaine. »*

Cet auteur propose de revenir sur la nature de l'indemnité juridique. Pour lui, la conception jurisprudentielle n'est pas la bonne. Elle ne sert pas à réparer le préjudice du promettant. *« Dans cette perspective indemnitaire, il existe un lien nécessaire entre l'importance du préjudice et la durée d'immobilisation du bien promis »*. Cela expliquerait la possibilité de réviser judiciairement le montant. L'auteur affirme que le bénéficiaire qui ne lève pas l'option ne commet pas de faute, il exerce son droit. De plus, pour être réparé un préjudice se doit d'être certain. Il n'est pas évident que pendant le délai d'immobilisation, le promettant reçoit d'autres offres plus intéressantes, surtout au regard du marché de l'immobilier aujourd'hui. Même après le délai d'option le promettant peut recevoir d'autres offres plus intéressantes, et donc ne subir aucun préjudice.

Il faudrait se référer à la conception doctrinale de la nature juridique de l'indemnité d'immobilisation. Pour la majorité de la doctrine, dès lors qu'il y a une obligation de verser une certaine somme en cas de non levée de l'option, *« la promesse de vente, faute d'obligation d'acquiescer à la charge du bénéficiaire, reste unilatérale mais le contrat qui la contient est, alors synallagmatique. »*

La cause de l'obligation du bénéficiaire réside dans la double obligation du promettant de ne pas vendre son bien à autrui pendant la durée de l'option, et de maintenir son offre durant tout ce temps. L'indemnité d'immobilisation n'a pas une nature réparatrice. Dans cette perspective, aucune révision ne peut être admise. L'existence de la cause d'une obligation s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. La disparition antérieure de la cause n'a pas d'effet sur la validité ni sur les effets du contrat. Même si le bénéficiaire renonce avant à lever

⁶⁹ Oliver J.-M., *Defrénois* 1986, p 126, 33653.

⁷⁰ Mazeaud D., « La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme du juge) », *JCP éd. N.*, 1992, p 113, n°19.

⁷¹ Paris, 2^{ème} ch, B, 31 mai 1990

l'option, aucune modification ne peut intervenir sur son obligation. De plus, la notion de cause permet juste aux juges de contrôler que l'obligation d'une partie a bien une contrepartie. « *La cause n'a pas pour fonction d'assurer l'équivalence économique des prestations réciproques.* »

Pourtant, tous les auteurs ne partagent pas cette opinion concernant la révision de l'indemnité d'immobilisation.

Monsieur Rémy considère que cette révision de l'indemnité d'immobilisation, prévue en 1984, fait partie de l'office du juge, et ne porte pas atteinte à la force obligatoire du contrat. Au contraire, il ne fait que respecter la lettre du contrat. « *C'est donc à raison du contrat, et non contre lui, que s'opère cette restitution; et c'est dans son office ordinaire d'interprétation et d'application du contrat que le juge la prononce.* ».⁷²

Majoritairement, cette réfaction de l'indemnité d'immobilisation est contestée par les auteurs. Pourtant, l'idée sous jacente n'est pas mauvaise, rééquilibrer une indemnité pour que le contractant, qui finalement ne lève pas l'option, puisse ne pas subir un trop grand préjudice de la réalisation de son droit. Les auteurs critiquent surtout ce fondement de l'interprétation des volontés. Les juges devraient se contenter de faire une référence plus explicite à l'équité, et ainsi, les véritables motivations seraient mieux acceptées par tous.

Il ressort de cette démonstration que la Cour de cassation en voulant protéger certaines parties contre les excès des cocontractants oublie le côté juridique des notions qui sont en cause, pour ne se concentrer que sur un aspect économique. Les hauts magistrats oublient le rôle premier de ces notions, comme le caractère comminatoire de la clause pénale, dans le but de pouvoir les modeler comme bon leur semble.

En réduisant le montant des indemnités dues en cas d'inexécution du contrat, la Cour de cassation, certes protège les parties faibles, mais a tendance à étendre trop ce pouvoir, en déséquilibrant ainsi l'économie générale des contrats, et en définitive, la sécurité juridique.

Cette atteinte ne se retrouve pas seulement dans le cas de la clause pénale ou de l'indemnité d'immobilisation, mais aussi au niveau de la révision des prestations de service. Les juges, dans ce cas, recherchent si le montant demandé pour effectuer la prestation de service est cohérent avec le résultat effectivement obtenu. Toutefois, cette nouvelle dérogation à l'intangibilité et la force obligatoire est, majoritairement, mieux comprise par les auteurs. Cette possibilité est offerte au juge uniquement dans les cas où le montant a été fixé avant l'exécution du service. L'équité permet de revenir sur les honoraires des prestataires de service ou des mandataires, qui profitent de leur supériorité pour imposer des montants excessifs, sans commune mesure avec le service véritablement rendu.

Ces différentes méthodes parvenant à la réfaction du contrat sont accueillies avec prudence par les acteurs du droit, qui craignent, à tout moment, une dérive des juges pour faire du contrat, ce qu'ils souhaitent. Ce qui pourrait bien arriver, au regard de l'immixtion croissante des magistrats dans les contrats.

Un autre exemple pour faire craindre à cet excès des juges dans leur immixtion dans les conventions. Ainsi, la Cour de cassation ne se contente pas de retoucher aux obligations prévues par les parties, pour les rendre plus équitables. Les magistrats ajoutent eux-mêmes certaines obligations dans la convention, au nom du principe d'équité.

⁷² Rémy P., « Contrats spéciaux », *RTD civ.* 1985, p 594 et s.

Chapitre II. Une révision du contrat permettant un ajout d'obligations.

Comme indiqué auparavant, l'intangibilité du contrat est un pilier de sa force obligatoire. Les parties, une fois le contrat conclu, ne peuvent le modifier qu'avec l'accord de tous les protagonistes. C'est le corollaire du *mutuus dissensus*.

Quant au juge, ce dernier ne doit pas pouvoir modifier le contenu des obligations du contrat lui-même, et ainsi respecter le principe d'intangibilité du contrat. Il doit, comme pour la loi, n'être que la bouche du contrat.

Pourtant bien des fois, le magistrat ne va pas se contenter d'appliquer le contrat tel qu'il est prévu par les parties. Au moyen de plusieurs méthodes, que ce soit l'interprétation de la volonté des parties, l'équité, ou encore la bonne foi, il va se permettre d'ajouter des obligations à la convention des parties. Ainsi, il a pu forcer le contrat pour y ajouter une obligation de sécurité, ou encore une stipulation implicite pour autrui (Section I), il a aussi pu créer une obligation de renégocier dans les contrats qui s'étalent dans le temps en cas d'imprévision (Section II).

Section I. Un forçage du contrat permettant l'ajout d'obligations.

Les contrats doivent, exactement et entièrement, refléter la volonté des parties. Ainsi, cela leur permet de savoir avec précision quelles sont les obligations qui pèsent sur elles. Il arrive, cependant, que ces contrats demeurent « obscures », et ne permettent ni aux juges ni aux parties de savoir ce qui est attendu. Comme a pu l'indiquer la doctrine, cette obscurité peut provenir soit d'une ambiguïté d'une des clauses du contrat, soit de la contradiction entre plusieurs clauses du contrat.⁷³

Dans ces différents cas, le juge peut intervenir pour rechercher la signification du contrat, l'interpréter. Cet office particulier d'interprétation du contrat a été reconnu au juge par l'arrêt Lubert de 1808⁷⁴. Toutefois, le juge n'est pas laissé seul face à ce pouvoir souverain, les articles 1156 à 1164 du Code civil lui donnent des directives pour l'aider dans sa tâche. Ces articles ont d'ailleurs pu être signifiés comme un « *petit guide âne* » par Monsieur Dupichot.

Ces différentes règles énoncées par le Code civil ont été complétées rapidement par la jurisprudence, et des limites à ce pouvoir souverain sont apparues. En effet, la Cour de cassation vérifie, en cas d'interprétation par le juge, que cette dernière était nécessaire, et dans un deuxième temps, elle contrôle que le juge n'ait pas dénaturé le contrat⁷⁵.

Pourtant malgré ce contrôle, les juges du fond ont pu découvrir de nouvelles obligations. Notamment grâce à un forçage. Ce mot n'a pas de définition dans le Cornu, le Doyen Josserand l'a utilisé pour la première fois dans une chronique du Dalloz en 1933, « le contrat dirigé ». Il désignait le phénomène « *consistant à développer, à hypertrophier le contenu obligatoire* ». Le forçage peut être inavoué en se reposant sur la volonté des parties qui, la plupart du temps, est « divinatoire » (Paragraphe I) ou encore, ostensiblement basé, plus ou moins clairement, sur une notion floue, l'équité (Paragraphe II).⁷⁶

Paragraphe I. La volonté des parties permettant le forçage inavoué du contrat.

Le grief de dénaturation des contrats est souvent invoqué mais peu de fois retenu par la Cour de cassation. C'est, notamment, une des raisons qui peut expliquer la découverte par le juge d'une obligation de stipulation pour autrui implicite (A) reposant sur une analyse de la volonté des parties, même si ce fondement a été ouvertement critiqué par les auteurs (B).

⁷³ Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011, chapitre III.

⁷⁴ Cass. Sections réunies, 2 février 1808.

⁷⁵ Cass. Civ. 15 avril 1872.

⁷⁶ Leveneur L., « le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 58.

A. La stipulation implicite pour autrui, volonté tacite des parties.

La stipulation implicite pour autrui est un des exemples les plus frappants de la création par le juge d'obligations à partir d'une analyse de la volonté des parties. C'est la découverte d'une commune intention supposée ou présumée des cocontractants.

Cette invention remonte à l'année 1932⁷⁷. En l'espèce, un homme meurt en tombant du train, et aucune responsabilité pour faute ne peut être recherchée. La Cour de cassation, de façon à permettre à sa famille d'être indemnisée par ricochet, énonce « *attendu, qu'en vertu d'un contrat de transport, la compagnie des chemins de fer assume envers la personne transporté, l'obligation de la conduire saine et sauve à destination, : qu'en cas d'accident mortel survenant en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice est ouvert, en vertu de l'article 1147 du code civil, pour le conjoint et les enfants de la victime en faveur de qui celui-ci a stipulé, sans qu'il y ait besoin de le faire expressément.* »

Il s'agit de la première catégorie créée par le juge pour indemniser les victimes par ricochet. N'étant pas lié au transporteur dans un contrat de transport avec une obligation de sécurité, le voyageur décède, la victime principale n'a alors pas le droit à de dommages et intérêts. Ce n'est pas un préjudice par elle, la question concerne surtout les victimes par ricochet. Elles sont en dehors du contrat, elles ne peuvent pas se fonder sur l'obligation de sécurité. La responsabilité délictuelle suppose une faute. S'il n'y a pas eu de faute, il n'y donc pas d'indemnisation. La stipulation pour autrui implicite étend le champ du contrat, pour faire bénéficier de l'obligation de sécurité aux autres.

La jurisprudence a, par la suite, affiné sa décision. Notamment par un arrêt du 24 mai 1933 de la chambre civile où il est précisé, que cette stipulation ne pouvait être présumée n'avoir été faite qu'au profit des personnes envers lesquelles le voyageur était tenu d'un devoir d'assistance, en vertu d'un lien légal, mais pas envers les frères et sœurs. Mais aussi que les bénéficiaires pouvaient y renoncer au profit d'une responsabilité délictuelle, pour éviter d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité⁷⁸. Ces stipulations ont aussi été reconnues en vente.

Malgré les précisions apportées par la Cour de cassation concernant l'étendue de cette stipulation implicite pour autrui, de nombreuses critiques se font entendre du côté de la doctrine en ce qui concerne le fondement utilisé par les Hauts magistrats.

B. Une interprétation souvent « exagérée » de la volonté des parties.

Les critiques de cette découverte ne proviennent pas que de Monsieur Josserand. Elles sont partagées par une grande majorité des auteurs.

Les auteurs ne sont pas dupes, le juge se cache derrière le voile de la volonté présumée, mais il ne fait pas seulement qu'appliquer son pouvoir d'interprétation du contrat.

⁷⁷ Cass. Civ., 6 déc. 1932.

⁷⁸ Cass. Civ 2^{ième}, 23 février 1959

« Assurément rares sont les voyageurs qui prennent leur billet de train en songeant à la perspective d'un accident ; et encore plus rares sont certainement ceux qui, envisageant que l'accident pourrait être mortel, ont l'intention de stipuler au profit de leurs proches. »⁷⁹

« Le transporteur ne souhaite évidemment pas cette aggravation de ses obligations ; quant au voyageur, qui se trouve devant le guichetier, il est exceptionnel qu'il songe en ce moment à ses proches. »⁸⁰

Les auteurs se mettent d'accord sur les critiques à apporter à cette stipulation pour autrui implicite. Les juges ne se sont pas attachés à rechercher la réelle volonté des parties, ils ont cherché, avant tout, ce qui leur paraissait juste.

Toutefois, par la suite, les Hauts magistrats semblent avoir entendu les critiques de cette méthode, et se sont décidés à ne plus baser leur forçage du contrat sur cette recherche « divinatoire » mais plutôt sur des nouveaux principes qui se font surface en droit français, et notamment l'équité. En effet sur le fond, l'intention de la Cour de cassation est louable en voulant instaurer plus de loyauté et de coopération dans les contrats.

Paragraphe II. Un forçage ostensible du contrat reposant sur un principe d'équité.

« Dans les mots, les tribunaux feignent toujours de rechercher la volonté des parties. Dans la réalité, ils se fondent sur l'équité ; et ce, au mépris parfois de ce qui a été le plus probablement voulu. »⁸¹

Les juges prenant, sans doute, en considération les critiques qui ont pu être soulevées par les premiers arrêts découvrant la stipulation pour autrui implicite, ont modifié leur fondement, soit en indiquant clairement l'article 1135, soit en évoquant indirectement le principe d'équité. Cela a permis la découverte d'une obligation de sécurité, ou encore d'une obligation d'information (A). Les critiques s'élèvent contre ces décisions, l'équité n'étant pas une notion ayant une définition claire, la sécurité juridique risque d'être atteinte (B).

A. La création d'obligations se basant sur un principe d'équité.

Grâce au principe d'équité, la Cour de cassation a pu créer l'obligation de sécurité, même si, au moment de sa découverte, les auteurs avaient pu la rattacher à une interprétation de la volonté (A). Le fondement, en ce qui concerne l'obligation d'information, est bien plus nette, les magistrats se référant clairement à l'article 1135 dans certaines décisions (B).

⁷⁹ Leveneur L., « le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 58.

⁸⁰ Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011

⁸¹ Flour J., Aubert J.-L., et Savaux E., *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 11^e éd., Armand Collin, coll. U, 2004.

1. La naissance de l'obligation de sécurité comme prise en compte des dangers afférant à l'émergence de l'industrialisation.

Avec le développement des accidents dus à l'industrialisation, les différentes dispositions extra-contractuelles du Code civil ne parurent pas assez efficaces pour régler les conséquences de ces accidents.

C'est ainsi qu'a pu être créée l'obligation de sécurité en matière de contrat de transport. En 1911⁸², la Cour de cassation décida que le transporteur de personnes est tenu de l'obligation de résultat, de conduire le voyageur à destination sain et sauf. « *Attendu que l'exécution du contrat de transport comporte (...) pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination.* » Cette création prétorienne répond à l'absence de texte en matière de transport de personnes, comme ça peut être le cas pour le transport de choses à l'article 1784 du Code civil.

Dans cette décision, et les suivantes concernant l'obligation de sécurité, les magistrats ne se sont jamais référés à une quelconque recherche de la volonté des parties. Il a pu en être déduit par la totalité des auteurs que cette découverte reposait sur un principe d'équité, où les juges cherchaient avant tout à rendre une décision qui leur paraissaient juste. C'est ainsi l'avis de Monsieur Terré, Monsieur Simler et Monsieur Lequette « *Bien qu'on justifie souvent cette solution par l'intention des parties, c'est le souci d'équité qui a commandé la décision des magistrats. Ceux-ci ont cherché à affranchir le voyageur de la charge d'une preuve souvent impossible à apporter, lorsqu'il est victime d'un accident dont il ne peut que difficilement contrôler les causes.* »⁸³

En effet, grâce à cette jurisprudence, le voyageur n'a pas besoin de prouver la faute du transporteur pour demander l'indemnisation de son préjudice. Il lui suffit d'établir l'inexécution de l'obligation de sécurité par le transporteur. La facilité de preuve a permis une meilleure indemnisation des personnes victimes d'accident.

Toutefois, pendant plusieurs années, un doute a pu exister sur l'étendue de cette obligation de résultat. Dans un premier temps, la Cour de cassation considérait que l'obligation de sécurité était de résultat dès que le voyageur se trouvait dans l'enceinte de la gare et jusqu'à son départ.⁸⁴ Puis, face aux critiques, les magistrats décidèrent que l'obligation était de résultat à partir du moment où le voyageur commençait à monter dans le véhicule et jusqu'à sa descente.⁸⁵ Le reste du temps, le débiteur n'était plus tenu qu'à une obligation de moyens. Par un revirement datant du 7 mars 1989⁸⁶, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé de « supprimer » cette obligation de moyens, pour ne laisser subsister que la responsabilité délictuelle dans la période ante-transport et post-transport.

Par la suite, cette obligation de sécurité a été découverte dans bien d'autres domaines. Notamment dans les conventions conclues entre l'exploitant d'un manège forain et ses clients « *l'entrepreneur a l'obligation d'assurer la sécurité absolue des personnes qui se livrent au*

⁸² Cass. Civ., 21 novembre 1911.

⁸³ Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz.

⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ière}, 17 mai 1961, Bull. Civ, n°254

⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ière}, 1^{er} juillet 1969, Bull. Civ, n°260.

⁸⁶ Cass. Civ., 1^{ière}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118.

jeu qu'il organise. »⁸⁷; dans la vente « *elle y consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens.* »⁸⁸ Dans ces différents domaines, des questions entourant le degré que devait revêtir cette obligation se sont posées. Mais le débat qui intéresse le cadre de ce mémoire concerne la création même de cette obligation de sécurité, il faudra ainsi s'attarder sur les critiques entourant cette découverte par les juges.

2. Une obligation d'information pour assurer un équilibre entre les parties.

L'obligation d'information peut aussi bien intéresser la formation du contrat que son exécution. S'agissant des effets du contrat, la Cour de cassation découvre dans de nombreux contrats, l'obligation pour l'une des parties de délivrer à son cocontractant les informations utiles à la bonne exécution du contrat. Il y a encore une cinquantaine d'années, c'était à chaque cocontractant de rechercher lui-même les informations qui pourraient lui être utiles. Maintenant, les magistrats se fondent le plus souvent directement sur l'article 1135 du Code civil, l'équité.⁸⁹ L'inexécution de cette obligation se réglera alors au moyen des règles de la responsabilité contractuelle.

Cette obligation peut revêtir des intensités variables. Parfois, le débiteur sera tenu de simplement délivrer des informations, il s'agit d'une obligation de renseignement. Dans d'autre cas, il sera tenu de porter à l'attention de son cocontractant les risques encourus par ce dernier s'il ne se conforme pas aux indications fournies, c'est l'obligation de mise en garde. Et pour finir, il devra, dans certains cas, orienter l'activité de son partenaire, c'est le devoir de conseil.

Cette intensité variera selon le type de contrats, et selon les qualités de chaque contractant. Ainsi, cette obligation se retrouve le plus souvent dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Plus généralement, elle joue chaque fois que l'une des parties ignore légitimement l'information et que l'autre partie la connaissait ou aurait dû la connaître.

Par exemple, le vendeur est tenu de mettre en garde l'acheteur contre les risques d'utilisation d'un produit lorsque ce dernier est susceptible d'être dangereux. De même, en cas d'appareils présentant une complexité, le vendeur est tenu de fournir les renseignements pour que cet appareil puisse être utilisé au mieux.

