



**HAL**  
open science

## Le juge et la sécurité du contrat

Charlotte Carré

► **To cite this version:**

| Charlotte Carré. Le juge et la sécurité du contrat. Droit. 2017. dumas-01632425

**HAL Id: dumas-01632425**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01632425v1>**

Submitted on 1 Feb 2018

**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  
DE REIMS  
CHAMPAGNE-ARDENNE**

**MÉMOIRE :**

**Le juge et la sécurité du contrat**

Sous la direction de Maître Emmanuel BROCARD

**Charlotte CARRÉ**

Master II Droit des affaires – Droit des PME/PMI

Université de Reims Champagne-Ardenne

UFR de Droit et Science Politique



*Année universitaire 2016-2017*



**MÉMOIRE :**

Sous la direction de Maître Emmanuel BROCARD

# **LE JUGE ET LA SÉCURITE DU CONTRAT**



## **REMERCIEMENTS**

J'adresse mes remerciements à Maître BROCARD Emmanuel, avocat à la cour d'appel de Reims, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne et directeur du Master II Droit des affaires – Droit des PME/PMI.

En tant que Directeur de mémoire, il m'a guidée dans mon travail et m'a aidée à trouver des solutions pour surmonter les difficultés rencontrées.

Je tiens également à remercier l'ensemble du corps professoral qui a su m'accompagner et me faire grandir intellectuellement durant toute cette année universitaire.

## **PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :**

Al.	Alinéa
Art.	Article
Bull. civ	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation
C.	Code
C. civ.	Code civil
CA.	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup>	Première chambre civile de la cour de Cassation
Cass. Civ 2 <sup>ème</sup>	Deuxième chambre civile de la cour de Cassation
Cass. Civ 2 <sup>ème</sup>	Troisième chambre civile de la cour de Cassation
CCC	Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation
Comm.	Commentaire
C. proc. c.	Code de procédure civile
Ed.	Edition
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP	Jurissclasseur périodique (semaine juridique)
Lat.	Latin
LGDJ	Librairie générale de droit et jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mixt.	Chambre mixte de la Cour de Cassation
N°	Numéro
Obs.	Observations
P.	Page
Précit.	Précité

Préf.	Préface
Rapp.	Rapport
Req.	Chambre des requêtes
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Suivant
Sect.	Section
Supra.	Ci-dessus
T.	Tome
Th.	Thèse
V.	voir
Vol.	Volume



# **SOMMAIRE :**

## **INTRODUCTION**

### **CHAPITRE 1 :**

**Le rappel des principes dictant les relations contractuelles**

### **CHAPITRE 2 :**

**Le paradoxe entre l'interventionnisme du juge et le renforcement du rôle des parties dans le contrat**

### **CHAPITRE 3 :**

**La question du véritable rôle du juge en matière contractuelle dans notre droit positif**

## **PARTIE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT, UNE SÉCURITÉ CONSACRÉE**

### **CHAPITRE 1 :**

**La remise en cause du contrat au profit de la relation contractuelle**

### **CHAPITRE 1 :**

**La sanction d'un abus dans le contrat au service d'une sécurité contractuelle préservée**

## **PARTIE II : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT, UN COUPLE ILLÉGITIME ENTERINÉ**

### **CHAPITRE 1 :**

**Une remise en cause de la force obligatoire au profit de la personne physique surendettée**

### **CHAPITRE 2 :**

**La protection de l'entreprise en difficulté prévalant face aux intérêts particuliers des cocontractants**

## **INTRODUCTION :**

. « *Liberté, égalité, responsabilité* », tels pourraient se résumer les droits et obligations attachés aux parties d'un contrat selon Denis MAZEAUD<sup>1</sup>. En effet, parce qu'elles contractent en toute liberté et sur un pied d'égalité, les parties demeurent les meilleures juges de leurs propres intérêts sans que, par principe, le juge n'ait à intervenir pour assurer une sécurité contractuelle ( CHAPITRE 1).