Mais c'est surtout dans le domaine des contrats ayant pour objet une prestation de service que l'obligation d'information s'est beaucoup rencontrée ces dernières années. Notamment, chez les notaires, les avocats, les banquiers, ou encore, les architectes.

Cette obligation étant d'autant plus mise en œuvre que c'est au débiteur de rapporter la preuve qu'il a exécuté cette obligation.

⁸⁷ CA Nancy, 26 Juin 1925

⁸⁸ Cass. Civ 1^{ère}, 11 Juin 1991, n°89-1274889-12748, Bull civ I, n° 201

⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1982, n°81-16122, Bull. civ. I, n° 361.

Malgré les avantages probatoires que ces obligations engendrent pour les parties « les plus faibles », beaucoup de critiques se sont élevées contre le recours à la notion d'équité, notion encore floue dans le droit des contrats français.

B. L'équité, une notion juridiquement floue, imprimant un risque d'atteinte à la sécurité juridique.

Les auteurs s'attachent tous à souligner que l'équité reste le meilleur fondement pour la création de nouvelles obligations par le juge dans le contrat, que ce soit pour l'obligation de sécurité ou que ce soit pour l'obligation d'information.

« Il est remarquable que la Première Chambre civile ait visé l'article 1135 du Code civil. En reprochant expressément à l'arrêt cassé d'avoir violé ce texte, elle se rallie à un courant doctrinal important selon lequel l'article 1135- dont il n'est peut être pas inutile de rappeler les termes : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. » - est le fondement qui justifie la création prétorienne de l'obligation de renseignement. Il faut convenir qu'un tel fondement est beaucoup plus satisfaisant que celui qui consistait à feindre d'interpréter la volonté des parties. Car d'une part, ce genre d'interprétation est toujours divinatoire. D'autre part, s'il s'agissait d'interprétation, celle des juges du fait aurait dû être souveraine, ce qui aurait interdit un contrôle que, comme il est indiqué, la Cour de cassation entend fermement exercer. »⁹⁰

« La critique souvent développée selon laquelle la découverte de l'obligation de sécurité serait le fruit d'un forçage du contenu du contrat au moyen d'une interprétation divinatoire de celui-ci méconnaît le fait que la jurisprudence trouve son siège de ces obligations non dans la volonté des parties, mais dans la loi elle-même qui attache au contrat toutes les suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature. »⁹¹

Pourtant les critiques se font entendre sur le manque de sécurité à se rattacher à l'équité, notion beaucoup trop floue, laissant une marge d'appréciation trop grande aux juges pour assurer une jurisprudence uniforme. Ainsi, le risque d'arbitraire est certain.⁹²

Comme le précise Monsieur Leveneur, l'interprétation des contrats sous le regard de l'équité ne poserait pas de problème si elle ne visait que les contrats d'adhésion, ou s'il ne s'agissait que d'obligations à la charge du professionnel. Ici, l'équité permettrait clairement de protéger « le faible contre le fort ». Mais la jurisprudence a pu appliquer ces nouvelles obligations à des contrats n'entrant pas dans ce champ, et a pu découvrir une obligation de sécurité, dans des contrats entre particuliers, notamment dans les conventions d'assistance bénévole.⁹³ Dans ces derniers contrats, il n'est plus évident de repérer le faible du fort. Ainsi, selon lui, « *Il faut se rendre à l'évidence, ce qui sépare le respect de l'intangibilité du contrat et l'admission de son forçage est la seule ligne que tracent les nécessités de l'équité* ».

⁹⁰ Durry G., « Le fondement de l'obligation de renseignement du fabricant de produits dangereux. », *RTD Civ.* 1983.544,

⁹¹ Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz

⁹² Flour J., Aubert J.-L., et Savaux E., *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 11^e éd., Armand Collin, coll. U, 2004, n° 407.

⁹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1996, n° 94-21838, Bull. Civ., I, n°463

Il n'en reste pas moins que l'équité est une notion reposant sur le juste, et diffère donc d'une personne à une autre. Un sentiment d'insécurité peut être ressenti. Les parties ne pourraient plus être certaines des obligations présentes dans leur contrat, ou celles qui risquent d'y être ajoutées par les juges.

C'est, sans doute pour ces raisons, qu'un grand nombre d'auteurs expriment leur souhait de supprimer l'obligation de sécurité dans le contrat, afin de laisser la responsabilité délictuelle prendre le relai. Et ainsi, retracer la ligne entre deux responsabilités clairement.⁹⁴

La découverte d'obligations par les juges dans un contrat ouvre inévitablement une brèche dans l'intangibilité du contrat, pourtant cette immixtion paraît indispensable dans bien des cas. Les contrats deviennent de plus en plus déséquilibrés, notamment avec la croissance du nombre de contrats d'adhésion. Le juge, en se basant sur l'équité, redonne un équilibre au contrat. Certes, cette notion reste incertaine mais il faut avoir à l'esprit que les juges restent des personnes raisonnables. Rares sont les excès venant de leur part. L'insécurité juridique ne ressort pas grandie de ces découvertes, surtout que la Cour de cassation dispose d'un pouvoir de contrôle, qu'elle peut mettre en œuvre pour unifier les décisions.

Une obligation découverte elle aussi par le juge, doit être étudiée, en particulier. En effet, son fondement n'est plus l'équité comme beaucoup d'autres obligations, mais la bonne foi en cours d'exécution de la convention.

L'obligation de renégociation en cas d'imprévision reste spécifique aussi bien du fait de son fondement, que par les débats vigoureux qui peuvent avoir encore et toujours lieu concernant la théorie de la révision judiciaire pour imprévision. Cette obligation de renégociation permet aux différents auteurs de revenir sur leurs arguments en faveur ou à l'encontre d'une acceptation par le juge judiciaire de la révision pour imprévision.

⁹⁴ V° notamment, Rémy P., « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept » *RTD Civ.* 1997 p. 323 ; Jourdain P., « Le fondement de l'obligation de sécurité », *gazette du palais* 1997.1196.

Section II. Une obligation de renégocier remplaçant une révision pour imprévision.

Un des grands sujets de controverse doctrinale en France reste la théorie de la révision pour imprévision. Lorsque les parties concluent un contrat dont l'exécution se déroule dans le temps, elles prennent en compte les circonstances actuelles, mais aussi les circonstances futures qui pourraient modifier leurs obligations. Cependant, il arrive que des circonstances inattendues viennent profondément modifier l'équilibre du contrat. Selon cette théorie en cas d'imprévision (« *L'imprévision correspond à la situation où à la suite d'événements imprévus par les parties, au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve gravement rompu au point que l'exécution du contrat devient beaucoup plus onéreuse voire ruineuse pour l'un des cocontractants.* »⁹⁵), le juge pourrait intervenir pour modifier le contrat, afin de le rendre plus équitable au niveau de ces prestations entre les parties. Ainsi, l'avantage principal serait de maintenir le lien contractuel. Mais la possibilité d'accorder un tel pouvoir au juge, alors que selon l'article 1134 du Code civil, la convention tient lieu de loi pour les parties et doit être respectée aussi par le juge, fait apparaître des discordances.

Ces différends ont d'abord eu lieu entre les hautes juridictions civiles et administratives. En effet, le Conseil d'Etat a reconnu ce pouvoir aux juges administratifs, dans le célèbre arrêt Gaz de Bordeaux⁹⁶. Cette décision a pu être prise au nom de la continuité et la pérennité du service public. A la même époque, la Cour de cassation refusa, expressément, une révision judiciaire pour imprévision, dans son célèbre arrêt Canal de Craponne⁹⁷, « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Depuis ces dates, l'opposition demeure en ces juridictions.

Le refus de la Cour de cassation de cette révision judiciaire du contrat pour imprévision a fait éclore un vif débat entre les auteurs civilistes. Les « anti-révisions » mettant en avant la force obligatoire, l'intangibilité et la sécurité juridique pour défendre leur position. Mais surtout, ils insistent sur le fait que le contrat est un acte de prévision. Les parties doivent prévoir les changements de circonstances qui sont susceptibles de modifier l'équilibre du contrat. A contrario, les « révisionnistes » s'appuient sur une interprétation de la volonté des parties. Les parties ont donné leur consentement à ce contrat en raison des circonstances économiques qu'elles connaissaient et pouvaient prévoir. Si elles avaient pu prévoir le bouleversement, elles n'auraient jamais contracté, tout du moins, à des conditions différentes. De plus, comme le souligne Monsieur Jamin, l'article 1134 ne peut pas interdire aux juges de réviser le contrat, au motif que les parties auraient librement consenti. « *Les parties ne sont pas libres au moment de conclure un contrat qui doit être exécuté sur un certain laps de temps, car elles en sont pas en mesure d'apprécier à la fois l'environnement externe de leur relation et l'évolution du comportement de leur partenaire.* » Ainsi, l'auteur se pose la

⁹⁵ J-L Mouralis, V° Imprévision, Rép. Civ., Dalloz

⁹⁶ CE 30 mars 1916.

⁹⁷ Cass. Civ., 6 mars 1876.

question de « *doit-on défendre l'intangibilité du contrat dont certains effets ne peuvent être imaginés par les parties ?* »⁹⁸. L'adaptabilité du contrat pour maintenir le lien contractuel reste l'argument majeur pour l'acceptation de la révision judiciaire pour imprévision.

Ce débat a, sans doute, incité la Cour de cassation à revenir sur sa position tranchée. Ces dernières années, les chambres civiles et sociales de la Cour de cassation ont paru découvrir un « entre-deux » en la création d'une obligation de renégociation pesant sur le créancier en cas d'imprévision rendant le contrat particulièrement déséquilibré (Paragraphe I). Les « avant-projets » ont tendance à suivre cette tendance, en mettant en avant les initiatives conventionnelles des parties en ce qui concerne les révisions, avant de recourir dans le dernier cas au juge (Paragraphe II).

⁹⁸ Jamin C., « Révision et intangibilité du contrat », *Droit et patrimoine*, n°58, Mars 1998

Paragraphe I. Une jurisprudence créant une obligation de renégociation à l'encontre du cocontractant.

La jurisprudence civile de la Cour de cassation a pris en compte ce débat concernant le bien fondé ou non d'une création de la révision judiciaire pour imprévision. Pas encore encline à se reconnaître un tel pouvoir, la Cour de cassation a, toutefois, fait preuve d'esprit d'ouverture en reconnaissant dans des cas très précis une obligation de renégociation pesant sur le créancier en cas de modifications importantes des circonstances du contrat, postérieures à la conclusion de ce dernier (A). Même si une grande majorité des auteurs souhaite ouvertement une reconnaissance de la révision judiciaire pour imprévision, l'accueil de cet « entre-deux » est plutôt mitigé (B).

A. Une série d'arrêts à la base de la naissance d'une obligation de renégociation.

Deux décisions semblent amorcer un mouvement tendant à admettre la révision du contrat au cours de son exécution, ou en tout état de cause, être une première brèche dans le refus catégorique d'une révision.

Le premier date du 25 février 1992 et a été rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation sous le visa de l'article 1134, alinéa 3⁹⁹. En l'espèce, une salariée responsable du fichier client informatique avait été licenciée pour suppression de poste. Son employeur avait ensuite employé une facturière peu de temps après. Invoquant le fait qu'il n'y avait pas eu véritablement de suppression d'emploi, la salariée licenciée avait obtenu de la Cour d'appel que l'employeur soit condamné pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. La Cour de cassation aurait pu se placer sur le terrain de la suppression d'emploi mais a abordé la question sous l'angle de 1134, alinéa 3, la bonne foi. Ainsi, elle a affirmé que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi.* »

La seconde décision semble plus proche du sujet, et admettre la révision du contrat en cours d'exécution, il s'agit de l'arrêt Huard¹⁰⁰. En l'espèce, Monsieur Huard avait conclu avec une compagnie pétrolière, la société BP, un contrat de distributeur agréé, pour une durée de quinze années, prorogé jusqu'au 31 décembre 1988. Jusqu'en 1982, les prix de vente des produits pétroliers au détail étaient fixés par les pouvoirs publics. Un arrêté du 29 Avril 1982, fixant le régime des barèmes d'écart, ainsi qu'un autre arrêté du 9 novembre 1983, relatif au prix de vente au détail, qui imposèrent aux compagnies pétrolières d'appliquer le même tarif de vente à leurs détaillants, choisirent de libérer les prix de vente au détail et autorisèrent les distributeurs à consentir, par rapport au prix plancher fixé par les pouvoirs public, un rabais à la pompe de 16 centimes par litre d'essence, et de 17 centimes par litre de supercarburant. Afin que Monsieur Huard, distributeur, puisse faire face à la concurrence résultant de cette nouvelle réglementation, la société BP lui proposa d'adopter un statut de commissionnaire

⁹⁹ Cass. Soc., 25 février 1992, n° 89-41425, inédit

¹⁰⁰ Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. Civ., IV, n°340

pour la vente des carburants, il devint un mandataire de la société percevant en cette qualité un taux de commission sur le nombre de litres vendus. Le coût des rabais indispensables pour résister à la concurrence était ainsi pris en charge par la société pétrolière. Pour autant, le distributeur refusa ce nouveau statut. Mais la société BP ne lui proposa rien de plus que ce qu'elle avait déjà proposé. Se plaignant de ce qu'en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, celle-ci ne lui avait pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, le débiteur l'assigna en paiement de dommages et intérêts. Après avoir débouté de sa demande en première instance, il interjeta appel et la Cour d'appel accueillit sa prétention et lui accorda 150 000 francs. La société BP forma alors un pourvoi en cassation qui fut rejeté par la Chambre commerciale au motif qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que Monsieur Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station service et que *« le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires »*.

L'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau Monsieur Huard, lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours pour devenir mandataire comme elle lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'il ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner Monsieur Huard à un prix inférieur au tarif « pompiste de marque », sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la Cour d'appel a pu décider qu' *« en privant Monsieur Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »*. En d'autres termes, si la Cour de cassation rejette le pourvoi c'est parce que la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi en privant son distributeur de pratiquer les prix concurrentiels, étant observé que peu importait que cette société eut proposé à celui-ci un nouveau statut de mandataire, dès lors qu'il n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé et que la société aurait pu établir avec lui un accord de coopération commerciale qui aurait permis de l'approvisionner à un prix concurrentiel. »

Ces deux arrêts ont paru être le point de départ de la création d'une obligation de renégociation. Depuis, d'autres arrêts ont paru confirmer cette création. Cependant, ces arrêts ne reposent plus sur la bonne foi, mais sur l'économie générale du contrat, sa cause.

Notamment un arrêt du 16 mars 2004, rendu par la Première Chambre civile¹⁰¹. Aux termes d'un contrat de sous-concession, une société avait obtenu, pour une durée de dix ans, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises et devait, en contrepartie, verser un loyer annuel au concessionnaire initial, une association, et une redevance au concédant, une commune. A mi-parcours contractuel, cette société, invoquant un bouleversement de l'équilibre contractuel, demanda au juge de prononcer la résiliation du contrat, qu'elle avait cessé d'exécuter. La Cour d'appel écarta cette demande qui la condamna pour rupture unilatérale à payer diverses sommes à ses partenaires. La société forma un pourvoi dans lequel elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir donné de base légale à leur décision, au regard des articles 1134 et 1147 du Code civil. Selon elle, puisque *« les parties sont tenues d'exécuter loyalement la convention en veillant à ce que son économie*

¹⁰¹ Cass. Civ 1^{ière}, 26 mars 2004.

générale ne soit pas manifestement déséquilibrée ». La Cour de cassation pour rejeter le pourvoi affirme que les juges du fond avaient relevé que la société, qui l'avait formé, « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* ». Puis la Cour souligne que celle-ci avait ajouté que la société « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* »

Un arrêt du 29 juin 2010 rendu par la Chambre commerciale¹⁰² est venu suivre ce fondement. Les sociétés SEC et Soffimat ont conclu en 1998, pour une durée de 12 ans, un contrat de maintenance portant sur deux moteurs d'une centrale de production de cogénération moyennant une redevance forfaitaire annuelle. Avec le temps et l'évolution des circonstances économiques, la société Soffimat a été confrontée à de très graves difficultés en raison de l'augmentation très sensible du prix des pièces de rechange dont elle doit faire l'acquisition pour réaliser les travaux de maintenance qui lui incombent contractuellement, le montant des redevances dues par la société SEC étant alors devenu ridicule. Nonobstant ce bouleversement profond de l'économie du contrat, survenu au cours de son exécution en raison d'un changement de circonstances, la société SEC a exigé en référé l'exécution scrupuleuse des engagements contractuels souscrits par son cocontractant. Le juge des référés fit droit à cette demande et condamna ce dernier à exécuter son obligation de révision des moteurs, motif pris que celle-ci n'était pas sérieusement contestable.

L'arrêt confirmatif de la cour d'appel a été cassé, au visa des articles 1131 du code civil et 873, alinéa 2, du code de procédure civile, aux motifs qu'« *en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulue par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Ces arrêts semblent admettre qu'une faute puisse être reprochée au contractant, qui connaissant les difficultés de son cocontractant, n'a pas proposé ou n'a pas voulu renégocier le contrat.

Toutefois, ces arrêts sont en nombre limité, et leurs domaines posent questions. Ces raisons sont, sans doute, à la base des divergences qui peuvent exister entre les auteurs à ce sujet.

¹⁰² Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit.

B. Une réception mitigée de cette obligation de renégocier par la doctrine.

Monsieur Mestre¹⁰³ et une grande partie de la doctrine française voient dans ces solutions un tempérament au principe du refus de la révision judiciaire pour imprévision, si ce n'est un pas vers son admission. Il y aurait édicté dans l'article 1134, alinéa 3, une obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés, en raison de changement de circonstances, pendant leur exécution.

Pourtant, certains auteurs avancent que ces arrêts ont été rendus dans des domaines proches de celui de l'imprévision, mais dans des hypothèses où les circonstances économiques n'avaient pas changé de manière imprévisible et brutale. Le changement provenait d'un fait imputable à l'une des parties au contrat. D'autant plus que les parties étaient dans un rapport de dépendance, voir d'intégration, ce qui confère un domaine particulier à ces arrêts.¹⁰⁴ Ces différentes jurisprudences seraient donc plus comme une sanction à la mauvaise foi d'une partie.

Il ressort de ces deux interprétations que cette obligation de renégocier reste tout de même une exception à l'intangibilité du contrat.

Une grande majorité d'auteurs approuve cette jurisprudence, notamment Madame. Fauvarque-Cosson¹⁰⁵. La liberté contractuelle reste préservée, même stimulée par ces décisions. Obliger les parties à renégocier entre elles, en cas d'imprévision rendant le contrat profondément déséquilibré, permet la création d'un grand nombre de clauses. Clauses qui permettront au contrat de s'adapter au temps, et assurent sa pérennité, dans une période de profonds changements économiques et sociaux¹⁰⁶. La position de la Cour de cassation aurait même, l'avantage « *d'inciter les parties à prendre en main leur destin contractuel* »¹⁰⁷

Monsieur Jamin partage cet avis. Dans son article sur l'intangibilité et la révision¹⁰⁸, l'auteur se concentre sur le rôle de l'article 1134, alinéa 3. La bonne foi devrait pousser les juges à réviser le contrat en cas d'imprévision qui mènerait à la ruine un des cocontractants. La solidarité correspond mieux aux relations contractuelles actuelles, que l'autonomie des volontés. En ce sens, il rejoint la vision de Monsieur Demogue qui voyait dans les contrats « *une sorte de petit microcosme.* » Une société « *où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun.* ». L'auteur s'appuie sur le principe que le contractant dispose d'une rationalité limitée lorsque le contrat doit s'exécuter dans un laps de temps. Il faudrait alors pallier à cette carence, qui ne lui permet plus d'être le meilleur juge de ses intérêts, en exigeant de l'autre partie qu'elle soit solidaire, par le biais d'une révision.

Certains auteurs pensent, comme Monsieur Mazeaud¹⁰⁹, que la Cour de cassation ne va pas assez loin en ne reconnaissant qu'une obligation de renégocier. Cette dernière devrait reconnaître la révision judiciaire pour imprévision. Ils prennent appuie sur le fait que de

¹⁰³ Mestre J., « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *RTD Civ.* 1993 p. 124.

¹⁰⁴ Jamin C., « Révision et intangibilité du contrat », *Droit et patrimoine*, n°58, Mars 1998 et V. G.-J. Virassamy, *JCP éd. G.*, 1993, II, 22164.

¹⁰⁵ Fauvarque-Cosson B., « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, n°1, p. 67.

¹⁰⁶ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz

¹⁰⁷ Fauvarque-Cosson B., « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, n°1, p. 67.

¹⁰⁸ Jamin C., « Révision et intangibilité du contrat », *Droit et patrimoine*, n°58, Mars 1998

¹⁰⁹ Mazeaud D., « La révision du contrat », *Les petites affiches*, 30 juin 2005, p. 4.

nombreux pays ont changé leur position en admettant une telle révision, sans qu'une insécurité ne se soit fait ressentir. A l'argument qui consiste à dire que refuser la révision judiciaire pour imprévision pousserait « les parties à prendre en main leur destin », Monsieur Mazeaud, dans son article sur la révision du contrat, répond que « *l'intervention potentielle du juge dans leur contrat en vue d'en redéfinir l'économie, peut tout autant que son éviction, constituer une puissante invitation implicitement adressée aux parties, réputées être les meilleurs juges de leurs propres intérêts, de prévoir une révision conventionnelle afin de rester en toutes circonstances les maîtres du contrat qu'elles ont conclu.* »

A contrario, Monsieur Virassamy énonce que cette jurisprudence pose plus de questions qu'elle ne résout de difficultés. Une fois de plus, la jurisprudence en ajoutant une obligation non prévue par les parties, change de façon radicale le rôle du débiteur. « *Il est incontestable que l'enrichissement de la norme contractuelle à laquelle procède la jurisprudence impose au débiteur contractuel une qualité de comportement supérieure à celle qu'il pouvait avoir prévue ou dont il pouvait se sentir capable. Il s'ensuit une imprévisibilité de ces obligations nouvelles pour les parties et en particulier pour le débiteur contractuel et donc l'impossibilité pour lui de savoir si l'attitude adoptée par lui, qui est conforme aux stipulations contractuelles, sera ou non jugée fautive par la jurisprudence en cas de litige.* »¹¹⁰ Les risques d'insécurité sont bien présents pour cet auteur. S'en suivent toute une série de questions que l'auteur énumère « *Cette jurisprudence ne comporte-t-elle pas des risques ou à tout le moins de sérieuses incertitudes ? En effet, à quel moment l'adaptation ou la renégociation s'imposera-t-elle ? Faudra-t-il nécessairement attendre la demande du cocontractant ou devra-t-elle être spontanée et quels seront les critères de la nécessité de renégocier ou d'adapter le contrat ? Ne risque-t-on pas de se retrouver en période de permanente négociation ? Ces questions, qui sont loin d'être exhaustives, montrent en tout cas que l'intérêt et l'utilité d'une clause contractuelle d'adaptation demeurent face à cette jurisprudence.* »¹¹¹

Ces avantages, inconvénients et questions se retrouvent en arrière plan dans les différents projets de réforme du droit des contrats nationaux et européens. Mais ces derniers ne semblent pas y apporter de réponses claires.

Paragraphe II. Une obligation de renégociation se retrouvant dans les projets de réforme du droit des contrats.

Les pays européens acceptent, de façon majoritaire, la révision judiciaire pour imprévision. Il semblerait que les avant-projets de réforme nationaux s'inspirent des solutions connues dans d'autres pays pour commencer à construire un régime de la théorie de révision pour imprévision (A). Quant aux projets européens, dans leur objectif premier d'harmonisation des législations européennes, ils s'accordent aussi bien sur le bien fondé d'une révision judiciaire du contrat en cas de modifications ultérieures des circonstances, que sur le support conceptuel (B).

¹¹⁰ Virassamy G., *JCP éd. G*, 1993, II, 22164.

¹¹¹ Virassamy G., *JCP éd. G*, 1993, II, 22164.

A. Une reconnaissance « timide » d'une révision judiciaire pour imprévision dans les avant-projets de réforme nationaux.

La France n'échappe pas au mouvement qui voudrait la reconnaissance d'une possible révision pour imprévision. La doctrine ne nie pas les bienfaits du maintien du lien contractuel, même si les conditions de mises en œuvre ne sont pas vues de manière similaire.

L' « avant-projet Terré » se montre accueillant vis-à-vis de la révision pour imprévision, dans son article 92. Dans cet article, il admet, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances, que « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Le « projet gouvernemental » suit cet opinion à l'issue de l'article 101, qui a reçu des modifications suite à des conditions discutées. Cependant, la révision judiciaire en cas d'imprévision n'est possible qu' « avec l'accord des parties ». Mais le juge peut « mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Il reste des doutes sur le support que le juge utilisera pour mettre fin à ce contrat, ou encore sur le régime entourant cette révision. Ces deux avant-projets ne répondent pas à ces questions. La jurisprudence reste plus précise au niveau de l'obligation de renégocier.

Quant au « projet Catala », ce dernier reste attaché à la force obligatoire du contrat et à la capacité des parties à prévoir au mieux l'évolution des circonstances entourant leur contrat. La liberté contractuelle reste le meilleur moyen pour gérer les situations de changement économique.

Ainsi, aux termes des articles 1135-1 et 1135-2, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties sont libres de stipuler des clauses de renégociation en cas de changement de circonstances tel que le déséquilibre contractuel prive le contrat d'intérêt pour l'un des contractants. Si une telle clause n'a pas été prévue dans le contrat, la renégociation du contrat peut être ordonnée par le Président du Tribunal de Grande Instance, et si celle-ci échoue, chaque contractant peut alors résilier unilatéralement le contrat. « En somme, hors la liberté contractuelle, point de salut en cas de changement imprévisible de circonstances ! »¹¹²

Cet avant-projet va donc en sens inverse des deux autres, et reste fermé à toute évolution concernant la théorie de l'imprévision. Dans l'exposé des motifs, les auteurs du rapport expliquent ce choix. « À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'est de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes. »¹¹³

En globalité, les différents avant-projets de réforme restent très réservés sur la révision judiciaire. Ils se contentent de mettre en avant une solution que personne n'a jamais remise en cause. Les parties peuvent renégocier leur contrat en cas d'imprévision. « *Ceux-ci se sont crus*

¹¹² Mazeaud D., « L'arrêt Canal « moins » ? », *Recueil Dalloz* 2010 p. 2481

¹¹³ Avant projet Catala, exposé des motifs, p 41.

*obligés de graver dans le marbre de la loi une solution que même les plus adorateurs du principe de l'intangibilité du contrat n'avaient jamais osé remettre en cause, fût-ce du bout des lèvres, à savoir la liberté pour les contractants de stipuler une clause aux termes de laquelle ils renégocieraient leur contrat en cas de changement de circonstances bouleversant son économie. »*¹¹⁴ Aucun de ces projets ne permet de connaître avec précision la sanction qui sera réservée en cas de méconnaissance de cette obligation de négociation conventionnelle.

Si les protagonistes du droit français semblent encore hésiter sur la position à tenir quant à la révision judiciaire pour imprévision, les projets au niveau européen en ont une vision plus tranchée.

¹¹⁴ Mazeaud D., « La révision du contrat », *Les petites affiches*, 30 juin 2005, p. 4.

B. La révision judiciaire pour imprévision confirmée dans les projets d'harmonisation du droit européen.

Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international énoncé à l'article 6.2.3 en résumé, que lorsqu'en cours d'exécution, l'équilibre contractuel est fondamentalement altéré par un changement de circonstances, que la partie lésée ne pouvait pas raisonnablement prendre en considération lors de la conclusion du contrat, cette dernière peut demander l'ouverture de négociations. Faute d'accord, les parties peuvent saisir le tribunal, qui pourra alors, mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou alors adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. A la page 227 ce projet rappelle que les négociations sont soumises aux principes de bonne foi et de coopération.

Les principes du droit européen du contrat, aux termes de l'article 6 :111 indiquent qu'une obligation de renégocier s'impose aux contractants « *en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si son exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances* ». Cet article précise, au (3), que « *faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement des circonstances. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.* »

L'article 97, alinéa 1er, de l'Avant-projet de code européen des contrats, élaboré par l'Académie des privatistes européens de Pavie, dispose quant à lui, lorsque des événements extraordinaires et imprévisibles ont rendu excessivement onéreuse l'exécution du contrat que le débiteur a « *le droit d'obtenir une nouvelle négociation du contrat* ».

Cette énumération des articles des différents projets européens concernant le droit des contrats permet de mieux comprendre leur approche de la révision judiciaire pour imprévision.

Ces textes, en acceptant largement le recours au juge pour réviser un contrat, encadrent tout de même de façon précise son rôle, pour laisser en priorité, la place à la liberté contractuelle. Ces textes peuvent s'appuyer sur l'expérience de nombreux pays européens ayant reconnu la révision pour imprévision de longue date. Ces projets mettent clairement en avant les idées de coopération et de bonne foi, pour le bon déroulement des négociations.

Ces différents points diffèrent des projets nationaux qui, bien qu'acceptant une révision judiciaire en dernier recours, ne précisent pas clairement le support conceptuel qui fonderait cette révision du contrat.

La France devrait abandonner sa jurisprudence sur l'obligation de renégocier, qui semble encore trop récente pour être précise, et revenir sur l'arrêt Canal de Craponne, en accordant le pouvoir au juge de réviser des contrats devenus trop déséquilibrés au fil du temps.

Dans une économie qui est en constante évolution, il faut pouvoir adapter au fur et à mesure les contrats, et les rendre ainsi plus efficaces. En acceptant, la révision judiciaire pour

imprévision, concernant les contrats dépourvus de clauses à cet égard, les juges ne feraient que permettre plus de sécurité juridique, en stabilisant les relations contractuelles existantes.

Surtout que, les juges restent des acteurs responsables et construits du droit français, les risques d'excès sont peu nombreux, un contrôle de la Cour de cassation étant toujours possible.

De plus, que ce soit le législateur ou les Hauts magistrats, ces derniers pourraient se baser sur les exemples étrangers pour construire de façon claire et efficace la révision judiciaire pour imprévision.

En admettant cette révision judiciaire, les contractants seraient poussés à devenir plus vigilants quant aux clauses qu'ils insèrent dans leur convention, s'ils veulent éviter toute immixtion du juge. L'intangibilité du contrat ne sera pas atteinte excessivement.

Les avantages d'une reconnaissance de la révision pour imprévision sont plus importants qu'en ce qui concerne l'obligation insérée dans les contrats de renégocier.

« *Le droit de contracter (...) n'est que la faculté de choisir librement les moyens de son bonheur* »¹¹⁵ Cette vision est loin de dominer, aujourd'hui, le droit du contrat. En atteste, d'ailleurs, le fait que le contrat semble de moins en moins rétif à l'intervention du juge, et voit l'aspect positif d'une telle intervention. Nombreux sont aujourd'hui les exemples de révision judiciaire, comme cela a pu être constaté dans ce titre II. Les premières révisions apportées par le juge au contrat ont été prévues par la loi. Pourtant, il ne faut pas s'y tromper, il ne s'agit là que d'une part minime de l'intervention du juge pour réviser le contrat. Les principes de force obligatoire du contrat et de son intangibilité ne semblent plus être une priorité. Dans de nombreuses hypothèses, le juge intervient pour rééquilibrer un contrat, atteint d'un déséquilibre, sans se fonder sur un texte spécial. Il a pu s'appuyer sur des textes généraux, notamment pour imposer une obligation de renégociation, mais parfois, il a aussi pu ne pas s'embarrasser d'un support textuel, comme en atteste la jurisprudence sur la modération des honoraires des mandataires et des agents d'affaires. Toutes ces exceptions aux principes du droit des contrats ont l'avantage d'avoir permis plus de justice. Les qualités et les caractéristiques personnelles des cocontractants, les rapports de force qu'ils entretiennent tout au long du processus contractuel sont pris en considération dans la détermination du régime de leurs relations contractuelles par le juge, qui en révisant le contrat, permet à celui-ci d'être plus équitable.

¹¹⁵ Monsieur Cambacérés, dans son rapport, sur le deuxième projet du Code civil.

Titre III. Une neutralisation du contrat et de ses clauses par le juge pour protéger des dérives.

L'intervention du juge sur le contrat se fait aussi de plus en plus sentir au stade de la rupture du contrat.

Le magistrat intervient sur des clauses directement, pour permettre un maintien du contrat. En supprimant ces clauses qui interviennent en cours d'exécution ou qui produisent leurs effets en fin de contrat, le juge redonne au contrat sa portée initiale, il lui permet de respecter le but voulu par les parties (Chapitre I).

Le juge peut aussi intervenir plus globalement sur le contrat lui-même. En permettant à une partie de rompre unilatéralement le contrat, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, il a ouvert une brèche dans la vision traditionnelle du droit des contrats français, reposant sur le respect de la parole donnée. Il a fallu compenser ce déséquilibre entre les parties par l'instauration d'une sanction plus coercitive, le maintien forcé du contrat par le juge, en cas de non respect par un des cocontractants de ses obligations (Chapitre II).

Ces différentes immixtions du juge dans le contrat peuvent se justifier par la satisfaction d'un ordre public économique. Le juge essaie de faire évoluer le droit des contrats, pour permettre une meilleure exécution du contrat, pour que chacune des parties retrouve son intérêt dans la relation contractuelle, économique. Cependant, la Cour de cassation veille à ce que ce principe plus économique ne porte pas atteinte aux bases du droit français, comme la force obligatoire du contrat.

Chapitre I. L'intervention du juge pour évincer du contrat les clauses litigieuses.

En 1804, le législateur n'avait prévu qu'une mention de la clause réputée non écrite dans le Code civil, l'article 900, qui prévoyait « dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Aujourd'hui, cette expression est de plus en plus présente, que ce soit dans le Code civil ou en dehors.

En effet, depuis plusieurs années, l'idée de maintien du contrat domine le droit contractuel. Pourtant la prolongation de la convention en droit privé, peut apparaître comme un élément perturbateur, car ce droit reste dominé par le principe de l'autonomie de la volonté.

Le juge n'a pas échappé à cet engouement. Il va bien souvent au-delà et en dehors des textes pour réputer non écrites certaines clauses qu'il voulait priver d'effet. Le sauvetage du contrat est une préoccupation du juge. « *Le maintien du contrat, sa bonne fin, apparaissent en effet comme des priorités sociales et la dénonciation de celui-ci pour l'illégalité d'une de ses clauses, comme une sanction inadéquate.* »¹¹⁶

Longtemps comparé à la nullité, la différence s'entend. « *Une intuition se fait jour selon laquelle la clause réputée non écrite, tout en assurant le maintien d'un contrat amputé d'une clause illicite, pourrait correspondre à un procédé de sanction original. La clause réputée non écrite attire la jurisprudence ; elle intrigue quelques auteurs.* »¹¹⁷ (Section I)

Le juge qui recourt à cette mesure, dans des cas non prévus par la loi, entend assurer le respect d'obligations essentielles présentes dans le contrat. Il souhaite priver d'effet les clauses susceptibles d'entraver la fin poursuivie par les parties d'un commun accord (Section II)

La thèse de Madame Gaudemet, « la clause réputée non écrite » détermine en précision la signification et l'étendue de la sanction du réputé non écrit aujourd'hui, il faudra s'en inspirer dans ce chapitre.

¹¹⁶ Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

¹¹⁷ *ibid*

Section I. La généralisation de la sanction du réputé non écrit par le juge.

« La jurisprudence qui est venue généraliser le recours à certains mécanismes de maintien de la relation contractuelle, au-delà des cadres étroits dans lesquels le législateur avait pu les enfermer ». ¹¹⁸ Ainsi, le juge applique non seulement, purement et simplement, la loi mais il a aussi la possibilité de la « révéler ». Pour chacune de ces possibilités, le juge est une source du réputé non écrit, dérivée de la loi. (Paragraphe I). Il peut aussi être une source autonome (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une interprétation des conditions nécessaires à l'application du réputé non écrit.

Le premier rôle du juge est d'être la bouche de la loi. Il se doit d'appliquer les textes édictés par le législateur. Pourtant, ce principe ne doit pas l'empêcher de préciser ces textes par une interprétation. Le magistrat peut ainsi être amené à s'exprimer sur les conditions de mise en œuvre de ces textes, notamment en matière de réputé non écrit (A). Mais peut aussi utiliser cette sanction, dans les cas où, faute de précision par les textes législatifs, cette méthode n'est pas directement citée (B).

A. L'application de la loi prévoyant la sanction du réputé non écrit.

Par quelques décisions, le juge a consacré des solutions remarquées dans des hypothèses où il a eu à connaître des clauses réputées non écrites par la loi. Lorsque le législateur prévoit la sanction du réputé non écrit pour certaines clauses, le juge continue de jouer un rôle. En appliquant cette sanction, il peut interpréter les conditions de sa mise en œuvre. Il l'a fait essentiellement dans le droit de la copropriété.

Jugeant que ces clauses sont « *non avenues par le seul effet de la loi* » ¹¹⁹, ou qu'elles sont « *censées n'avoir jamais existé* » ¹²⁰, la Cour de cassation a considéré que le syndicat de copropriétaires, comme tout copropriétaire intéressé, peut, « *à tout moment, faire constater l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales et établir une répartition des charges conforme à ces dispositions* » ¹²¹. C'est là, semble-t-il, consacrer l'imprescriptibilité de la demande tendant au constat du caractère non écrit d'une clause. Estimant que ces clauses ont « *été atteintes d'une nullité radicale le jour de l'entrée en vigueur* » de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, le juge a par

¹¹⁸ *ibid*

¹¹⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 1987, n°85-15010 bull.civ. III, n°41

¹²⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, n°86-17869, bull.civ. III, n°54

¹²¹ *ibid*

ailleurs retenu la solution de l'application immédiate des dispositions dont la méconnaissance est sanctionnée par une clause réputée non écrite¹²².

Par exemple, s'agissant de la règle « est réputée non écrite toute clause (...) qui autorise le bailleur à percevoir des amendes en cas d'infraction aux clauses d'un contrat de location ou d'un règlement intérieur à l'immeuble », énoncée à l'article 4 i) de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, la question portait sur la signification du terme « amende ». Le juge a pu décider que la somme due au titre d'une clause pénale ne correspond pas à une amende au sens du texte¹²³, le juge a participé à l'identification formelle de la loi.

Ce devoir d'appliquer la loi, le juge s'est efforcé de le rétablir dans le droit des clauses abusives, sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978. Alors que le projet confiait au juge la mission de caractériser et d'anéantir, litige après litige, les clauses abusives, la loi dans sa rédaction définitive réserva ce rôle au pouvoir réglementaire. Une commission des clauses abusives fût créée pour remplir cette prérogative. L'article 35 de la loi du 10 Janvier 1978, repris à l'article L132-1 du Code de la consommation énonçait que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs peuvent être interdites ; limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée à l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de la résiliation, résolution ou reconduction aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de puissances économiques de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. »

Le problème étant que les gouvernements suivants usèrent qu'avec une extrême parcimonie de leur pouvoir. L'administration ne remplit pas son sa tâche d'apporter une meilleure justice contractuelle. En plus de dix ans, un seul décret fût paru, malgré les nombreux avis rendus par la commission des clauses abusives.