Cependant, a bien des égards, le juge a vu son rôle s'accroître pour assurer l'équilibre des relations contractuelles et l'intervention du juge s'avère ne plus être isolée dans un droit positif soucieux de la protection des cocontractants. En ce sens, il se démarque un certain paradoxe entre cet interventionnisme du juge et le renforcement des obligations des parties ( CHAPITRE 2).

Ces précisions apportées, il conviendra ensuite de s'interroger sur le rôle actuel du juge dans notre droit positif ( CHAPITRE 3 ).

### **CHAPITRE 1 : Le rappel des principes dictant les relations contractuelles**

Les relations contractuelles sont dictées par la liberté contractuelle des parties ( SECTION 1) excluant ainsi, par principe, l'intervention du juge ( SECTION 2).

#### **SECTION 1 : Des parties menées par la liberté contractuelle**

L'article 1102 du Code civil pose le principe de la liberté contractuelle et précise que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

Aux termes de cet articles, un large champ de possibilités se dégage pour les parties souhaitant s'engager dans une relation contractuelle. Cependant, cet engagement peut être

---

<sup>1</sup> D. MAZEAUD, *Le juge et le contrat (variations optimistes sur un couple « illégitime »)*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz 2005

lourd de conséquence et mérite toute attention, puisque, « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »<sup>2</sup> et « *ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* »<sup>3</sup>.

Il en découle que, par principe, seules les parties au contrat qui ont décidé des termes de leur engagement, peuvent ensuite intervenir sur celui-ci pour le modifier ou le révoquer *mutuus dissensus*<sup>4</sup>. Cela signifie que le juge semble, de prime abord, exclu de cette relation exclusive liant les cocontractants.

## **SECTION 2 : Un juge par principe exclu des relations contractuelles**

Comme sus évoqué, par principe, le contrat ne peut par principe être modifié ou révoqué que du consentement mutuel des parties. Ainsi, le juge ne s’immisce pas dans les relations contractuelles comme le rappelle l’adage latin « *de non vigilantibus non curat praetor* »<sup>5</sup> qui évoque l’idée selon laquelle, par principe, le juge ne se préoccupe pas des insouciantes. En effet, son rôle est de « *respecter et de faire respecter le contrat tel qu’il a été conclu* », « *le principe est que le juge ne peut s’immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l’équité et de la justice économique* ».<sup>6</sup>

Ainsi, cette position doctrinale a très tôt trouvé application au nom du principe de l’intangibilité des contrats, la jurisprudence affirmant alors que « *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* »<sup>7</sup>. De plus, il était précisé qu’« *il n’est pas permis au juge, lorsque les termes d’une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu’elles renferment* »<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> art. 1103 C.civ.

<sup>3</sup> art. 1193 C.civ.

<sup>4</sup> lat. « d’un commun accord »

<sup>5</sup> « Des insouciantes le préteur n’a cure »

<sup>6</sup> AUBERT, *le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p. 116

<sup>7</sup> Civ., 6 mars 1876 : D. 1876. 1 p 193, note GIBOULOT

<sup>8</sup> Civ., 15 avril 1872, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Dalloz, 2000, T. II, n° 160

Toutefois, ce rejet affirmé de l'intervention du juge, spécifiquement en matière d'imprévision<sup>9</sup>, a depuis connu de nombreux assouplissements, renforcés plus encore par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (mentionnée comme l'**Ordonnance** dans les développements qui vont suivre).

Ainsi, dans une position actuelle diamétralement opposée, il semblerait cependant que l'intervention du juge ait désormais su trouver sa place au sein des relations contractuelles liant les parties. De fait, par l'action du législateur fait que désormais, le dernier verset de l'article 1193 du Code civil<sup>10</sup> trouve pleinement à s'appliquer et se trouve renforcé.

En outre, malgré une position de non-ingérence du juge soutenue par une doctrine majoritaire<sup>11</sup> prônant la conception libérale du contrat, d'autres auteurs<sup>12</sup> ont une position plus nuancée, tel que P. ANCEL qui estime que « *l'intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, s'il n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, qui procède du législateur, peut et doit être modifiée* »<sup>13</sup>.