Le juge devait, dans ce système, ne faire qu'appliquer les règlements. Mais devant l'inertie du pouvoir réglementaire, et un encouragement doctrinal, une évolution notable s'est produite avec l'arrêt Lorthoir du 14 mai 1991 de la Première Chambre civile de la Cour de cassation, en décidant, *contra legem*, l'élimination des clauses abusives sur le seul fondement de l'art. 35. Le verrou du décret du 24 mars 1978 sautait. Ainsi, la jurisprudence se reconnu le pouvoir de participer au contrôle des clauses abusives, en parallèle du pouvoir réglementaire.

Toutefois, ici encore, le juge ne fait qu'appliquer la loi. La Cour reprend, mot pour mot, les critères de la loi de 1978¹²⁴, et se fonde sur l'article 25 de la cette loi. D'ailleurs, la loi du 1^{er} février 1995 semble donner raison à cette jurisprudence. Il est possible de déduire un pouvoir judiciaire à l'alinéa 2 de l'article L 132- 1 qui précise que le pouvoir reconnu au gouvernement pour déterminer les clauses est purement facultatif et à l'alinéa 3 qui énonce que la liste annexée « est indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. » L'intervention du juge est implicitement acceptée.

Cependant, le juge est parfois allé plus loin en interprétant la loi, cette fois-ci, sur la nature de la sanction en cause, et plus uniquement, sur les conditions de mise en œuvre de la sanction.

¹²² Cass. Civ. 3^{ème}, 5 juin 1970, n°69-10929 bull.civ. III, n°368.

¹²³ Cass. Civ. 3^{ème}, 2 mars 1993, n° 91-16299, inédit.

¹²⁴ Rappr. *Grands arrêts*, t.2, n°158 § 11

B. La « révélation » du réputé non écrit contenu dans la loi.

En effet, parfois le juge utilise l'expression « clause réputée non écrite » dans des cas où la loi n'a pas retenu cette expression pour des conséquences équivalentes. Dans d'autres cas, le juge requalifie une clause nulle en une clause réputée non écrite.

La loi impose parfois un contenu obligatoire à certains contrats d'assurance, l'article L. 125-3, alinéa 1, du Code des assurances énonce que ces contrats sont « réputés, nonobstant toute clause contraire, contenir » de telles clauses. Le juge a, ainsi, donné son sens exact à cette formule, en déclarant « *non écrites les stipulations qui ont pour effet d'exclure ou de limiter la garantie définie par ces clauses types.* »¹²⁵

De même, il arrive au juge de requalifier une clause nulle en clause réputée non écrite. Malgré que les exemples de ces prérogatives restent rares, le juge, par ce biais, reconstruit la cohérence du système en recherchant la volonté du législateur, qui parfois utilise les deux termes indifféremment.

Dans ces hypothèses, le juge ne fait qu'interpréter la loi, mais son rôle ne se limite pas uniquement à ça. Il a pu réputer non écrite une clause, en dehors de disposition légale.

Paragraphe II. L'utilisation du réputé non écrit par les juges, en l'absence de textes.

La solution consistant à appliquer la sanction du réputé non écrit, sans disposition légale précise, n'est pas nouvelle. Certains juges du fond, dans les années 50, avaient pu réputer non écrite une clause de dédit contenue dans une promesse unilatérale de vente, « *la clause insérée dans une promesse unilatérale de vente et prévoyant le paiement par l'acheteur éventuel d'une somme déterminée à titre de dédit, doit être réputée non écrite comme étant inconciliable avec l'énonciation primordiale de l'acte réservant au dit acheteur la faculté d'acquiescer, et comme ayant pour conséquence, si elle recevait application, de faire produire à la promesse unilatérale de vente les mêmes effets juridiques qu'à la promesse synallagmatique.* »¹²⁶ Pendant longtemps, les audaces jurisprudentielles de ce type sont restées limitées. Mais depuis les années 1990, le juge a eu recours à cette technique de plus en plus souvent.

« *Plus grand encore avait été le pas franchi, dès avant 1991, consistant pour le juge à déclarer une clause non écrite, en dehors cette fois-ci de toute consécration de ce procédé de sanction par la loi, sur le fondement de l'absence de cause. Ont ainsi été réputées non écrites les clauses des contrats d'assurance de responsabilité civile qui limitent la garantie de l'assurance à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré*¹²⁷ (A). Par la suite, a été déclarée non écrite la clause contenue dans les dispositions générales de la société Chronopost et selon laquelle le transporteur fixe au prix du transport la réparation due en cas de non-respect des délais¹²⁸ (B). Plus généralement, certaines clauses sont aujourd'hui

¹²⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 1991, n° 89-18604, bull.civ. I, n°161.

¹²⁶ Orléans, 5 janvier 1949.

¹²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1990, n°88-12863, bull.civ. I, n°303.

¹²⁸ Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n°261.

déclarées non écrites, par la Cour de cassation ou les juridictions du fond, parce qu'elles contredisent la portée de l'engagement pris par l'une des parties. »¹²⁹

Le juge intervient sans disposition légale en sens d'un réputé non écrit, mais avec un fondement textuel. Beaucoup de ces décisions ont été rendues sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, la théorie de la cause. Il faudra revenir sur les deux domaines, où ces décisions ont été très remarquées.

A. Le domaine des contrats d'assurance.

C'est dans le domaine des assurances que la jurisprudence a commencé à découvrir des clauses réputées non écrites.

Par sept arrêts datés du 19 décembre 1990, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a condamné les clauses de « réclamation de la victime » qui subordonnent la garantie de l'assureur à la réclamation de la victime entre la date de souscription du contrat et celle de sa résiliation. La Cour l'a fait au visa des articles 1131 et L.124-1 du Code des assurances, elle a jugé que *« le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période (...); la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu de primes sans contrepartie; (...) cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite »¹³⁰*. Toutes les chambres de la Cour de cassation ont par la suite suivis ce raisonnement.

Le juge ne s'est pas arrêté à l'affirmation de ce réputé non écrit, sans texte spécifique, il a appliqué cette même sanction aux clauses de « garantie subséquente », qui, moyennant le paiement d'une prime d'assurance d'un montant plus élevé, permettent la réclamation, non seulement pendant la validité du contrat, mais aussi dans un délai déterminé suite à l'extinction du contrat.¹³¹

Ainsi, *« Aucune des stipulations qui délimitent dans le temps la garantie de l'assureur n'a finalement trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation. »¹³²* La Première Chambre civile a résumé sa vision dans un principe *« toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite. »¹³³*

La Cour en se fondant sur une interprétation extensive de l'article L.113-1, alinéa 1, du Code des assurances, ou sur la notion de cause, a élargi le domaine du réputé non écrit. La jurisprudence Chronopost repose sur le même principe, dans un contexte différent.

¹²⁹ Gaudement S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

¹³⁰ Cass. Civ. 1^{ière}, 19 décembre 1990, n°88-12863, bull.civ., I, n°303.

¹³¹ Cass. Civ. 1^{ière}, 28 avril 1993, n°90-17727, bull.civ. I, n°148.

¹³² Gaudement S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

¹³³ Cass. Civ. 1^{ière}, 16 décembre 1997, n°94-17061, Bull. Civ., I, n°360.

B. La jurisprudence Chronopost.

Dans la célèbre affaire de 1996¹³⁴, une société avait confié à Chronopost un pli pour que le transporteur l'achemine dans un délai déterminé, le lendemain avant midi. Le pli n'est pas arrivé à l'heure indiquée, alors que le client participait à une adjudication. Ce client perdit donc le marché, et demanda réparation à Chronopost. La société se prévalût d'une clause limitant l'indemnisation au prix acquitté, en cas de non-respect des délais. La Cour d'appel avait donné effet à cette clause, en l'absence de faute lourde de la société Chronopost. Mais la Cour de cassation allait infirmer cette décision pour violation de l'article 1131 du Code civil, « *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 Banchereau 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.* »

Le recours à l'article 1131 par la Cour se justifie faute de disposition légale parvenant au même résultat, et du fait de l'impossibilité d'appliquer la législation sur les clauses abusives, étant en présence de deux professionnels. L'exigence d'une contrepartie restait alors l'unique moyen.

L'idée sous-jacente est la même que pour la censure des clauses limitant la responsabilité des assureurs. Est réputée non écrite la clause qui « contredit la portée de l'engagement pris ». Cependant, la portée pratique de cette jurisprudence a été réduite par la suite. La Cour d'appel de renvoi, pour combler le vide laissé par la suppression de la clause, a appliqué un contrat type par décret, limitant l'indemnisation, lui-aussi, au prix du transport. La seule limite susceptible de faire écarter cette clause reste la faute lourde. La chambre mixte de la Cour de cassation en 2005¹³⁵ a jugé que le retard dans la livraison n'était pas à lui seul constitutif d'une faute lourde faisant obstacle au plafond de réparation prévu par voie réglementaire. L'affaire ne s'est pas arrêtée là.

En 2007, dans l'arrêt EDF¹³⁶, la Cour donne des précisions sur le manquement à l'obligation essentielle. Monsieur Mazeaud¹³⁷ déduit des propositions de cet arrêt. Dans un premier temps, une clause limitative de responsabilité, quand elle porte sur une obligation essentielle n'est pas nécessairement réputée non écrite ; elle n'est écartée que si elle vide de toute substance l'obligation essentielle.

Le dernier arrêt de la saga, Faurecia¹³⁸, vient confirmer les propos de l'auteur. En l'espèce, La société Faurecia est une société qui déployait sur ses sites un logiciel intégré, un logiciel de gestion. Mais la société ne créait pas le logiciel, qui était conçu par la société Oracle. Dans ce contrat de fourniture de logiciel, la société Faurecia avait besoin d'une nouvelle version pour le passage à l'an 2000. La société Oracle n'a jamais pu livrer ni un nouveau logiciel, ni une solution provisoire concernant le logiciel. Un litige est né entre Faurecia et Oracle sur l'exécution du contrat. Les deux sociétés, par contrat, ont aménagé des modalités particulières d'exécution et d'indemnisation du client. Ce sont ces modalités qui ont

¹³⁴ Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull.Civ. IV, n°261

¹³⁵ Ch.Mixte, 22 avril 2005, n° 03-14112 bull.mixte, n°4.

¹³⁶ Cass. Com 18 décembre 2007, n° 04-16069, Bull. Com., IV, n°265.

¹³⁷ Mazeaud D., « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *Recueil Dalloz* 2010 p. 1832

¹³⁸ Cass. Com 29 Juin 2010, n° 09-11841, Bull.Com., IV, n°115

fait l'objet d'une clause limitative de réparation. Cette clause portait sur une obligation essentielle, celle de fournir un logiciel qui fonctionnait à son client. Toutefois, dans ce litige, l'obligation n'était pas vidée de toute sa substance, étant donné que Faurecia bénéficiait d'une réduction sur le coût du logiciel, et un quasi-monopole sur son exploitation. L'indemnisation était donc limitée, mais pas dérisoire, contrairement à l'arrêt Chronospot 1. La clause ne fût donc pas été écartée par la Cour de cassation.

Récemment, la Cour de cassation a de nouveau sanctionné une clause en la réputant non écrite, sans le support de textes en ce sens. Par deux arrêts de chambre mixte du 17 mai 2013, la Cour énonce que « *Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.* »¹³⁹ Ainsi, les Hauts magistrats recherchent l'indépendance des contrats, sans prendre en compte la volonté des parties qui a pu s'exprimer à travers une clause de divisibilité.

Ces différentes solutions peuvent se comprendre au regard de l'objectif recherché par la Cour de cassation, à savoir, assurer la finalité du contrat prévu initialement. Toutefois, de nombreux auteurs s'insurgent face à cette immixtion du juge qui se joue des différents principes du droit français.

¹³⁹ Ch.Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et n°11-22.927.

Section II. La sanction du réputé non écrit légitime pour conserver la finalité originelle du contrat.

Le mécanisme du réputé non écrit est une sanction différente de celle de la nullité. Le réputé non écrit ne sert pas à sanctionner l'absence de conditions essentielles. Comme le démontre Madame Gaudemet, ce mécanisme sert surtout à protéger la finalité voulue par les parties, en supprimant des clauses qui y feraient obstacle (Paragraphe I).

Il n'en reste pas moins que l'accroissement du domaine de cette sanction, par l'intermédiaire du juge, reste critiqué par des auteurs, comme c'est notamment le cas pour la découverte du réputé non écrit en ce qui concerne la clause de divisibilité. Cette sanction contredirait bien des principes fondamentaux du droit des contrats (Paragraphe II).

Paragraphe I. La sauvegarde de l'objectif du contrat, comme objectif du réputé non écrit.

Lorsque les clauses sont réputées non écrites, il est fréquent que ce soit parce qu'elles affectent la cohérence du contrat, de son contenu contractuel, souscrit par les parties.

Ainsi, le mécanisme du réputé non écrit correspond au contenu obligatoire, la clause est effacée du contrat en raison de son contenu. Les parties ont pu vouloir cette clause, mais celle-ci en raison de son contenu ne saurait lier les parties.

Le réputé non écrit correspond à la « police » de la finalité du contrat, selon l'expression de Madame Gaudemet. Et cette idée se retrouve dans la redécouverte du réputé non écrit par les juges, depuis quelques années.

*« Consciemment ou non, le juge lorsqu'il recourt (...) à la clause réputée non écrite, n'entend pas tant limiter les effets d'une illégalité à une clause du contrat que faire en sorte que ce contrat soit exécuté dans le respect de la finalité sur laquelle les parties se sont accordées en souscrivant ce type de contrat. »*¹⁴⁰

Ce rôle joué par le mécanisme du réputé non écrit se retrouve dans l'exemple de la jurisprudence Chronopost. Dans cet arrêt de 1996, la Cour a considéré qu'« en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite. »

« En réalité, ce n'est pas en raison du manquement à cette obligation essentielle que la clause aménageant la responsabilité aurait dû être réputée non écrite. Si elle est dépourvue de valeur obligatoire, c'est, indépendamment de toute question relative à l'exécution, parce qu'elle contredit la portée de l'engagement pris. La question est celle de la détermination du contenu contractuel obligatoire, lorsqu'une stipulation est incohérente au regard de la fin poursuivie par les parties. Et si cette clause peut alors être déclarée non écrite, c'est parce

¹⁴⁰ Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

qu'en rendant la responsabilité quasiment symbolique, elle est de nature à affecter la réalisation de l'obligation de livrer dans les délais. »¹⁴¹

Cette finalité de sauvegarde ne porterait pas atteinte à l'autonomie de la volonté, car si les parties se sont engagées, c'est avant tout pour parvenir à un objectif prévu initialement. Ainsi, « *S'il se trouve que certaines stipulations entravent la réalisation de l'objectif poursuivi, c'est finalement servir l'autonomie de la volonté que de les écarter en les déclarant non écrites.* »¹⁴²

Pourtant, de nombreux auteurs contestent cette immixtion réalisée à travers la clause réputée non écrite, par le juge. Beaucoup y voient une atteinte à de nombreux principes du droit des contrats.

Paragraphe II. Une finalité portant atteinte à de nombreux principes du droit des contrats.

L'extension du domaine de la sanction du réputé non écrit effectuée par le juge n'est pas aussi bien accueillie par les auteurs que de la part de Madame Gaudemet.

Monsieur Malaurie a pu constater que « *se développe ainsi un important droit prétorien, essayant de parvenir à une éradication complète des clauses abusives, fût ce au détriment d'un certain nombre de principes que l'on estimait jusqu'alors fondamentaux : de la procédure civile, de l'office du juge, de la prescription, de la force obligatoire du contrat.* »¹⁴³

Ces remarques jouent, en particulier, pour la jurisprudence entourant les clauses abusives, mais ont également été entendues dans d'autres contextes, par d'autres auteurs. Notamment, en ce qui concerne la nouvelle précision apportée par la Cour de cassation concernant les clauses de divisibilité contenues dans les contrats interdépendants.

Les clauses de divisibilité stipulées dans un contrat de financement permettent de comprendre que le financier ne compte pas supporter les conséquences de la résiliation du contrat financé, contrat pour lequel il n'est pas partie. Elles permettent de le protéger contre le risque de caducité, en modifiant les répartitions des risques consécutifs à la résiliation du contrat financé, comme cela est prévu par la Cour de cassation, qui lie le destin des contrats interdépendants entre eux. Grâce à ces clauses, le contrat de financement devrait pouvoir continuer de produire des effets jusqu'à l'expiration de son terme extinctif, et ce, en dépit de l'anéantissement du contrat financé.

Dans les deux arrêts du 17 mai 2013, précédemment cités, il s'agissait d'un ensemble contractuel composé de contrats d'entreprise et de contrats de location financière. Dans la première espèce, les juges du fond avaient décidé que les contrats de prestation de services et de location financière n'étaient pas indivisibles, faute d'éléments « *suggérant qu'elles (les parties) auraient eu l'intention commune de rendre ces contrats indivisibles* » et permettant « *d'écarter la stipulation d'indépendance figurant aux contrats de location* ».

¹⁴¹ *ibid*

¹⁴² *ibid*

¹⁴³ Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011, p301 et s.

La Cour de cassation a cassé cette décision au visa de l'article 1134 du code civil et énoncé dans le chapeau de son arrêt que : « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; (...) sont réputées non écrites les clauses du contrat inconciliables avec cette interdépendance* ». Dans la deuxième décision, les juges du fond avaient cette fois décidé que la résiliation du contrat financé emportait celle du contrat de location financière. Le bailleur s'est pourvu en cassation en exposant que l'indivisibilité du contrat ne peut exister « que si les parties contractantes l'ont stipulée », de ce fait, la Cour d'appel avait violé le principe de force obligatoire du contrat, en écartant la clause de divisibilité prévue dans le contrat. La Cour a rejeté le pourvoi en reprenant le même attendu de principe, que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants (et) que sont réputées non écrites les clauses du contrat inconciliables avec cette interdépendance* ».

Les premiers articles de doctrine paraissant au sujet de ces décisions critiquent le non respect du principe d'autonomie de la volonté.

« *Cela étant, la neutralisation de la clause de divisibilité, réputée non écrite, dans ce contexte contractuel spécifique, révèle l'inanité de la volonté contractuelle, en l'occurrence évincée, ignorée, désactivée par la Cour. Et, de même qu'une clause qui contredit l'interdépendance doit être réputée non écrite, de même une clause qui révélerait, expressément ou tacitement, la volonté des parties de nouer entre leurs contrats un lien d'interdépendance n'est peut-être pas nécessaire pour que celle-ci puisse être caractérisée* »¹⁴⁴ « *La volonté des parties est donc, comme on l'a dit, passée sous silence. Mais c'est en réalité plus que cela. Elle est même niée, comme si l'indivisibilité objective la tenait irrémédiablement en échec.* »¹⁴⁵ L'utilisation de l'article 1134 du Code civil suggère pourtant que la solution se fonde sur la volonté des parties. Or, ces dernières, dans les espèces, avaient exclus expressément l'interdépendance.

Cette solution n'est toujours pas neuve, surtout au regard de l'objectif du réputé non écrit, à savoir, réinstaurer la cohérence dans le contrat, pour le sauvegarder. Il a, notamment, déjà été jugé que la clause de divisibilité devait être réputée non écrite lorsque celle-ci « est « *en contradiction avec l'économie générale de l'opération en vue de laquelle les contrats avaient été conclus* »¹⁴⁶. « *Le principe de cohérence du contrat s'attire ainsi une nouvelle fois les faveurs de la Cour régulatrice (...)* La cohérence se développe outrageusement outre mesure »¹⁴⁷

¹⁴⁴ Mazeaud D., « L'important, c'est la clause, l'important.. » *Recueil Dalloz* 2013 p. 1658.

¹⁴⁵ Delpech X., « interdépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité » *Dalloz actualité*, 2013, n°22.

¹⁴⁶ Cass. Com., 24 avril 2007, n° 06-12443.