Ces précisions apportées, force est de constater une réelle évolution du rôle et des prérogatives octroyées au juge. Ces prérogatives s'avèrent d'une part être reconnues et ancrées en droit français pour certaines et, d'autre part, ont été nouvellement consacrées par l'Ordonnance ou encore, non prévues expressément par les textes pour d'autres.

Entérinée ou nouvellement consacrée, l'intervention du juge apparaît comme assumée dans notre droit positif. Malgré tout, un certain paradoxe semble se dégager entre l'interventionnisme du juge et le renforcement des obligations des parties.

---

<sup>9</sup> v. Partie imprévision p. 34

<sup>10</sup> « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »

<sup>11</sup> AUBERT

<sup>12</sup> D. MAZEAUD, Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple « illégitime »), Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005

<sup>13</sup>P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p.771 et s.

## **CHAPITRE 2 : Le paradoxe entre l'interventionnisme du juge et le renforcement du rôle des parties dans le contrat**

Depuis l'Ordonnance, un certain paradoxe semble se dégager. En effet, si d'une part les parties ont leur rôle renforcé dans le contrat (SECTION 1), il semble d'autre part se dessiner une « justice contractuelle » de plus en plus marquée (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Le renforcement du rôle des parties dans le contrat**

Les parties ont vu leur rôle accroître dans leur relation contractuelle en se voyant renforcer dans leur devoir de bonne foi ainsi que dans leur obligation d'information (paragraphe 1) mais aussi, par la reconnaissance de nouvelles prérogatives extrajudiciaires (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Un devoir de bonne foi et une obligation d'information renforcés pour les parties**

L'Ordonnance est venue réformer en profondeur notre droit, jusqu'alors demeuré inchangé pour l'essentiel depuis l'avenement du Code Napoléon en 1805. L'une des volontés du législateur y concerne les parties qui ont vu leurs obligations renforcées afin de sécuriser les engagements pris. A ce titre, un devoir de bonne foi ( Paragraphe 1) et une obligation d'information ( Paragraphe 2) ont été réaffirmés pour les cocontractants.

#### A/ L'obligation de bonne foi et de loyauté

La notion de bonne foi n'a pas été clairement définie par le Code civil. Dans une acception générale cette obligation désigne l'« attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi »<sup>14</sup>.

Plus précisément, selon la doctrine allemande du XIXème siècle<sup>15</sup>, deux composantes sont à distinguer de cette notion. D'une part, il s'agit de « la croyance erronée en l'existence

---

<sup>14</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, v. bonne foi, PUF

<sup>15</sup> V. F. RANIERI, bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, RID comp. 1998. 1055, spéc. p. 1062 s. - Comp. E. ZOLLER, Dictionnaire de la culture juridique, v. bonne foi, 2003, PUF, qui distingue trois sens, en mettant à part la fonction interprétative de la bonne foi.

*d'une situation juridique régulière* » et d'autre part, du « *comportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert, notamment l'exécution d'une obligation* ».

Il apparaît donc de ces deux aspects distincts, voir opposés, qu'il s'agit soit de l'ignorance illégitime (ou de la *guter Glaube* allemande) tirée de l'état psychologique de la personne<sup>16</sup>, ou, a contrario, du comportement déloyal du cocontractant ( ou la *Treu und Glauben* allemande) dans une appréciation plus objective.

Ces précisions terminologiques apportées, il convient désormais d'appréhender l'origine et la position de notre droit vis-à-vis de cette notion.

Ab initio, la conception de ce principe a consisté en l'abandon de la distinction entre l'interprétation purement littérale des contrats de droit strict de droit romain<sup>17</sup> et celle, plus souple, tenant compte du comportement en tant que tel des parties.

Quant à la jurisprudence, celle-ci accorde une grande importance à ce concept de bonne foi et de loyauté, et autorise, à ce titre, une interprétation au-delà de l'écrit même du contrat. En ce sens, les juges du fond ont été amenés à plusieurs reprises à sanctionner sur ce fondement des comportements qui faisaient échec à la réalisation d'une opération contractuelle déterminée<sup>18</sup>.