¹⁴⁷ Houtcieff D., « Les incohérences de l'interdépendance... », *Gazette du Palais*, 04 juillet 2013 n° 185, P. 18

En conclusion, même si l'extension de la sanction du réputé non écrit semble être une mesure efficace pour sauvegarder le contrat et sa finalité, il est possible que cela se fasse au détriment de la volonté exprimée par les parties.

Cette mise à l'écart de la volonté des parties, ou tout du moins de l'une des parties, à tendance à se retrouver aussi au moment de la rupture du contrat. Parfois, le juge considérant la rupture illégitime, sanctionne le comportement de la partie par le maintien forcé du contrat.

Chapitre II. Un contrôle du juge renforcé au moment de l'expiration du contrat.

Étonnamment, les juges semblent vouloir restreindre leur intervention au niveau des contrats, au stade de leur rupture. Et ce, contrairement, au stade de formation, et d'exécution du contrat, où ils surveillent précisément les comportements des cocontractants.

Une grande place est laissée à la liberté contractuelle au moment de rompre le contrat. Le principe reste toujours exposé à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, les parties doivent s'entendre pour mettre fin à leurs obligations contractuelles, comme elles l'avaient fait pour les créer. Pourtant, au fil des années, la jurisprudence a pu créer une exception importante au principe de *mutuus dissensus*, la rupture unilatérale du contrat (Section I). Cette faculté de rompre unilatéralement le contrat permet au contractant de sortir d'un contrat rapidement et recommencer une nouvelle relation contractuelle mieux adaptée. Les intérêts du créancier ont donc été largement entendus par la Haute juridiction.

Pourtant des difficultés demeurent. Notamment sur la portée de cette faculté, et sur les contours de la notion de comportement grave. D'autant plus que les juges se sont toujours réticents à maintenir le contrat en cas de rupture unilatérale injustifiée. Et ce malgré les demandes des auteurs et l'acceptation de cette sanction de plus en plus fréquente, dans d'autres domaines. (Section II).

Section I. Une rupture unilatérale prenant en compte les intérêts du créancier.

Afin de sortir de façon prématurée d'un contrat à durée déterminée, il faut, en principe, se trouver dans deux situations bien précises. Soit une décision du juge avec la résolution judiciaire issue de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, soit un accord des parties, que ce soit au moment de la conclusion du contrat, avec une clause de résiliation conventionnelle, ou au moment de sa rupture, avec le *mutuus dissensus*. Cette vision traditionnelle est transformée par la jurisprudence de la Première Chambre civile, suivie par la Chambre commerciale.

Depuis plusieurs années, la Haute juridiction instaure une autre option pour le débiteur mécontent, la rupture unilatérale. Dès lors que ce dernier estime que le comportement de son cocontractant est suffisamment grave pour justifier une résolution du contrat, il peut prononcer lui-même la résolution, mais à ses risques et périls.

« Une des mutations les plus significatives de notre droit contemporain réside dans l'affirmation et la reconnaissance du pouvoir de la volonté unilatérale en matière contractuelle »¹⁴⁸

Ces décisions reflètent une véritable confiance des juges envers la liberté contractuelle. Les parties sont les mieux placées pour connaître avec précision l'état de leur contrat. Cette évolution semble pourtant aller dans le sens contraire de la vision des Hauts magistrats qui surveillent, de plus en plus, les conventions pour s'assurer de l'équilibre qui y règne entre les parties.

C'est pourquoi, cette création prétorienne intrigue, que ce soit aussi bien sur ses modalités, que sur son impact sur la vision française du droit des contrats. Elle résulte d'une évolution sur le long terme, mais ses contours restent encore flous. Notamment en ce qui concerne la dénomination de ce procédé, les termes résolution, résiliation, rupture sont utilisés sans différenciation, ce qui ne fait que renforcer les doutes autour de ce droit. (Paragraphe I). De plus, les auteurs se méfient de l'atteinte que cela constitue à la force obligatoire du contrat, qui malgré le fait que la rupture se fait aux risques et périls du contractant, n'en ressort pas grandie, surtout au regard des avant-projets, notamment européens, qui préconisent une rupture anticipée (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une résolution unilatérale possible en cas de comportement grave du débiteur.

L'admission de la résolution unilatérale par la jurisprudence française n'est pas révolutionnaire. En effet, de nombreux textes spéciaux tendent à reconnaître ce droit au contractant, et certaines décisions avaient mis en avant cette exception au droit commun. Pourtant, son admission dans des termes généraux par la Cour de cassation a terminé de modifier sensiblement la vision française de la « fin de vie » des contrats. Là, où avant le juge

¹⁴⁸ Mazeaud D., « Le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats* 2003, p. 295, § 36.

était omniprésent pour permettre à la partie la plus faible de ne pas subir des conséquences injustes, la confiance à la liberté contractuelle est renouvelée par ces arrêts (A).

Pourtant, le juge n'a pas totalement disparu de ce processus. La partie subissant l'acte unilatéral peut avoir recours au juge lorsqu'elle considère que les conditions nécessaires à la mise en place d'une telle résolution ne sont pas réunies. Ce contrôle, a posteriori, du juge reste porteur de beaucoup de questions, notamment sur les contours de la notion de manquement grave (B).

A. La rupture unilatérale comme troisième voie de sortie d'une convention.

Un rapide historique de l'admission de la résolution unilatérale peut être établi pour démontrer que cette idée n'est pas nouvelle en droit français. Toutefois, malgré les très nombreux textes spéciaux admettant la résolution unilatérale, la Haute juridiction s'était toujours refusée d'instaurer la rupture unilatérale comme principe, et en était resté à son admission par exception, dans des cas limités et précis (1). Depuis 1998, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence. La résolution unilatérale est devenue un principe, au même titre que le mutus dissensus et la résolution judiciaire (2).

1. Une rupture unilatérale, comme exception au principe de la rupture judiciaire.

La possibilité de rompre unilatéralement un contrat n'est pas une innovation en soi. Pour certains types de contrat, la loi admet des dérogations au principe de la force obligatoire. Ainsi, le contrat de travail, le contrat de dépôt, ou encore de mandat peuvent faire l'objet d'une rupture avant terme, par l'un des contractants. Cette possibilité est justifiée par les liens particuliers qui existent entre les cocontractants, comme le lien de confiance. Quand la confiance est rompue, le contrat ne peut plus perdurer.

La rupture unilatérale est également admise, à titre de principe pour les contrats à durée indéterminée, depuis de nombreuses années. Cette possibilité repose sur le principe de la prohibition des engagements perpétuels, ainsi que le respect de la liberté individuelle. Le fondement de ce droit serait issu de l'article 1780 du Code civil, relatif au contrat de louage de services, « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. »

La réticence à inscrire la même faculté pour les contrats à durée déterminée vient du fait qu'ils sont censés offrir plus de stabilité, de sécurité juridique. La limite de temps est compensée par l'impossibilité de sortir du contrat avant son terme. Toutefois, la jurisprudence a parfois admis une rupture unilatérale pour les contrats à durée déterminée, apportant une souplesse au principe. Ainsi, la rupture unilatérale concernant ces contrats a été accueillie dès le début du XX siècle, dans diverses hypothèses.

Cette faculté de rompre unilatéralement le contrat restait exceptionnelle et devait être justifiée soit par l'état de nécessité, soit par l'urgence, ou encore la mauvaise foi. L'idée étant que la sanction immédiate du comportement du contractant l'inciterait à améliorer ses relations contractuelles.

Avec l'évolution récente de la jurisprudence initiée par la Première chambre civile de la Cour de cassation, cette exception s'est transformée en principe, et ainsi, la faculté de rompre unilatéralement est reconnue pour tous types de contrat.

2. Une rupture unilatérale, comme nouveau principe de fin du contrat.

Malgré l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la jurisprudence a admis, depuis plusieurs années, la rupture unilatérale de la convention, en dehors de toute intervention du juge, et sans qu'aucune disposition légale ou une clause l'autorise, dès lors que l'intérêt d'une des parties le commande. Pour parachever cette reconnaissance du droit de rompre unilatéralement le contrat, la Haute juridiction a posé, de façon très claire, une dérogation à l'article 1184 du Code civil.

Par un arrêt, en date du 13 octobre 1998, les magistrats ont décidé que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls.* »¹⁴⁹. En l'espèce, Un médecin anesthésiste avait conclu un contrat avec une clinique par lequel il s'engageait à ne pratiquer les actes relevant de sa profession qu'à l'intérieur des locaux de celle-ci. N'ayant pas respecté son engagement, malgré mise en demeure, le contrat a été résilié, après plus de deux années de manquements. L'urgence n'était donc pas caractérisée. Par la suite, la Cour de cassation a pu préciser que cette possibilité jouait « *peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée.* »¹⁵⁰

Les relations contractuelles, peu importe le type de contrat, se basent sur une entente, une confiance. Une faute contractuelle peut expliquer, dans ce contexte, qu'une des parties prenne les devants, et décide de mettre un terme à l'exécution du contrat, sans attendre une décision judiciaire. Il en est de même en cas de péril imminent risquerait de causer à une partie un grave préjudice.

Cependant, le débiteur n'est pas laissé sans aucun recours face à la rupture unilatérale. Il a la possibilité de demander au juge de contrôler la régularité de la rupture, a posteriori.

¹⁴⁹ Cass. Civ. 1^{er}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, Bull. Civ. I, n° 300.

¹⁵⁰ Cass. Civ., 1^{er}, 20 février 2001, n° 99-15170, Bull. Civ., I, n° 40.

B. Un contrôle nécessaire, a posteriori, du juge.

Cette confiance de la Haute juridiction vis-à-vis de la liberté contractuelle reste contrebalancée par un recours possible au juge sur demande du cocontractant. Ce dernier va vérifier que le manquement invoqué par la partie à l'origine de la rupture unilatérale possédant réellement une gravité suffisante pour faire obstacle à la force obligatoire du contrat. Pourtant ce recours laisse subsister de nombreuses interrogations. Notamment, en ce qui concerne la notion de manquement grave.

Ce contrôle du juge ne doit pas être simplement formel, de façon à éviter que chaque partie ne devienne seule juge du comportement du cocontractant. Ce principe de rupture unilatérale est soumis à une condition. Il faut un comportement grave d'une des parties au vu de ses obligations contractuelles. La Cour de cassation contrôle la motivation des juges du fond, mais cette condition de comportement grave demeure floue, faute de définition unitaire.

Les auteurs s'accordent sur l'existence de deux interprétations possibles pour caractériser un comportement grave.

En premier lieu, il peut être interprété de manière subjective. Comme l'énonce Madame Amrani-Mekki, « *Cette solution a la faveur de la souplesse. Elle permet, en outre d'embrasser les hypothèses où il s'agit d'un manquement de loyauté.* »¹⁵¹ La référence directe au comportement, permet de penser que l'appréciation doit être subjective et concrète.

Toutefois, les auteurs se méfient de cette interprétation subjective, en ce qu'elle ne permet pas de prévisibilité, et les craintes de l'insécurité juridique reviennent. « *Surtout, étant plus large que la notion de manquement, qui vise plus précisément l'inexécution des obligations contractuelles, elle semble absorber les cas possibles de résolution judiciaire. Il n'y aurait dès lors pas un ajout d'une nouvelle forme de rupture, mais absorption de la rupture judiciaire par la rupture unilatérale.* »¹⁵²

La deuxième interprétation possible est plus abstraite et objective et possède l'avantage de la sécurité juridique. Il faudrait entendre par comportement grave, manquement grave. Ainsi, plus aucun renvoi ne peut être fait sur la personne du contractant. C'est la notion d'obligation essentielle du contrat qui pourrait permettre de délimiter les contours de la faculté de rompre unilatéralement la convention. Cette hypothèse semble plausible, au regard de dispositions internationales. Ces dernières consacrent le principe de rupture unilatérale en faisant expressément référence à une inexécution essentielle.

Pour Madame Armani Mekki, cette interprétation objective doit être préférée. « *Elle privilégie le souci de sécurité juridique, de stabilité du lien contractuel. Ce choix est d'autant plus justifié que cela n'empêche pas de rompre le contrat pour manque de loyauté du cocontractant. Simplement, cette rupture devra prendre le chemin connu de la résolution judiciaire. Pour donner le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat, il faut que le manquement grave soit facile à caractériser. Ainsi, il serait possible de prendre en compte les*

¹⁵¹ Amrani Mekki S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2003.383.

¹⁵² *ibid*

*obligations « essentialisées », à la condition qu'elles résultent des termes clairs et précis du contrat. »*¹⁵³

C'est aussi le cas pour Monsieur Stoffel-Munck, « *Au regard des différents éléments légitimant la résolution unilatérale, il peut sembler cohérent d'apprécier la gravité du comportement en fonction de ses incidences sur la relation contractuelle.*

*En effet, la légitimité de la résolution unilatérale repose, en premier lieu, sur une analyse économique. Il s'agit de permettre à un créancier de procéder sans attendre à une meilleure allocation de ses ressources plutôt que de devoir continuer, en attendant le juge, à les investir dans un contrat voué à l'échec ou à la difficulté. Sous cet angle, la résolution unilatérale ne peut se justifier qu'en raison de l'échec qui menace la relation. Sur ce plan, c'est donc bien en considération de ses seuls effets objectifs que le comportement mérite d'être qualifié de grave. »*¹⁵⁴

Malgré ces explications claires et compréhensibles, tous les auteurs ne partagent pas cette préférence pour l'interprétation objective. « *Ce n'est pas tant l'inexécution de l'obligation, que le comportement grave, c'est-à-dire en opposition à la foi contractuelle, compromettant la survie même du contrat, qui justifie la rupture* »¹⁵⁵ Ainsi, pour Messieurs Mestre et Fages, la gravité prise en compte ne s'attache pas toujours à l'obligation essentielle inexécutée. Elle peut aussi provenir des agissements plus personnels du débiteur, liée par exemple à sa déloyauté manifeste.¹⁵⁶

La question de la définition de comportement grave n'est toujours pas tranchée par la Cour de cassation, qui continue de s'abstenir d'y répondre. Le débiteur ne peut savoir avec précision les cas où il doit accepter la rupture, ou ceux où cette dernière est injustifiée. Et ce, malgré le temps important qui peut s'écouler entre la fin des relations contractuelles, et le contrôle par les juges du fond.

Paragraphe II. La rupture unilatérale, une atteinte à la vision française du droit des contrats.

La jurisprudence semble vouloir préserver la force obligatoire par deux moyens. Elle exige un comportement grave du débiteur, et précise ensuite que le créancier agit à ses risques et périls. Pourtant, ces deux garde-fous ne semblent pas être suffisants pour préserver la force obligatoire, pilier du droit des contrats français.

Le fait que la rupture se fasse aux risques et périls du créancier ne suffit pas à garantir que la résolution sera toujours justifiée au regard du cadre souhaité par la Haute juridiction, notamment pour garantir le respect de la force obligatoire (A).

¹⁵³ *ibid*

¹⁵⁴ Stoffel-Munck Ph., « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale. », *Droit et patrimoine* 2004.126.

¹⁵⁵ Malaurie P., Aynès L. et Stoffel-Munck P., *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2011, n° 891

¹⁵⁶ Mestre J., et Fages B., « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », *RTD Civ.* 2001 p. 363.

De plus, les avant-projets européens notamment, et certains nationaux, préconisent qu'accepter une rupture unilatérale avant tout manquement grave du débiteur. Il suffirait juste que le créancier puisse penser que ce manquement va finir par intervenir. Cette extension vers une rupture unilatérale anticipée fait craindre un affaiblissement de la force obligatoire du contrat (B).

A. Une atteinte à la force obligatoire, non contrebalancée par une sanction « à ses risques et périls. »

En droit français, le juge joue normalement le rôle du défenseur des valeurs traditionnelles du droit des contrats, notamment son principe de force obligatoire. Néanmoins, la jurisprudence amoindrit la portée traditionnelle du respect de la force obligatoire en ne réservant le droit d'intervenir qu'une fois le contrat rompu.

En ne prévoyant plus un recours systématique au juge pour rompre le contrat, le contrôle de la légitimité de la rupture dépendra de la pugnacité du cocontractant. C'est une des critiques de ce nouveau principe. En présence d'une partie faible, qui n'a pas les capacités financières ou intellectuelles, il est fort à parier qu'aucune contestation devant le juge n'interviendra. Peu importe, dans ces conditions, de savoir si le contractant avait une raison valable de résoudre le contrat. Le risque est que la partie mette fin au contrat, sans raison valable, et ne respecterait donc pas son contrat, et l'article 1134 du Code civil, sans que le juge puisse intervenir. *« Le plus préoccupant tient à ce qui se passera en dehors des prétoires. Il ne suffit pas de dire en effet que le débiteur peut se plaindre auprès du juge ; encore faut-il qu'il le fasse. Or, dans les rapports déséquilibrés notamment, il y a fort à parier que le débiteur se résignera souvent à accepter la décision du créancier. »*¹⁵⁷ *« Ce qui est au bout du chemin : une conception essentiellement économique du contrat où la force obligatoire n'est plus fondée sur le principe moral de la fidélité à la parole donnée mais sur la rationalité économique de l'opération convenue. »*¹⁵⁸

La force obligatoire ne semble pas être la première préoccupation des juges à travers l'acceptation de la faculté de rompre unilatéralement le contrat. Ils privilégient un aspect économique du contrat, plutôt que juridique. Pourtant l'ajout de certaines conditions à l'effectivité de la rupture permettrait, tout en conservant l'aspect économique de la démarche, de respecter l'article 1134 du Code civil. Notamment des voix s'élèvent pour demander la mise en place d'un délai de préavis, ou encore d'une obligation de motivation.

Monsieur Mazeaud plaide pour une obligation de motivation, qui permettrait de *« contrebalancer le pouvoir de rupture unilatérale, dont est doté le contractant en situation de force »*.¹⁵⁹ Madame Fabre Magnan, repris dans l'article de Madame Amrani Mekki explique en quoi l'obligation de motivation permettrait une meilleure application de cette faculté. *« L'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu. Elle révèle que le droit est finalisé : il ne peut être utilisé qu'en vue d'un certain objectif et donc en vertu de certaines raisons dont il faut s'expliquer. »*

¹⁵⁷ Rochfeld J., « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », RDC 2006. 113 et s.

¹⁵⁸ Stoffel-Munck Ph., « le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », droit et patrimoine, mai 2004, n°126, p.70 et s.

¹⁵⁹ Mazeaud D., « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *Recueil Dalloz* 2010 p. 2178.

De plus, imposer cette obligation de motiver permettrait de renverser la preuve, et donc de la faire peser sur la partie la plus forte, lors d'un futur procès. *« Ainsi, il n'appartiendra pas au demandeur d'apporter la preuve de l'absence d'une gravité suffisante du manquement pour résilier unilatéralement le contrat. La solution serait logique. Elle est une contrepartie nécessaire à la possibilité de rompre unilatéralement le contrat. Enfin, la motivation facilite le travail du juge. Celui du juge des référés, d'abord, dans son appréciation des conditions du référé ; celui du juge du fond, ensuite, lorsqu'il doit apprécier la gravité du manquement »*¹⁶⁰

Les juges de la Haute juridiction pourraient ajouter à cette obligation un délai de préavis. Il pourrait s'agir d'un délai raisonnable, pour que la spécificité de chaque type de contrats puisse être prise en compte. Comme cela peut être le cas pour les contrats à durée indéterminée, ou encore les contrats de travail. Ce délai permettrait de laisser la possibilité aux cocontractants de modifier leur contrat, et ainsi, de sauvegarder la relation contractuelle.

Toutefois, ces deux règles, bien qu'efficaces en principe à faire respecter la force obligatoire du contrat, sont souvent entendues avec beaucoup de souplesse par la Cour de cassation. Cette dernière a pu à maintes reprises modifier le début du délai de préavis pour faciliter une rupture, dans d'autres domaines, et a pu accepter des motivations peu convaincantes.

Ainsi, l'un des piliers du droit des contrats français qu'est la force obligatoire ne semble plus être la première préoccupation des magistrats. Ces derniers privilégient une bonne circulation des biens et des richesses, à la parole donnée.

Cette vision plus économique des contrats se retrouvent aussi au niveau des projets de réforme du droit des obligations qui, recommandent, même, pour une majorité d'accepter une rupture unilatérale anticipée, avant toute inexécution.

B. Une rupture unilatérale, se rapprochant des modèles issus de la common law.

Les avant-projets de réforme du droit des contrats, qu'ils soient nationaux ou européens, évoquent tous la rupture unilatérale pour inexécution. De nombreux auteurs craignent que ces projets ne finissent pas dénaturer le modèle contractuel français, en y introduisant cette faculté de rompre unilatéralement le contrat, de façon trop générale et sans recours aux juges, comme dans la tradition de la common law.

Monsieur Mazeaud, dans son article sur l'introduction de la résolution unilatérale française¹⁶¹, s'inscrit dans une vision plus nuancée. Les avant-projets nationaux, certes admettent tous la résolution unilatérale, comme en tradition de la common law, mais avec certaines divergences.

Les trois avant-projets dotent cette faculté d'un nouveau statut. Elle est appréhendée comme un principe, mise sur un pied d'égalité avec la résolution judiciaire¹⁶². La victime d'une inexécution aura le choix entre ces deux modèles. Sur ce point, le droit français

¹⁶⁰ Amrani Mekki S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2003.383.

¹⁶¹ Mazeaud D., « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2010, n°3, p. 1076

¹⁶² Article 1158 de l'avant-projet Catala, ou encore l'article 165 du rapport gouvernemental.

continuera de se distinguer par rapport aux codifications européennes, qui passent sous silence purement et simplement la résolution judiciaire, pour ne laisser place qu'à la résolution unilatérale pour inexécution.

De plus, les avant-projets français restent attachés à la protection du débiteur. Un contrôle judiciaire demeure. Les juges, du fond ou des référés, peuvent vérifier la légitimité de la rupture. En outre, en cas de résolution unilatérale illégitime ou abusive, les juges pourront ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, à la place de simples dommages et intérêts. *« Ainsi, outre que le juge n'est pas exclu en dépit du mode de résolution unilatérale choisi par le contractant, victime d'un grave manquement contractuel, cette sanction spécifique permet de sauvegarder le principe moral du respect de la parole donnée, principe emblématique du modèle contractuel français, et de ne pas sombrer dans une vision utilitariste du rapport contractuel, qui se traduirait par l'option offerte au créancier entre, d'une part, l'exécution fidèle de son engagement contractuel et, d'autre part, la rupture de celui-ci moyennant une certaine somme de dommages-intérêts. »*

Toutefois, il reste une problématique pour la majorité des auteurs, la reconnaissance de la résolution unilatérale anticipée.

Les codifications européennes l'admettent largement. L'article 7.3.1 des principes Unidroit énonce que « une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie. » L'article 8. 105, 2, des principes du droit européen des contrats admet aussi cette possibilité « lorsque ces assurances ne sont pas fournies, dans un délai raisonnable, la partie qui les a exigées est fondée à résoudre le contrat si elle peut toujours croire raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle du cocontractant, à condition de notifier sans délai la résolution. »

Certains avant-projets nationaux reprennent cette idée. Comme, l'article 169 du projet gouvernemental qui énonce qu'« une partie peut résoudre un contrat, dès avant l'échéance, lorsqu'il est manifeste que l'autre partie ne pourra pas exécuter son obligation essentielle. » L'article 111 de l'avant-projet Terré reprend cette idée « Si, dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises, le créancier peut demander au débiteur de l'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter dans le temps prévu en précisant que, à défaut, il sera en droit de résoudre le contrat par simple notification. » Cependant, l'avant-projet Catala n'a pas repris ce droit à la rupture unilatérale anticipée. Monsieur Mazeaud en déduit que « Sans doute parce qu'il repose sur une vision résolument économique du rapport contractuel et tranche avec l'idée française classique selon laquelle nul ne peut se faire justice soi-même. »¹⁶³ Cette possibilité de rupture unilatérale anticipée est une atteinte directe à la force obligatoire du contrat, et à la conception française du droit des contrats. Aucune inexécution n'est demandée, juste une possibilité d'inexécution. Le contrôle par les juges d'une telle possibilité s'avérera certainement très compliqué, reposant sur une croyance. Les risques d'insécurité juridique sont très élevés.

Pour contrebalancer ce risque d'insécurité juridique, les auteurs s'accordent sur le fait que pour respecter la vision française du droit des contrats, la Cour de cassation devrait aller plus loin dans la sanction mise en place en cas de rupture illégitime ou injustifiée. *« Puisque l'appréciation de cette gravité appartient en premier lieu au créancier. Le risque encouru est encore celui d'un affaiblissement du respect dû à la force obligatoire du contrat, car on*

¹⁶³ *ibid*

imagine aisément un créancier prenant prétexte d'une inexécution mineure pour se défaire du lien contractuel, ce que les codificateurs avaient d'ailleurs entendu conjurer en posant un principe de résolution judiciaire et certains législateurs étrangers contemporains en fixant avec précision le niveau du manquement qui autorise la rupture unilatérale du contrat. Dans cette optique, le risque d'une condamnation à des dommages et intérêts peut certes constituer un bon moyen de dissuasion, mais on peut imaginer aller plus loin en usant aussi d'un instrument procédural destiné à éviter les éventuels coups de force. »¹⁶⁴

La solution la plus efficace pour faire respecter la force obligatoire du contrat réside dans le maintien forcé de celui-ci. Les Hauts magistrats semblent avoir recours de façon modérée à cette mesure, pourtant efficace pour préserver le respect de la parole donnée.

¹⁶⁴ Jamin Ch., « Vers la résolution unilatérale du contrat », *Recueil Dalloz* 1999 p. 197.

Section II. Le maintien forcé du contrat comme sanction adéquate au non respect des obligations.

L'article 1142 du Code civil prévoit que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Pourtant, sans y être spécialement autorisé par la loi ou le règlement, le juge déroge, de plus en plus à cette règle, en admettant le maintien forcé du contrat, même en cas de volonté d'une des parties de rompre le contrat

Cette affirmation du principe de la sanction en nature permet de répondre à de nouveaux enjeux en droit français. En effet, que la prolongation forcée soit une forme d'exécution ou une forme de réparation (Paragraphe I), elle permet de préserver la vision française du droit des contrats, en remettant au premier plan le respect de la parole donnée (Paragraphe II).

Paragraphe I. Un maintien forcé pouvant être une forme d'exécution ou de réparation d'une inexécution.

Pour exposer dans quelles circonstances il est possible de maintenir le contrat, injustement ou illégitimement rompu, la distinction opérée par Madame Marais¹⁶⁵ paraît convenir par sa pertinence. La prolongation forcée du contrat peut donc être comprise de deux manières.

Dans une première branche, le maintien apparaît comme une mesure d'exécution en nature du contrat, qui résulte de l'annulation de la décision de rupture (A). Dans une deuxième branche, le maintien est une mesure de réparation en nature venant sanctionner l'abus du droit de rompre (B). La validité de la décision de rompre la relation contractuelle n'est pas remise en cause. Le juge ne fait que neutraliser le comportement déloyal.

Selon Madame Marais, dans son article sur le maintien forcé du contrat, « *Une telle analyse dualiste présente l'intérêt de connaître les cas dans lesquels le maintien du contrat a un caractère obligatoire ou non : alors que l'exécution en nature est obligatoire pour le juge, la réparation en nature lui est simplement facultative.* »¹⁶⁶

¹⁶⁵ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197

¹⁶⁶ *ibid*

A. Le maintien forcé du contrat ordonné au titre de l'exécution en nature.

La décision de rupture qui met fin à un contrat s'analyse en un acte juridique. Un tel acte peut être annulé, ce qui aura pour conséquence directe de maintenir le lien contractuel préexistant. La nullité de la décision, dont il convient de circonscrire le domaine (A), est donc un préalable à l'exécution forcée en nature de la convention (B).

1. Le domaine de la nullité.

La nullité de la décision de rompre est prévue expressément dans deux domaines, ceux du bail et du travail. Ces deux domaines sont marqués par une position dominante d'une des parties envers l'autre, et cet effet peut être néfaste.

Le licenciement de certains salariés protégés peut être frappé de nullité, et plus généralement, celui qui intervient pour des motifs discriminatoires, comme prévu à l'article L122-45 du Code du travail. Quant aux contrats de bail, l'article 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 prévoit que le congé donné par le bailleur doit, à peine de nullité, indiquer le motif pour lequel il est donné.

La Cour de cassation n'a pas hésité, en l'absence de texte particulier, à agrandir ce domaine de la nullité permettant une prolongation forcée du contrat. Ainsi, un licenciement non autorisé d'un représentant du personnel a pu être annulé¹⁶⁷ comme celui d'un salarié, prononcé en violation de la liberté d'expression¹⁶⁸. La nullité devrait « *alors pouvoir être appliquée à tout acte de rupture dont la motivation heurterait l'ordre public en portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne.* »¹⁶⁹

En plus de la possibilité de revenir sur une possibilité de rupture, il arrive que ce droit de rompre n'existe pas, tout simplement. En principe, un contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant la survenance du terme convenu¹⁷⁰. Pourtant la jurisprudence a permis au créancier de rompre un tel contrat lorsque la gravité du comportement du débiteur le justifie¹⁷¹. En l'absence de ce comportement grave, la décision de cessation anticipée de la convention devrait être annulée par le juge et ainsi le créancier devrait être forcé à continuer l'exécution du contrat.

Cependant les Hauts magistrats ont pu refuser une telle solution. Ainsi, la Cour a pu casser un arrêt ayant condamné un contractant qui avait mis fin à une convention à durée déterminée, à payer la fraction du prix restant due. La Cour d'appel ne pouvait qu'accorder des dommages et intérêts, « *le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention.* »¹⁷²

Pourtant cette jurisprudence ne peut pas tenir, surtout depuis la généralisation du droit à la rupture unilatérale, même pour les contrats à durée déterminée. Et surtout, puisque les

¹⁶⁷ Cass. soc., 3 juin 1948, Bull. civ. IV, n° 557, p. 622

¹⁶⁸ Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. civ. V, n° 257

¹⁶⁹ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197

¹⁷⁰ Cass. com., 5 mai 1982, n° 81-11020, Bull. civ. IV, n° 154, p. 137

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21485, Bull. Civ. I, n° 300,

¹⁷² Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-15410, Bull. civ. IV, n° 260

juges des référés n'hésitent pas à ordonner le maintien des relations contractuelles si la gravité du comportement n'est pas avérée. Ainsi, dans un arrêt rendu le 3 mai 2012, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il a été annoncé que « *La cour d'appel, qui a souverainement constaté l'existence d'un dommage imminent et qui a fixé un terme certain à la mesure de maintien des relations commerciales qu'elle imposait à l'auteur de la rupture pour remédier à ce dommage, n'a pas porté atteinte au principe de la liberté du commerce et n'a pas excédé le pouvoir que lui confère l'article 873, alinéa 1er, du Code de procédure civile.* »¹⁷³

« *La nullité devrait donc être prononcée dès lors que la partie qui a mis fin aux relations contractuelles ne disposait pas du droit de rompre le contrat, soit parce qu'un tel droit n'existait pas ab initio, soit parce que son titulaire en a été déchu en raison de l'illicéité des motifs ayant inspiré la cessation des relations contractuelles.* »¹⁷⁴

Le maintien du contrat, une fois la nullité obtenue, apparaît comme une mesure d'exécution forcée en nature.

2. L'exécution forcée en nature du contrat, conséquence de la nullité.

Un acte annulé est censé n'avoir jamais existé. Le juge, qui ordonne la poursuite du contrat, prescrit une mesure d'exécution forcée du contrat.

Pendant des années, le juge s'est réfugié derrière l'article 1142 du Code civil, selon lequel « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » pour refuser la poursuite forcée d'un contrat.

Aujourd'hui, le juge semble préférer privilégier le respect de la force obligatoire du contrat sur l'impossibilité d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation de faire. Et ainsi, l'application de l'article 1142 du Code civil est réservée aux cas dans lesquels l'obligation a un caractère personnel qui impliquerait que pour être exécuté, il y ait besoin de recourir à une contrainte physique.¹⁷⁵

Cette évolution concernant l'application de l'article 1142 se retrouve parfaitement dans la jurisprudence concernant les pactes de préférence. Les juges ont pu décider qu'en cas d'inobservation de ce pacte, une substitution au tiers acquéreur par le bénéficiaire était possible. Le maintien forcé du contrat, en cas de nullité de l'acte de rupture, s'analyse en une exécution de celui-ci, qui est obligatoire pour tous, les parties, comme le juge.

Ainsi, même le juge des référés se doit d'ordonner l'exécution du contrat lorsqu'il annule l'acte de rupture. « *Dès lors que la nullité n'est pas contestable, le juge des référés ne fait que constater l'évidence en annulant l'acte de rupture. La continuation du contrat apparaît alors comme une mesure de remise en état qui, aux termes des articles 809, alinéa 1 et 873, alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile, se justifie pour faire « cesser un trouble manifestement illicite » C'est d'ailleurs sur ce fondement que le juge des référés est intervenu pour ordonner la réintégration d'un salarié qui en avait fait la demande, à la suite de l'annulation de son licenciement*¹⁷⁶ ou encore pour décider de la poursuite de relations

¹⁷³ Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-28.366, inédit.

¹⁷⁴ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197

¹⁷⁵ Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz.

¹⁷⁶ Cass. soc., 26 septembre 1990, n°88-41375, Bull. civ. V, n° 387

*contractuelles extra-judiciairement résolues*¹⁷⁷. » L'avantage du recours au juge des référés est la rapidité. Ainsi, la mesure d'exécution en nature est plus facilement mise en œuvre. Les parties n'ont pas eu le temps, entre la rupture et la décision, de conclure d'autres contrats, par exemple.

La prolongation forcée du contrat ne résulte pas uniquement de l'annulation de l'acte de rupture. Cette mesure peut aussi être prise sur le terrain de la responsabilité, et sans remettre en cause la validité de la rupture. Cette mesure apparaît alors comme une modalité de la réparation du préjudice de la victime résultant de la rupture.

B. Le maintien forcé du contrat prononcé au titre de la réparation en nature du préjudice.

Le maintien forcé du contrat peut aussi s'apparenter à une réparation en nature du préjudice causé par la rupture du lien contractuel, notamment lorsque le contractant a commis un abus de droit (1). Cette sanction de la responsabilité demeure distincte de la nullité (2).

1. La réparation en nature, sanction de l'abus de droit de rompre.

C'est sur le terrain de l'abus de droit que la jurisprudence, et parfois la loi, viennent sanctionner l'usage déloyal d'un droit de rompre le contrat, pour éviter que celui-ci ne devienne un instrument de tyrannie. L'abus peut apparaître dans les circonstances entourant la rupture, et éventuellement, dans les motifs de la rupture elle-même.

Concernant les circonstances de la rupture, ils peuvent la rendre abusive lorsque « *la brutalité de la cessation des rapports contractuels traduit un comportement répréhensible de l'auteur de la rupture.* »¹⁷⁸ Notamment, ce comportement abusif peut venir d'un manquement au délai de préavis. L'article L. 442-6-I, 5^e du Code de commerce prévoit que « tout producteur, commerçant, industriel ou artisan » qui rompt « brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels » engage sa responsabilité. Cette obligation de prévenir permet à la partie subissant la rupture d'anticiper la fin du lien contractuel et conclure une nouvelle convention. Elle apparaît comme un principe régissant les contrats à durée indéterminée qui permet au juge, en l'absence de textes, de considérer comme abusives, sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 1134¹⁷⁹, les ruptures intervenues sans que le cocontractant en ait été averti suffisamment à l'avance¹⁸⁰.

Cette règle ne s'applique pas aux contrats à durée déterminée, même si certains auteurs le réclament. Toutefois, la rupture d'un tel contrat peut être abusive, en raison d'autres circonstances. « *En effet, les circonstances susceptibles de rendre la rupture abusive peuvent*

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n°99-12478, inédit.

¹⁷⁸ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197

¹⁷⁹ Cass. Civ.1^{re}, 5 février 1985, n°83-15895, Bull. Civ. I, n° 54

¹⁸⁰ Cass. Com., 19 novembre 1985, n°84-15778, Bull. Civ. IV, n° 275

également résulter du comportement incohérent de l'auteur de la rupture qui aurait créé chez son partenaire une croyance erronée au maintien du contrat.¹⁸¹ »

S'agissant maintenant des motifs de la rupture, ceux-ci ne sont pris en compte que d'une manière exceptionnelle pour caractériser l'abus de rompre un contrat. L'article L. 420-2 du Code de commerce qui réprime l'exploitation abusive par une entreprise d'une position dominante, indique que l'abus peut notamment consister « dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ». Pour autant, le juge ne dispose pas d'un pouvoir général de contrôler l'opportunité de la rupture, car le principe demeure que l'initiateur d'une résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou d'un non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée¹⁸² n'a pas à motiver sa décision.

Ainsi, en présence d'un abus dans l'exercice du droit de rompre, le maintien forcé du contrat pourrait être décidé au titre de la réparation en nature du préjudice.

Bien souvent, ce sera le juge des référés qui prononcera le maintien du contrat aux fins de prévenir le dommage imminent causé par la rupture¹⁸³.

Certains auteurs estiment que la réparation en nature liée à la rupture abusive devrait être généralisée et préférée aux dommages et intérêts. Madame Marais reprend « *M.-E. Pancrazi-Tian qui propose de sanctionner le non-renouvellement abusif d'un contrat à durée déterminée par « une reconduction de la convention pour une même période et aux conditions antérieures », la résiliation abusive d'un contrat à durée indéterminée « par la prolongation du contrat pour un temps indéterminé. Quant à la brusquerie de la rupture, elle serait sanctionnée par une prolongation du contrat pour un temps correspondant au préavis que l'auteur de la rupture aurait dû respecter.» »*

Les craintes entourant la prolongation forcée du contrat sont centrées sur le risque de perpétuation du contrat. Pourtant un tel risque peut être conjuré en distinguant la réparation en nature de la nullité.

2. La réparation en nature du préjudice, sanction distincte de la nullité.

Le maintien forcé du contrat demeure une mesure facultative de réparation du préjudice, en raison d'abus dans la rupture, qui doit être distinguée de la nullité. La nullité agit directement sur une situation illicite, en la faisant disparaître rétroactivement, tandis que la réparation, elle, tend à supprimer les conséquences de la situation illicite.

Ainsi, même une réparation en nature ne rétablit pas une situation antérieure. Elle ne fait que compenser le dommage. « *Aussi lorsque le juge prononce le maintien forcé du contrat en raison de l'abus de droit de rompre, il neutralise le comportement déloyal en suspendant les effets de la décision abusive qui, un jour, aura de nouveau vocation à*

¹⁸¹ Cass. Com., 28 janvier 1995, n°93-13966, inédit.