Il faut aussi noter que l'ancien article 1134 du Code civil cantonnait la bonne foi au seul domaine de l'exécution des contrats. Il était ainsi prévu dans son alinéa 3 que les conventions légalement formées « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Mais, dans le prolongement du renforcement de ce principe, le nouvel article 1104 du Code civil issu de l'Ordonnance en

---

Pour aller plus loin : P. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, bonne foi, Rép. Civ. Dalloz, 2017. (1-26)

<sup>16</sup> G. CORNU, Regards sur le titre III du livre III du code civil, 1977, Les cours du droit, no 289 : « Un état psychologique, une croyance ou, par revers, la connaissance d'un fait »

<sup>17</sup> F. GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse Paris, Dalloz 1910, p.10 :

en droit romain la bona fides « *inaugure un système de conventions basé, non plus sur l'observance rigoureuse de formes déterminées, mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot sur des éléments spirituels et moraux* »

<sup>18</sup> ex : civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, bull. civ. I, n°57 ; Defrénois 1995. 749, obs. Delebecque : manque à son obligation de bonne foi le banquier qui, ayant bénéficié du droit d'exiger la déchéance du terme, n'a pas poursuivi immédiatement l'exécution de l'obligation de remboursement et n'a intenté une procédure de saisie que six mois plus tard pour le seul montant des intérêts et pénalités de retard, en ayant obtenu auparavant paiement du capital par l'emprunteur.

V. aussi en matière d'assurance : civ. 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1996, bull. civ. I, n°415. ; civ. 2<sup>e</sup>, 8 nov 2007, JCP 2008. II. 10034, note Grynbaum.

élargit aujourd'hui le périmètre d'action en disposant que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

Ce principe apparaît désormais à tous les stades du contrat : lors de sa négociation, de sa formation et de son exécution et s'impose à tous puisqu'il est « *d'ordre public* ».

Se pose alors la question de savoir si la bonne foi pourrait aboutir à un solidarisme contractuel<sup>19</sup>. Selon une doctrine que l'on pourrait qualifier de solidarisme contractuel, le juge aurait pour rôle de faire respecter une certaine éthique contractuelle et dans cette perspective, la loyauté, la solidarité et la fraternité seraient alors la nature du contrat<sup>20</sup>.

Dans cette vision, l'intervention du juge se justifierait au nom d'une certaine morale qu'il conviendrait d'imposer au partie. Cependant, l'intervention est à relativiser car, « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »<sup>21</sup>.

Même si une position moralisatrice peut découler de l'action du juge au nom de la bonne foi, son implication dans le contrat formé par les parties demeure malgré tout limitée et ne peut, par principe, s'imiscer dans l'engagement véritablement pris par les parties engagées.

De plus, il est possible d'estimer que la volonté du législateur, en renforçant cette exigence de bonne foi et de loyauté, s'explique par la volonté de responsabiliser les parties dans leurs engagements qui peuvent être lourds de conséquence.

Ainsi, dans cette optique, ce renforcement de l'avertissement des parties limiterait, a posteriori, l'intervention du juge car l'engagement pris serait alors considéré comme éclairé et juste puisque découlant de la volonté des parties de bonne foi, et ce non plus seulement lors de l'exécution du contrat, mais aussi réputées de bonne foi aussi lors de sa négociation et sa

---

<sup>19</sup> F. ROUVIÈRE, La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix en Provence, France Dalloz, 41-56, 2011, L'efficacité du contrat

<sup>20</sup> D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n°22 et s., p.307 et s.

D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 603 et s.

J. MESTRE ; A. LAUDE, l'interprétation « active » du contrat par le juge », le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p.9 et s.

<sup>21</sup> Com. 10 juillet 2007, R., p. 436 ; bull. civ. IV, n°188 ; D. 2007. 2839, note Stoffel-Munck et note Gautier. Dans le même sens : civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, D. 2014. 630, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; AJDI 2013. 755, obs Planckeel.

formation. Une certaine protection juridique du rapport de confiance contractuelle est désormais consacrée, tempérant la toute puissance de la liberté contractuelle des parties dès les négociations du futur contrat. Ainsi, le législateur a su ainsi affirmer dans le nouvel article 1104 du Code civil la position prétorienne de la jurisprudence qui se voulait sécurisante pour les parties.