¹⁸² Cass. Com., 17 avril 1980, n°78-14618, Bull. Civ. IV, n° 152

¹⁸³ Cass. com., 21 mars 1984, n°82-12347, Bull. civ. IV, n° 115

*s'appliquer. Cette sanction ne paralyse donc pas le droit de rompre lui-même, à la différence de la nullité de l'acte unilatéral de rupture. »*¹⁸⁴

La question s'est toutefois posée de sanctionner l'abus du droit de rompre, d'une manière générale, par la nullité de la décision de rupture en considérant que l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire. Comme le rappelle Madame Marais « *Fût-elle séduisante, cette solution, en conduisant à la déchéance du droit de rompre, n'en est pas moins potentiellement dangereuse pour la liberté contractuelle. Car même si la vision solidariste du contrat justifie l'immixtion croissante du juge dans le contrat pour y faire régner « loyauté, solidarité et fraternité », elle ne doit pas conduire à soumettre les contractants à l'arbitraire du juge en lui permettant de contrer sans ménagement la volonté des parties. »*

Le maintien résultant de la réparation du préjudice se doit d'être limité dans le temps. La Cour de cassation, le 7 novembre 2000¹⁸⁵, en approuvant les juges des référés d'avoir adopté « *comme mesure conservatoire la poursuite des effets du contrat, fût-il dénoncé* », a censuré la Cour d'appel qui n'avait pas fixé « un terme certain » à la mesure qu'elle ordonnait. La fixation de la durée du maintien ne pose pas de difficulté lorsque l'abus consiste à avoir résilié le contrat sans respecter un préavis suffisant. Dans ce cas, il suffit de reporter à l'échéance du terme imposé par la loi, l'usage ou la convention, les effets du préavis¹⁸⁶. Une telle fixation sera certainement plus compliquée dans les autres hypothèses d'abus et variera en fonction des circonstances. Le juge devrait alors évaluer le délai raisonnable pendant lequel la prolongation du contrat permettra de réparer le préjudice subi par le contractant, en lui laissant le temps, par exemple, de trouver un autre partenaire. « *Pour conjurer le risque d'insécurité lié à l'intervention croissante du juge dans le contrat, il est nécessaire d'imposer une limite temporelle à la prolongation forcée du contrat, lorsque cette prolongation apparaît comme une mesure facultative de réparation en nature du préjudice lié à la rupture abusive d'un contrat. Il s'agit alors seulement de suspendre les effets de la décision de rupture sans remettre en cause la validité de celle-ci.* »¹⁸⁷

Ces différentes hypothèses de maintien forcé du contrat sont, généralement, bien acceptées par les auteurs, qui souhaitent même la généralisation de cette sanction en nature. Cette mesure a l'avantage de préserver la vision traditionnelle française du droit des contrats, mais est difficilement mise en œuvre en pratique.

¹⁸⁴ *ibid*

¹⁸⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, n°99-18576, Bull. Civ., I, n°286.

¹⁸⁶ Cass. Com., 9 février 1976, n°74-12283, Bull. civ. IV, n° 44.

¹⁸⁷ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197

Paragraphe II. Un maintien forcé du contrat souhaité, et souhaitable en pratique, mais difficilement mis en place.

L'inefficacité de la rupture devrait être proclamée en principe, en ce qu'elle permet de restaurer la force obligatoire, lorsqu'elle a été injustement ou illégitimement bafouée (A).

Cependant, de facto, lorsque le créancier a rompu la relation contractuelle, il peut sembler difficile de rétablir la convention ex post (B).

A. Le maintien forcé du contrat, mesure consolidant la vision française du droit des contrats.

Selon la majorité des auteurs, admettre la sanction en nature, le maintien forcé du contrat, reste la seule solution pour préserver efficacement le principe de force obligatoire, et ainsi, conserver notre vision du droit des contrats (1). Cette affirmation se retrouve dans les avant-projets nationaux, contrairement aux européens, preuve en est de nos différences de perception de ce droit particulier (2).

1. Une sanction en nature permettant de maintenir la conception traditionnelle du droit des contrats.

La majorité des auteurs avait craint qu'admettre le droit de rupture unilatéral ne vienne démoréaliser notre conception du contrat. Comme l'énonce Monsieur Stoffel-Munck « *Traditionnellement, notre conception de la force obligatoire du contrat a un fondement moral exprimé par la maxime pacta sunt servanda : il faut rester fidèle à la foi jurée, car l'infidélité est un péché. Dans cette veine, l'exécution forcée des promesses non tenues se présente comme le remède naturel de la défaillance : on ramène le pécheur à l'accomplissement exact de ses devoirs, on le ramène sur le droit chemin.* »¹⁸⁸ Et qu'à l'inverse, n'accorder que des dommages et intérêts en cas de rupture injustifiée du contrat, permettrait de laisser « prospérer la faute lucrative ». Effectivement, celui qui rompt le contrat, sans réel motif, dans une grande partie des cas, a trouvé une relation contractuelle plus lucrative avec un autre cocontractant. « *Si le bénéfice qu'il espère retirer de sa liberté nouvelle est supérieur aux dommages et intérêts prévisibles qu'il sera tenu de verser, pourquoi s'en priverait-il ?* »¹⁸⁹

Cette vision se rapprocherait de la conception du droit anglais des contrats. Ce droit met en avant l'économie, plus que la morale. Il refuse ainsi l'exécution nature et permet le calcul entre le paiement de dommages et intérêts, et les gains trouvés dans la nouvelle relation contractuelle. C'est ce sur quoi repose la théorie de l'efficient breach of contract. « *Celle-ci admet, précisément, qu'une partie puisse légitimement rompre un contrat pour mieux*

¹⁸⁸ Stoffel-Munck Ph., Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale. », *Droit et patrimoine* 2004.126.

¹⁸⁹ *ibid*

employer ses ressources ailleurs, quitte à indemniser le partenaire délaissé. »¹⁹⁰ Cette prééminence de l'intérêt économique, sur l'intérêt moral, risque de parvenir jusqu'en France, si la sanction de la rupture injustifiée ou illégitime, reste des simples dommages et intérêts.

C'est à ce titre, que des auteurs souhaitent la reconnaissance d'un pouvoir donné au juge, de maintenir le contrat, en affirmant le caractère obligatoire de celui-ci. « *Pour la plupart des auteurs, aujourd'hui, il convient en cas de résolution unilatérale illégitime ou abusive, d'accorder au juge le pouvoir de décider que le contrat demeure obligatoire et exécutoire* »¹⁹¹, « *Chaque fois que cela est possible et que la victime le souhaite, le juge devrait pouvoir maintenir le contrat pour assurer le respect de la force obligatoire des contrats* »¹⁹²; « *Alors même qu'il n'y aurait pas été habilité spécialement par la loi, le juge maintient, de plus en plus souvent, le contrat, malgré la volonté de l'une des parties de le rompre* »¹⁹³.

En admettant une sanction en nature, le calcul n'est plus permis, et ainsi, le respect de la parole donnée, retrouvera une place dominante. C'est cette conception que les avant-projets nationaux entendent conserver, en posant comme principe la sanction en nature.

2. Une sanction reprise par les avant-projets nationaux.

Tous les projets de réforme du droit des contrats nationaux retiennent le maintien forcé du contrat, sanction propre à préserver la conception de notre modèle contractuel.

L'article 1158-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription énonce, ainsi, que « *Il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur* ».

L'article 110, alinéa 3, de l'avant-projet Terré, quant à lui, énonce que : « *Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, soit ordonner l'exécution du contrat* ».

Et, enfin, selon l'article 170 du projet de réforme du droit des contrats élaboré par le ministère de la Justice : « *En toute hypothèse, la résolution peut être poursuivie ou contestée en justice. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur* ».

Les avant-projets nationaux, contrairement aux européens tiennent comme acquis que, pour préserver la place de l'adage « *pacta sunt servanda* », le maintien forcé de la convention en cas de rupture injustifiée ou illégitime, reste la seule solution. Les avant-projets européens, quant à eux, ne font pas allusion à cette possibilité de sanction. Ce qui démontre encore une fois les différences de conception entre notre droit et celui de la common law.

¹⁹⁰ *ibid*

¹⁹¹ Mazeaud D., « Sanction de la résolution unilatérale infondée », *RDC* 2009, p. 485

¹⁹² Amrani Mekki S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois* 2003.383.

¹⁹³ Marais A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2002, n° 197, p. 7

Même si l'intention est plus que louable de vouloir généraliser le recours au maintien forcé du contrat, il ne peut qu'être observé qu'en pratique, une telle sanction est difficilement possible à mettre en place.

B. Le rétablissement du contrat, sanction difficile à mettre en œuvre.

Sur un plan purement pratique, cette sanction en nature peut être délicate à mettre en œuvre. Le contrat éteint, dans les faits, sera difficilement rétabli, et repris en cours.

Plusieurs décisions partent dans le sens d'un refus du maintien forcé du contrat, notamment en cas de rupture unilatérale, sans vraiment expliquer pourquoi. Toutefois, il est possible d'énumérer divers obstacles à la mise en place d'un maintien forcé du contrat.

L'une des premières explications réside dans le temps entre la rupture et la décision. Il est difficile de ressusciter un contrat, bien des mois plus tard. Surtout si le créancier a conclu un nouveau contrat avec un autre cocontractant, pendant ce temps. Il faut que les deux parties puissent fournir leur prestation, par la suite, comme prévu par le contrat initial.

Dans d'autre cas, c'est la situation du cocontractant qui demande l'exécution forcée de la créance contractuelle qui empêche que cette sanction soit possible. Il est normal que lorsque cette partie est dans l'impossibilité pour des raisons de droit ou de fait de continuer lui-même le contrat, que la convention soit tenue pour définitivement éteinte, en raison de l'absence de réciprocité. Même si ce dernier a effectivement subi une rupture non justifiée ou illégitime.

Pourtant, il n'en reste pas moins que la partie qui n'a pas respecté ses engagements, en rompant le contrat sans en avoir le droit, doit voir sa responsabilité engagée, et bien souvent, en pratique, les dommages et intérêts serviront de seule réparation.

Sécurité et liberté sont les deux mots essentiels entourant la jurisprudence concernant la fin du contrat. Que ce soit en supprimant des clauses qui entravent l'exécution du contrat dans la finalité souhaitée par les parties d'un commun accord, en acceptant le principe de la rupture unilatérale ou encore en maintenant judiciairement un contrat rompu par les parties, le magistrat tente de trouver un point d'équilibre entre les intérêts économiques en présence et le respect des principes fondamentaux du droit des contrats français. Cette entreprise est périlleuse et se doit d'évoluer rapidement en suivant les mutations du marché économique. L'explication des nombreuses critiques doctrinales se trouve sans doute ici. Dans cette recherche d'équilibre, tout ne peut être noir ou blanc, et chacun est susceptible de trouver ses intérêts lésés.

Bibliographie.

Manuel :

Bénabent A., *Les obligations*, 12^e édition, Montchrestien, coll. Précis Domat.

Flour J., Aubert J.-L., et Savaux E., *Les obligations, I. L'acte juridique*, 11^e éd., Armand Collin, coll. U, 2004.

Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011

Malinvaud Ph., Fenouillet D. *Droit des obligations*, LexisNexis. 12^e édition.

Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil : Les obligations*, 10 éd., Précis Dalloz.

Thèse :

Etudes offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001.

Grynbaum L., Nicod M., *Le solidarisme contractuel*, Etudes juridiques, Economica, 2004.

Mastromauro ép Cadeau-Bellard R.-M, *Le contrat et le temps*, thèse UPMF, Octobre 2003

Mazeaud D., *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 223, 1992.

Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 337, 2000

Travaux de l'association Capitant, *La bonne foi*, Litec, Tome XLIII, 1992.

Gaudement S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Recherches juridiques, Economica, 2006.

Colloques :

« Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », Droit et patrimoine 2006. 144, Dossier.

« Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? » Droit et patrimoine, n°58, Mars 1998.

« La naissance de l'obligation de sécurité », Gazette du Palais 1997 Doctrine, Numéro Spécial, p 1176 et suivants.

Revue :

Amrani Mekki S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2003.383.

- « Droit des contrats. », *Recueil Dalloz* 2005 p. 2836.

Amrani Mekki S., Fauvarque-Cosson B., « Droit des contrats », *Recueil Dalloz* 2005 p. 2836.

- « Droit des contrats, octobre 2006 - septembre 2007 », *Recueil Dalloz* 2007 p. 2966.

Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999 p. 771.

Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD Civ.* 2013 p. 27.

Antoine J., « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations. », *RFDA* 2004 p. 80.

Atias C., « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *Recueil Dalloz* 1998 p. 203.

Aubert de Vincelles C., « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix. », *Recueil Dalloz* 2006 p. 2629.

Aubert J.-L., Delebecque Ph., et Mazeaud D., « Obligations et protection des consommateurs », *Deffrénois* 1998, art 36860.

Aynès L., « Bonne foi », *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, P. 1107.

Barret O., V° Promesse de vente, *Répertoire de droit civil, Dalloz.*

Bénabent A., « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée. », *Petites affiches*, 06 mai 1998 n° 54, P. 14.

Bigot de la Touanne S., « Admission de la substitution en cas de violation d'un pacte de préférence » *Dalloz actualité*, 05 juin 2006.

Billau M., Fabre-Magnan M., Ghestin J., Jamin Ch., Labarthe F., et Virassamy G., « Droit des obligations », *JCP éd. G.* 1997, I 4002, n°8.

Binet J.-R., « De la fausse cause. », *RTD Civ.* 2004 p. 655.

de Bissy A., « L'indemnité d'immobilisation », *Revue de droit immobilier* 2000 p. 287.

Boccard B., *JCP éd. G.*, 1970, art 16376.

Buy F., « L'interdépendance contractuelle à l'honneur », *JCP éd. G.*, n° 24, 10 Juin 2013, 673

do **Carmo Silva J.-M.**, « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *Revue Lamy Droit civil*, 2007.35.

Chabas F., « La réforme de la clause pénale », *Dalloz Sirey* 1997 p 229.

Chauviré P., « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? » *Revue Lamy droit civil*, 2010.75.

Chazal J.-P., « THÉORIE DE LA CAUSE ET JUSTICE CONTRACTUELLE : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », *JCP éd. G.* 1998, I, 152, n°29.

- « Validité entre professionnels d'une clause d'irresponsabilité figurant sur une facture », *JCP éd. G.* 2000, II, 10326, n°22.

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTD Civ.* 2001 p. 265.

- « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n° 1, P. 325.

Cohen D., « Inefficacité d'une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle », *JCP éd. G.* 1997, II 22881, n°28.

Collart-Dutilleul F., « Mandat apparent et délai d'acceptation d'une offre de vente faite sans terme. », *Revue des contrats*, 01 octobre 2005 n° 4, P. 1071.

- « Rétractation de la promesse unilatérale de vente : un pas en avant non décisif », *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n° 4, P. 1239.

Delebecque Ph., « CONTRATS ET OBLIGATIONS. -- Force obligatoire. Clause claire et précise. Application (oui). Limites. Abus. Caractérisation. Nécessité », *JCP éd. G.* 1990, II, 21534, n° 29.

- « Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention », *Recueil Dalloz* 1996 p. 116.

- « Contrats et conventions. Clause pénale. Caractère manifestement excessif. Réduction. Critère. Importance du préjudice. », *Defrénois*, 15 juin 1997 n° 11, P. 740, art 36591.

- « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », *Droit et patrimoine* 2004.126.

-« Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *JCP éd. E.* 2006, 237, n° 38.

Delpech X., « interdépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité » *Dalloz actualité*, 2013, n°22.

Deshayes O., « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, P. 726.

Dion N., « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz* 1999 p. 195.

Dreveau C., « Sort de l'obligation devenue impossible à exécuter », *AJDI* 2009 p. 611.

Durry G.,« Le fondement de l'obligation de renseignement du fabricant de produits dangereux.», *RTD Civ.* 1983.544

Etienney de Sainte Marie A., « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz* 2011 p. 2672.

Fabre-Magnan M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996 p. 85.

Fages B., « Rétractation de l'offre pendant le délai fixé par l'offrant (Civ. 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, à paraître au Bulletin, D. 2008.1480, obs. G. Forest) », *RTD Civ.* 2008 p. 474.

- « L'augmentation du prix de l'offre », *RTD Civ.* 2008 p. 102.

- « Rétractation de la promesse pendant le délai d'option », *RTD Civ.* 2008 p. 475.

- « La rupture unilatérale fondée sur la gravité d'un comportement peut-elle être entravée par l'existence d'une clause de sortie ? », *RTD Civ.* 2009 p. 318.

- « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *RTD Civ.* 2009 p. 528.
 - « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ? », *RTD Civ.* 2010 p. 782.
 - « L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse », *RTD Civ.* 2011 p. 346.
 - « Peines excessives. », *RTD Civ.* 2011 p. 122.
 - « Coeur défense contre Canal de Craponne ? », *RTD Civ.* 2011 p. 351.
 - « L'importance de l'indemnité d'immobilisation est-elle de nature à rendre synallagmatique la promesse unilatérale de vente ? », *RTD Civ.* 2012 p. 723.
 - « L'interprétation du pacte de préférence », *RTD Civ.* 2012 p. 525.
- Faure-Abbad M.**, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz* 2007 p. 165.
- Fauvarque-Cosson B.**, « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, n°1, p. 67.
- Fauvarque-Cosson B.**, et **Mazeaud D.**, « l'avant –projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel. », *LPA*, 2006, n° 146, p. 3.
- Fenouillet D.**, « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière ! », *Revue des contrats*, 01 juillet 2005 n° 3, P. 718.
- « Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un entre-deux perfectible. » *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n° 1, P. 67.
- Forest G.**, « Invalidité de la rétractation d'une offre avec délai », *Dalloz actualité* 26 mai 2008.
- « Vente immobilière : rétractation de l'offre », *Recueil Dalloz* 2008 p. 1480.
 - « Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *Dalloz actualité* 18 novembre 2011.
- Forray V.**, « L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats. Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats », *RTD Civ.* 2012 p. 231.
- Gallmeister I.**, « Le jeu de la clause de dédit à l'épreuve de la bonne foi », *Petites affiches*, 04 octobre 2001 n° 198, P. 15.
- Garraud E.**, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant » *Revue Lamy Droit civil*, 2004.2.
- Gautier P.-Y.**, « Rebondissement dans le feuillet du pacte de préférence : un deuxième arrêt, connexe à celui de la Chambre mixte », *Recueil Dalloz* 2006 p. 2510.
- « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers : suite », *RTD Civ.* 2012 p. 127.
- Genicon T.**, « Obligation de maintenir l'offre assortie d'un délai déterminé », *Revue des contrats*, 01 octobre 2008.

- « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *Recueil Dalloz* 2010 p. 2485.
- « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », *Revue des contrats*, 01 juillet 2012 n° 3, P. 787.
- Ghestin J.**, « La notion de contrat », *Recueil Dalloz* 1990 p. 147
 - *Recueil dalloz*, 1990, p 289 et s, n°21. ?????
 - *Recueil Dalloz* 1991, p 449 et s, N° 32. ?????
 - « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation. », *Recueil Dalloz* 2004 p. 2239
 - « Droit des obligations », *JCP éd. G* 2005 I 172, n° 39.
 - « Droit des obligations », *JCP éd. G* 2008, I 179, n° 31.
- Gridel J.-P., et Laithier Y.-M.**, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP éd. G.* 2008, I 143, n° 21.
- Grimaldi C.**, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats. », *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n° 2, P. 207.
- Guegen J.-M.**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle. », *Recueil Dalloz* 1999 p. 352.
- Guerrero N.**, « Interdépendance contractuelle : la commune intention des parties est écartée », *Gazette du Palais*, 13 juin 2013 n° 164, P. 11
- Halpérin J.-L.**, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997. 2. Doct. 1201.
- Houtcieff D.**, « Les incohérences de l'interdépendance... », *Gazette du Palais*, 04 juillet 2013 n° 185, P. 18
- Huet J.**, « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire. » *Recueil Dalloz* 1993, p 331, et s.
- Jamin Ch.**, « Vers la résolution unilatérale du contrat », *Recueil Dalloz* 1999 p. 197.
 - « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *Recueil Dalloz* 2001 p. 1568.
 - « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil. », *Dalloz* 2002, n°11.
- Jourdain P.**, « Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence : la Cour de cassation condamne la substitution de contractants », *RTD Civ.* 1997 p. 673.
 - « Le fondement de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997. 2. Doct. 1201.
 - « Obligation de s'informer pour informer : extension au domaine extra-contractuel et obligation de résultat quant à l'exactitude des informations fournies. », *RTD Civ.* 1997 p. 144.
- de Juglart M.**, « l'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ* 1945, p. 1 et s.
- Kibalo ADOM J.**, « L'efficacité des clauses limitatives de responsabilité confrontée à la théorie de la cause », *JCP éd. E.* 1997, 924, n°12.
- Kenfack H.**, le renforcement de la vigueur du pacte de préférence, *Deffrénois* 2007, n°13, p 1003.
- Lafaix J.-F.**, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* 2011 p. 1089.