Dans la continuité de cette volonté d'avertir les cocontractant par prédominance de la bonne foi et de la loyauté, s'ajoute également un devoir d'information.

### B/ Le devoir d'information

Le devoir d'information, avant l'Ordonnance de 2016, n'était pas consacré textuellement mais imposé de façon prétorienne par la jurisprudence qui avait posé une obligation précontractuelle d'information sur le fondement du devoir de bonne foi<sup>22</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 soit, la date de l'entrée en vigueur de cette Réforme, il apparaît désormais une obligation générale précontractuelle d'information à la charge de la partie « *qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* ». En effet, celle-ci devra « *l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* »<sup>23</sup>.

La volonté du législateur en matière du droit des contrats est celle de renforcer les mesures préventives. Dans cette optique, le principe de bonne foi et le devoir d'information favorisent l'information et l'avertissement des cocontractants. Plus encore, ils évitent surtout le recours aux mesures curatives appliquées par le juge favorisant son intervention au sein de l'équilibre contractuel.

In fine, cela constitue une différence notable par rapport aux mesures classiques de protection a posteriori puisque ces mesures désormais consacrées, en plus d'intervenir pour l'exigence de bonne foi à tous les stades du contrat, changent dans une certaine mesure la conception même du contrat.

---

<sup>22</sup> Pour aller plus loin : FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, thèse Paris I, éd. 1992.

<sup>23</sup> Art. 1112-1 C.civ.



Le principe du consensualisme et de la liberté contractuelle<sup>24</sup> qui prévalaient semblent désormais devancés par une approche visant à protéger la partie la plus faible du contrat<sup>25</sup>. En effet, les cocontractants ne sont plus considérés sur un pied d'égalité et laisse place à une intervention du juge de plus en plus marquée, remettant ainsi en cause la force obligatoire du contrat.

En outre, il convient également de mentionner les nouvelles prérogatives extrajudiciaires des parties, qui permettent dans une certaine mesure de limiter l'intervention marquée de l'ordre judiciaire.

### Paragraphe 2 : L'émergence de nouvelles prérogatives extrajudiciaires pour les parties

Depuis l'adoption de l'Ordonnance, le juge a vu son rôle écarté dans certains domaines. L'étendue de son intervention a donc été limitée, laissant le devant la scène aux prérogatives extrajudiciaires des parties. L'objectif poursuivi de ces mesures est celui de « *prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge* »<sup>26</sup> et peuvent en ce sens être mentionnés ; les actions interrogatoires (A) ou encore la résolution de litiges sans l'intervention du juge (B).

#### A/ Les actions interrogatoires

Trois actions interrogatoires ont été introduites par l'Ordonnance et font figure d'exception. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, celles-ci sont autant applicables aux contrats conclus antérieurement que postérieurement à cette date. Expressement, elle représentent pour certains auteurs l'une des principales innovations de la Réforme<sup>27</sup>. En vertu de celles-ci, les

---

<sup>24</sup> v. partie sur la liberté contractuelle des parties, p.10

<sup>25</sup> aux termes de l'article 1112-1 alinéa 3 du Code civil « *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* », la précision « *ou la qualité des parties* » constate cette volonté de protéger la partie la plus faible.

<sup>26</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>27</sup> Pour aller plus loin : N. MOLFESSIS, J. KLEIN, G. WICKER et H. BOUCARD, Projet d'ordonnance pour tant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications, JCP 2015, suppl. n° 21, spéc. p. 12, 30 et 35 ;

N. DISSAUX et C. JAMIN, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, Dalloz, 2015, spéc. p. 22, 52 et 83 ;

G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *in* Observations sur le Projet de réforme du droit des contrats et des obligations, LPA 2015, n° 177, n° spécial, spéc. p. 53 et 63 ;

parties peuvent désormais se prémunir contre le risque de remise en cause de la validité du contrat conclu ou qu'elles envisagent de conclure.

### *1) Le nouvel article 1123 du Code civil relatif au pacte de préférence*

Tout d'abord, le nouvel article 1123 du Code civil prévoit en son alinéa 3 que « *le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir* ». L'alinéa 4 poursuit en précisant que « *l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ».

Aux termes de ce nouveau texte, le tiers à un pacte de préférence peut désormais demander au bénéficiaire de ce pacte de confirmer dans un délai raisonnable s'il entend s'en prévaloir afin de faire échec à toute action ultérieure en nullité ou en substitution de sa part.

Cependant, une nuance est ici à apporter. En effet, tout porte à croire que la notion de « *délai raisonnable* » risque de poser certaines difficultés en pratique, aucune précision n'étant apportée par le législateur. Ainsi, une potentielle intervention du juge permettrait de préciser ce qu'il faut entendre par cette notion de « *délai raisonnable* ».

### *2) Le nouvel article 1158 du Code civil relatif aux pouvoirs du représentant conventionnel*

Ensuite, le nouvel article 1158 du Code civil<sup>28</sup> apporte également sa pierre à l'édifice en permettant à celui qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel de son cocontractant de demander à ce dernier de lui confirmer dans un délai raisonnable que son représentant est bien habilité à conclure l'acte.

---

D. MAZEAUD, Présentation de la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 2016, n° 8, p. 17 ;

H. CROZE, Une vision procédurale de la réforme des obligations, Procédures 2016. 8 ;

A. BENABENT, Les nouveaux mécanismes, La réforme du droit des contrats : quelles innovations, RDC 2016. 17, hors-série

<sup>28</sup> Art 1158 C. civ : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* ».

Ici encore de futures précisions du juge sont entendues concernant la notion de « *délai raisonnable* ».

### 3) *Le nouvel article 1183 du Code civil relatif à la nullité du contrat*

Enfin, le nouvel article 1183 du Code civil se rapporte également aux actions interrogatoires en prévoyant la possibilité pour l'une des parties de « *demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ». L'article ajoute comme condition que « *la cause de la nullité doit avoir cessé* », et que l'écrit doit également faire mention expresse « *qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé* ».

Traditionnellement prohibées en droit français en ce qu'elles tendent « *à ruiner le principe de l'option que les intéressés tiennent de la loi* »<sup>29</sup>, l'émergence de ces actions interrogatoires a des retombés en demi-teinte. L'effet recherché de ses nouvelles actions est en effet à relativiser puisque « *à rebours des objectifs de sécurité juridique et de limitation du contentieux qu'elles poursuivent, les nouvelles actions interrogatoires tendront à replacer le juge au cœur d'un nouveau contentieux* »<sup>30</sup>.

### B/ *La résolution de litiges sans l'intervention du juge*

L'éviction de l'intervention du juge dans la résolution de litige s'opère par le nouvel article 1178 du Code civil (1), l'application de la *lex mercatoria* (2), le recours à l'arbitrage, la médiation ou la conciliation (3) ou encore par des clauses contractuelles (4).

#### 1) *Le nouvel article 1178 du Code civil*

Au visa du nouvel article 1178 du Code civil, il est désormais possible de résoudre un litige en économisant l'intervention du juge. Par principe, « *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* ». La nullité sera alors prononcée par le juge, « *à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ».

---

<sup>29</sup> R. PERROT, Cours de droit judiciaire privé, Les cours de droit, 1976-1977, spéc. p. 79.

<sup>30</sup> M. DE FONTMICHEL, Les nouvelles actions interrogatoires, Dalloz, 2016, p.1665

Cette nouvelle possibilité pour les parties de constater la nullité « *d'un commun accord* » les économise de recourir au juge et s'inscrit parfaitement dans la ligné de la volonté du Président de la République concernant l'Ordonnance à savoir, « *prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge* ». Le but pratique ici recherché est de désengorger les tribunaux et de préserver la volonté des parties par la renégociation ou l'adaptation de leurs engagements.