Lagarde X., « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? . - Étude pratique », *JCP éd. G.* 2006, I 110, n°6

Laithier Y.-M., « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales)* », *Revue des contrats*, 01 octobre 2009 n° 4, P. 1650.

- « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *Revue des contrats*, 01 juillet 2010 n° 3, P. 1091.

Lambert-Faivre Y., « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *Recueil Dalloz* 1994 p. 81

Le Bars B., « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *Recueil Dalloz* 2002 p. 381

Leblan- Delanoy, V., « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », *Petites affiches*, 24 janvier 2005 n° 16, P. 6.

Lefranc-Hamoniaux C., « Pas de clause résolutoire dans un contrat à durée déterminée », *Recueil Dalloz* 2006 p. 489.

Le Gac- Prech, « Rompre son contrat », *RTD Civ.* 2005 p. 223.

Lasbordes V., « Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraire. », *Recueil Dalloz* 2001 p. 1893.

Leveneur L., « Clause d'irresponsabilité stipulée entre commerçants : le droit de la consommation ne joue pas », *Contrats Conc. Cons.* n° 3, Mars 2000, comm. 40.

- « L'intangibilité est le principe, la révision judiciaire l'exception », *Contrats Conc. Cons.* n° 12, Décembre 2001, comm. 168.

- « Articulation de l'obligation de sécurité et de la garantie des vices cachés », *Contrats Conc. Cons.* n°1, Janvier 2002, comm. 4.

- « Chronopost, 3e épisode », *Contrats Conc. Cons.* n° 8, Août 2005, comm. 150.

- « Le destinataire avait accepté dans un délai raisonnable : le contrat s'est formé », *Contrats Conc. Cons.* n° 10, Octobre 2005, comm. 166.

- « La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi », *JCP éd. G* 2006, II, 10142 n° 36.

- « Installations classées : limite à l'obligation d'information pesant sur le vendeur d'un terrain. », *Contrats Conc. Cons.* n° 8, Août 2008, comm. 196.

- « L'offrant s'était rétracté la veille de l'expiration du délai dont il avait assorti son offre... », *Contrats Conc. Cons.* n° 8, Août 2008, comm. 194.

- « Vendeurs professionnels : attention au devoir de conseil ! », *Contrats Conc. Cons.* n° 11, Novembre 2012, comm. 251.

Lichaber R., *Deffrénois*, 2007.1048.

Mainguy D., « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004 p. 1.

- « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004 p. 1.

- « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *Recueil Dalloz* 2006 p. 1861.

- « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *Dalloz* 2009, chron, p. 308.
- « À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter » », *JCP éd. G*, 2012, n° 27, doct. 808.
- « Location financière, interdépendance des contrats et clauses d'indépendance », *JCP éd. E.*, n° 27, 4 Juillet 2013, 1403
- Malaurie Ph.**, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP éd. G.*, n° 44, 29 Octobre 2008, I 204
- Malinvaud Ph.**, « la protection des consommateurs », *Recueil Dalloz* 1981, I, p 49 et s.
- Mathieu-Izorche, M.-L.**, « L'irrévocabilité de l'offre de contrat : réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008 », *Recueil Dalloz* 2009 p. 440
- Recueil Dalloz, Janv-Avril, « l'irrévocabilité de l'offre de contrat : réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008 » p 440, M-L Matthieu ?????
- Marais A.**, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *Petites affiches*, 02 octobre 2002 n° 197, P. 7.
- de la Marniere, E.-S.**, « Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *Recueil Dalloz* 1990 p. 390.
- Mathey N.**, « Rupture abusive et maintien judiciaire des contrats », *Contrats Conc. Cons.* n° 7, Juillet 2012, comm. 173
- Mazeaud D.**, « La révision de l'indemnité d'immobilisation », *JCP éd Notariale*, 1992.
- « La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges). », *JCP 1992, Ed Notarial*, n° 15, p 114 et s.
- « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », *Recueil Dalloz* 1992 p. 365.
- « Mandat. », *Deffrénois*, 15 mars 1994 n° 5, P. 356
- *Deffrénois* 1997, art 36516, n°20, p. 333
- «La clause pénale manifestement dérisoire existe, la Cour de cassation l'a rencontrée... », *Deffrénois*, 15 juin 1997 n° 11, P. 737.
- « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *Recueil Dalloz* 1997 p. 475
- « Le régime de l'obligation de sécurité » *Gaz. Pal.* 1997. 2. Doct. 1201
- « contrats et conventions. Clause pénale. Caractère dérisoire. Révision (oui) », *Deffrénois* 1997, art 36591
- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », in : 94° Congrès des notaires de France, le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, *Les Petites affiches*, 06 mai 1998 n° 54, P. 8
- « Force majeure et clause abusive », *Recueil Dalloz* 1998 p. 539.
- « Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale abusive », *Recueil Dalloz* 2001 p. 1137.
- « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *Recueil Dalloz* 2004 p. 1754
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *Recueil Dalloz* 2005 p. 1828

- « La révision du contrat », *Les petites affiches*, 30 juin 2005, p. 4.
- « délai raisonnable d'acceptation », *RDC 2006* n°2, p 311
- « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *Recueil Dalloz 2007* p. 765.
- « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *Recueil Dalloz 2007* p. 2959
- « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *Recueil Dalloz 2008* p. 1776.
- « Clause pénale », *Revue des contrats*, 01 janvier 2009 n° 1, P. 60
- « Sanction de la résolution unilatérale infondée », *Revue des contrats*, 01 avril 2009 n° 2, P. 484.
- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale du droit des contrats » , *Dalloz 2009*, chron p 1364
- « clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *Recueil Dalloz 2010*, p 1832.
- « L'arrêt Canal « moins » ? », *Recueil Dalloz 2010* p. 2481
- « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *Recueil Dalloz 2010* p. 1832
- « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *Recueil Dalloz 2010* p. 2178.
- « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2010, n°3, p. 1076.
- « Promesse unilatérale de vente : La Cour de cassation a ses raisons... », *Recueil Dalloz 2* Juin 2011, n°21.
- « Protection des professionnels contre les clauses abusives. », *Revue des contrats*, 01 janvier 2012 n° 1, P. 276.
- « L'important, c'est la clause, l'important.. » *Recueil Dalloz 2013* p. 1658.

Mekki M., « Hardship et révision des contrats . - 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP éd. G.* 2010, 1257, n° 50.

- « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP éd. G.* 2010, 1219, n° 49.

Mestre J., « Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable », *RTD Civ.* 1993 p. 345.

- « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *RTD Civ.* 1993 p. 124.

- « Le contrôle par la Cour de cassation de la qualification de clause abusive. », *RTD Civ.* 1994 p. 97

- « D'un certain contrôle judiciaire des prix contractuels. », *RTD Civ.* 1994 p. 346.

- « Toujours l'exigence de bonne foi », *RTD Civ.* 1995 p. 623.

- « Les critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du code civil », *RTD Civ.* 1997 p. 654.

- « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », *RTD Civ.* 1997 p. 418.

- « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels. », *RTD Civ.* 1997 p. 418.
- « Décision ordinale et relations contractuelles », *RTD Civ.* 1999 p. 394.
- « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTD Civ.* 1999 p. 98.
- « Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil », *RTD Civ.* 1999 p. 83.
- « Rupture abusive et maintien du contrat », *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n° 1, P. 99.
- « 2007 : la force obligatoire des engagements contractuels à l'honneur », *Revue Lamy Droit civil*, 2008.46.
- « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Revue Lamy Droit civil* 2009.
- Mestre J., et Fages B.**, « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », *RTD Civ.* 2001 p. 363.
- « Actualité des clauses abusives », *RTD Civ.* 2003 p. 90.
- « Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques » », *RTD Civ.* 2004 p. 290.
- « Le juge à qui il est demandé de réduire une clause pénale « manifestement » excessive a-t-il la possibilité de nommer un expert ? », *RTD Civ.* 2004 p. 506
- « Maintien judiciaire d'un contrat irrégulièrement résilié par l'une des parties », *RTD Civ.* 2004 p. 731.
- « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives. », *RTD Civ.* 2005 p. 393.
- « L'acceptation de l'offre dans un délai qui n'était pas déraisonnable », *RTD Civ.* 2005 p. 772.
- « Sanction de la violation d'un pacte de préférence : un arrêt de chambre mixte admet la substitution forcée ! », *RTD Civ.* 2006 p. 550.
- Molfessis N.**, « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice. », *RTD Civ.* 1998 p. 213.
- «Force obligatoire et exécution : Un droit à l'exécution en nature ? », *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n° 1, P. 37.
- « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *Recueil Dalloz* 2012 p. 231.
- Mouly J.**, « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié », *Recueil Dalloz* 2007 p. 695.
- Mouralis J.-L.**, V° Imprévision, *Répertoire de droit civil*, Dalloz.
- Moury J.**, « Les promesses unilatérales réciproques de vente et d'achat n'ont pas un caractère définitif et dépendent de la levée d'option », *Recueil Dalloz* 1993 p. 257.
- Najjar I.**, « La « rétractation » d'une promesse unilatérale de vente », *Recueil Dalloz* 1997 p. 119.
- Olivier J.-M.**, « cas dans lequel l'indemnité d'immobilisation peut être judiciairement réduite. », *Deffrénois* 1986.126, art 33653.

Paclot Y., et Moreau E., « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente. - « Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations » », *JCP éd. G.* 2011, 736, n°25.

Paisant G., *JCP* 1986, éd. G., II, 20555.

- *JCP* 1987, éd. G., II, 20857.

- « 1° CONTRAT D'ENTREPRISE. -- Responsabilité. Laboratoire photo », *JCP é. G.*, 1991, II 21763, n° 48.

- « L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique », *Recueil Dalloz* 1993 p. 234.

- « La promesse unilatérale de vente, l'indétermination du délai d'option et la libération du promettant », *Recueil Dalloz* 1993 p. 233.

- « Protection des consommateurs. », *JCP éd. G.* 1994, II 22237, n° 13.

- « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995. », *Recueil Dalloz* 1995 p. 223.

- « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », *JCP éd. G.*, 2001, II 10631, n° 47.

- « Quel est le consommateur protégé contre les clauses abusives des contrats ? », *JCP éd. G.* 2002, II 10123, n° 31.

- « Absence de caractère abusif d'une clause exclusive de garantie d'un contrat d'assurance-chômage », *JCP éd. G.* 2002, II 10163, n° 43.

- « Le consommateur protégé par la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives est une personne physique », *JCP éd. G.*, 2002, II 10047, n° 12

- « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles neufs. », *JCP éd. G.* 2007, II 10056, n° 14.

- « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives. - Décret du 18 mars 2009. », *JCP éd. G.*, 2009, I, 116 n° 28.

Pasqualini F., « La révision des clauses pénales », *Defrénois*, 30 juin 1995 n° 12, P. 769.

Pastré-Boyer A.-L., « Pouvoir modérateur du juge en cas de clause d'indemnisation forfaitaire », *Recueil Dalloz* 2005 p. 3021.

Pellé S., « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *Recueil Dalloz* 2011 p. 1230.

Penneau A., « L'article 1134 du code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire », *Recueil Dalloz* 2006 p. 1796.

Pérès C., « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *Recueil Dalloz* 2009 p. 381.

Perdrix L., « Promesse unilatérale de contracter : un revirement à petits pas feutrés », *JCP éd. G.* 2011, 1316, n°48.

Piazzon T., « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD Civ.* 2009 p. 433.

Pierre Ph., « Le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses », *JCP éd. G.* 1996, I, 3981, n°49.

Pillet G., « La clause pénale étend son empire, et le juge avec elle », *Droit des contrats*, 01 mars 2011 n° 3, P. 3.

Poissonnier Gh., « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation. », *Contrats Conc. Cons.* n°5, Mai 2009, étude 5.

Rakotov Ahiny M.-A., « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *Petites affiches*, 03 août 2011 n° 153, P. 6.

Rémy P., « de la notion de la clause pénale et ses limites. », *RTD Civ* 1983. 594.

- « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept » *RTD Civ.* 1997 p. 323

Roche-Dahan J., « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique. », *Recueil Dalloz* 1994 p. 255.

Rochfeld J., « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », *RDC* 2006. 113 et s.

Rouhette G., « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations. », *Revue des contrats* 2007, n °4, p. 1371.

Rouquet Y., « Violation d'un pacte de préférence et substitution d'acquéreur », *Dalloz actualité* 05 mars 2007.

- « Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *Dalloz actualité* 05 mars 2007.

Sanz S., « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 Juillet 1975, et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale. » *RTD Civ* 1977,p. 17 et s.

Sauphanor-Brouillaud N., « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises » . - À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP éd. G.* 2009, act. 168, n°14.

Savaux « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *Revue des contrats*, 01 juillet 2010 n° 3, P. 1057.

Seube J.-B., « Clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire », *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n° 4, P. 1257.

- « Haro sur les clauses de divisibilité ! », *JCP éd. G.*, n°24, 10 Juin 2013, 674

Schmidt-Szalewski J., « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD Civ.* 2000 p. 25.

Stoffel-Munck Ph., « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant. », *Recueil Dalloz* 2002 p. 1974.

-« Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale. », *Droit et patrimoine* 2004.126.

- « Novembre 2005 - juin 2006 : la jurisprudence au service d'une défense raisonnée des prévisions des parties », *Droit et patrimoine* 2006. 152.

Strickler Y. « La protection de la partie faible en droit civil », *Petites affiches*, 25 octobre 2004 n° 213, P. 6.

Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997 p. 357.

Viney G., « Responsabilité civile. », *JCP éd. G.* 1997, I 4025, n°22.

Virassamy G., « CONTRATS COMMERCIAUX. -- Distribution de produits pétroliers. Fournisseur. Contrat le liant à un distributeur agréé. Exécution de bonne foi (non). Distributeur privé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Absence de tout cas de force majeure. Réparation due. », *JCP éd. G.*, 1993, II 22164, n°46.

Vogel L., « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution. », *Recueil Dalloz* 1995 p. 155.

Utilisation internet :

Aynès L. - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005

Egea V., « L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil »

UNJF, leçon de droit des contrats

« La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence. » Denis Mazeaud

Rapport CATALA

Rapport de la CHANCELLERIE

Rapport UNIDROIT

Liste des arrêts, jugements et décisions.

Cass. Sections réunies, 2 février 1808.
Req., 14 mars 1860
Cass. Civ, 4 Juin 1860
Cass. Civ. 15 avril 1872
Cass. Civ., 6 mars 1876.
C.E. 30 mars 1911
Cass. Civ., 21 novembre 1911.
CA Nancy, 26 Juin 1925
Cass. Civ., 6 déc. 1932.
Cass. Civ. 26 octobre 1948
Orléans, 5 janvier 1949.
Cass. Civ 2^{ème}, 23 février 1959
Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mai 1961, Bull.civ, n°254
Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1969, Bull. civ, n°260.
Cass. Civ. 3^{ème}, 5 juin 1970, n°69-10929 Bull.civ. III, n°368.
Cass. Com., 9 février 1976, n°74-12283, Bull. civ. IV, n° 44.
Cass. Ch. Mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11611, Bull.mixte, n°1, p.1
Cass. Com., 17 avril 1980, n°78-14618, Bull. civ. IV, n° 152
Cass. Com, 28 avril 1980, n° 78-16463, Bull. civ. 1980, IV, n° 167
Cass. Com, 21 Juillet 1980, n° 79-10597, Bull.civ, V,n°309
Cass. Com., 5 mai 1982, n° 81-11020, Bull. civ. IV, n° 154, p. 137
Cass. Civ. 3^{ème}, 26 oct. 1982, 81-11.733, Bull.civ., III, n°208
Cass. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1982, n°81-16122, Bull. civ. I, n° 361.
Cass. Com., 21 mars 1984, n°82-12347, Bull. civ. IV, n° 115
Cass. Soc., 3 juin 1984, Bull. civ. IV, n° 557, p. 622
Cass. Civ.1^{re}, 5 février 1985, n°83-15895, Bull. civ. I, n° 54
Cass. Com., 19 novembre 1985, n°84-15778, Bull. civ. IV, n° 275
Cass. Com, 8 juillet 1986, n° 84-15655, Bull. civ., IV, n°147
Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 1987, n°85-15010 Bull.civ. III, n°41
Cass. Civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, n°86-17869, Bull.civ. III, n°54
Cass. Civ., 1^{ère}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118.

Paris, 2^{ième} ch, B, 31 mai 1990

Cass. Soc., 26 septembre 1990, n°88-41375, Bull. civ.,V, n° 387

Cass. Civ. 1^{ière}, 19 décembre 1990, n°88-12863, Bull.civ. I, n°303.

Cass. Civ. 1^{ière}, 22 mai 1991, n° 89-18604, Bull.civ. I, n°161.

Cass. Civ 1^{ière}, 11 Juin 1991,n°89-1274889-12748, Bull.civ I, n° 201

Cass. Com., 16 juillet 1991, n° 89-19.080, inédit

Cass. Soc., 25 février 1992, n° 89-41425, inédit

Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. civ., IV, n°340

Cass. Civ. 3^{ième}, 2 mars 1993, n° 91-16299, inédit.

Cass. Civ. 1^{ière}, 28 avril 1993, n°90-17727, Bull.civ. I, n°148.

Cass. Civ 3^{ième}, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, Bull.civ, III, n°174

Cass. Com., 28 janvier 1995, n°93-13966, inédit.

Cass. Civ 1^{ière}, 5 décembre 1995, n° 93-19874, Bull.civ., I, n°452

Cass. Soc, 5 juin 1996, n° 92-42298, Bull. civ., V, n° 226.

Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n°261

Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 94-15410, Bull. civ. IV, n° 260

Cass. Civ. 1^{ière}, 17 décembre 1996, n° 94-21838, Bull. civ., I, n°463

Cass. Civ 3^{ième}, 30 avril 1997, 95-17.598, Bull.civ., III, n° 96

Cass. Civ. 1^{ière}, 16 décembre 1997, n°94-17061, Bull. civ., I, n°360.

Cass. Soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. civ., n° 257

Cass. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21485, Bull. civ. I, n° 300

Cass. Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, n°99-18576, Bull. civ., I, n°286.

Cass. Civ., 1^{er}, 20 février 2001, n° 99-15170, Bull. civ., I, n°40.

Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n°99-12478, inédit.

Cass. Civ, 3^{ième}, 15 janv. 2003, Bull. civ. III, n°9

Cass. Civ 1^{ière}, 26 mars 2004, inédit.

Cass. Ch.Mixte, 22 avril 2005, n° 03-14112 Bull.mixte, n°4.

Cass. Civ. 3^{ième}, 14 février 2007, 05- 21.814,Bull.civ., III, n°25

Cass. Com., 24 avril 2007, n° 06-12443.

Cass. Com 18 décembre 2007, n° 04-16069, Bull. civ., IV, n°265.

Cass. Civ. 3^{ième}, 27 mars 2008, n°07-11721, inédit

Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, inédit.

Cass. Com 29 Juin 2010, n° 09-11841, Bull.civ., IV, n°115

Cass. Civ., 3^{ième}, 8 septembre 2010, n°09-13345, Bull.civ., III, n°153

Cass.Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, Bull.civ., I, n°252

Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-40426, inédit

Cass. Civ 3^{ième}, 11 mai 2011, n° 10-12.875, Bull.civ, III, n°77

Cass. Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366, inédit.

Cass. Com 6 nov. 2012, n° 11-24730, inédit.

Cass. Ch.Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et n°11-22.927.