## 2) *La Lex mercatoria*

D'autres moyens ont également su trouver leur place pour limiter ou même endiguer l'intervention du juge. En effet, son immixtion potentielle dans le contrat nourrit certaines craintes notamment dans le cadre d'importants contrats d'affaires.

Ainsi, peut être mentionné le recours à la *lex mercatoria* pour s'exempter de l'application de la loi française lors de contrats ayant une portée internationale. Dans une telle hypothèse, les cocontractants décident de se soumettre aux usages du commerce international et non à la loi étatique applicable en cas de conflit de loi<sup>31</sup>.

## 3) *L'arbitrage, la conciliation, la médiation*

Un autre moyen également déployé se rapporte aux modes alternatifs de règlement de litiges tel que l'arbitrage, la conciliation ou encore la médiation.

Comme la décision du juge étatique, celle de l'arbitre est dotée de l'autorité de chose jugée, néanmoins assortie d'une limite tenant à ce que le caractère exécutoire soit subordonné à un exequatur<sup>32</sup> du juge étatique. « *La mission juridictionnelle de l'arbitre ne suscite plus de réelles controverses, du moins quant à son principe. La fonction de l'arbitre et celle du juge sont*

---

<sup>31</sup> Pour aller plus loin : M. LATINA, Contrats (généralités), Dalloz, décembre 2013 (actualisation : juin 2016), § 59 à 66

<sup>32</sup> Exemples d'exequatur au niveau international :

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2012, n° 11-10347, Séribo / Hainan Yangpu Xindadao Industriel : refus de la Cour de Cassation de l'exequatur d'une sentence rendue par la Commission d'arbitrage économique et commercial de Chine au motif qu'il n'est pas établi que la sentence ait été rendue par une institution ayant la qualité d'arbitre, ce qui est contraire à l'ordre public international.

*identiques. Seule diffère son origine* »<sup>33</sup>. Le recours à l'arbitrage peut être décidé ad hoc, c'est-à-dire avant la naissance d'un différend par une clause compromissoire<sup>34</sup> insérée dans le contrat ab initio ou, a posteriori, par un compromis<sup>35</sup>. Il peut intervenir en cas de litige au niveau national ou encore international<sup>36</sup>. Sur le fondement de l'arbitrage des discussions existent en droit privé. Alors qu'Henri MOTULSKY admettait la notion d'arbitrage forcé, tout en considérant que la justice arbitrale est « *normalement conventionnelle* »<sup>37</sup> d'autres, comme Charles JARROSSON, considèrent le caractère conventionnel comme un élément constitutif de l'arbitrage<sup>38</sup>.

Se rapportant à la conciliation et à la médiation, ces dernières ont vu leur importance s'accroître ces dernières années. En effet, ces dernières ont été mises sur le devant de la scène dans une volonté de désengorger les tribunaux. En outre, elles font preuve de plus de rapidité dans la résolution des litiges

#### 4) *Les clauses contractuelles*

Enfin, peuvent être évoquées les clauses insérées dans les contrats qui permettent d'exclure l'intervention du juge notamment en matière d'imprévision<sup>39</sup> ou les parties pourront exclure son application purement et simplement, inclure une clause de hardship ou encore d'earn-out.

La clause de hardship ou clause dite d'imprévision « *a pour objet d'appréhender un événement venant modifier l'équilibre d'un contrat en cours, essentiellement par la mise en place d'une obligation de renégociation, d'une faculté de résiliation du contrat, d'une suspension de ce*

---

<sup>33</sup> C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, 1987, LGDJ

<sup>34</sup> Art. 1442 C. proc. Civ. : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ». v. également les conditions de la clause compromissoire : art 1443 à 1446 C. Proc. Civ. Ou plus largement le Livre IV : « L'arbitrage » du C. proc. Civ.

<sup>35</sup> Art. 1447 C. proc. Civ. : « Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ». v. également les conditions du compromis : art. 1448 à 1450 C. proc. Civ.

<sup>36</sup> Une sentence arbitrale internationale est définie en droit français comme une décision de justice internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique et dont la régularité s'apprécie au regard du droit français (cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007, n°05-18.053)

Pour aller plus loin : v. Convention p

our la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New-York ») du 10 juin 1958

<sup>37</sup> H. MOTULSKY, Droit processuel, Les cours de droit, 1971, p. 7

<sup>38</sup> L. RICHER, Arbitrage et conciliation, Dalloz, mars 2001 (actualisation : février 2017)

<sup>39</sup> voir partie sur l'imprévision , p. 34

*dernier, ou enfin de l'intervention d'un tiers pour le rééquilibrer (...) Cette clause permet ainsi de prémunir les parties contre les modifications inattendues de leurs prévisions initiales rendant l'exécution du contrat préjudiciable ou, à tout le moins, d'un intérêt économique moindre. »*<sup>40</sup>

La clause d'earn-out quant à elle est une clause qui permet d'indexer une partie du prix de la transaction sur les résultats futurs de la société achetée.

Malgré certaines mesures en ce sens, force est de constater que l'intervention du juge demeure marquée, voir renforcée, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

## **SECTION 2 : Une justice contractuelle de plus en plus marquée**

Si, fut un temps, il était possible de considérer que le législateur remettait en cause le contrat<sup>41</sup> et plus particulièrement la liberté contractuelle, il semble aujourd'hui que le juge lui ait devancé le pas<sup>42</sup>. En ce sens, depuis l'adoption de l'Ordonnance, le juge s'est vu octroyer de nouvelles prérogatives lui permettant désormais de modifier de façon substantielle le contenu même du contrat, telle que la théorie de l'imprévision (paragraphe 1), la révision du prix en présence d'un pacte de préférence (paragraphe 2) ou encore des pouvoirs d'appréciation étendus quant au contenu du contrat ou sa validité (paragraphe 3).

### *Paragraphe 1 : La consécration de la théorie de l'imprévision*

La première prérogative, et non des moindres, issue de l'Ordonnance, découle de la consécration de la théorie de l'imprévision désormais prévue au nouvel article 1195 du Code civil. En effet, en cas de « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [qui] rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* » et, faute d'accord des parties « *dans un délai raisonnable* » pour

---

<sup>40</sup> J. MESTRE, JC RODA, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, paragraphe 810, p.473

<sup>41</sup> Ph. REMY, Droit des contrats : questions, positions, propositions, Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, n°4, p. 271-272

<sup>42</sup> D. MAZEAUD, Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple « illégitime »), Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005

renégocier le contrat ou y mettre fin, « le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». <sup>43</sup>

### Paragraphe 2 : La révision du prix en présence d'un pacte de préférence

Autre innovation notable, concerne le pacte de préférence et le nouvel article 1223 du Code civil. En effet, à la lecture du texte, le créancier peut solliciter une « réduction proportionnelle du prix » en cas d' « exécution imparfaite du contrat ».

Bien que développée précédemment comme représentant une prérogative extrajudiciaire pour les parties <sup>44</sup>, il peut être considéré que ce texte octroie au juge une faculté de révision du prix en cas de désaccord entre les parties sur la réduction proposée. En effet, aucune précision n'est apportée ici quant à l'étendue des prérogatives qui reviennent au pouvoir judiciaire. Ainsi, au-delà de l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la mauvaise exécution d'une obligation, le juge sera sûrement amené à décider une véritable refaction judiciaire du prix.

### Paragraphe 3 : Des pouvoirs d'appréciation étendus quant au contenu du contrat ou sa validité

Outre l'examen déjà appréhendé supra de la question de la bonne foi à tous les stades du contrat et non plus seulement dans son exécution <sup>45</sup>, l'Ordonnance a également introduit dans le Code civil de nouvelles notions qui confèrent au juge des pouvoirs étendus.

En effet, le juge peut désormais apprécier le caractère abusif d'un prix fixé par une partie en exécution d'un contrat cadre <sup>46</sup> ou d'un contrat de prestation de services <sup>47</sup>. Le législateur précise qu' « en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts ».

---

<sup>43</sup> v. infra partie sur l'imprévision p. 34

<sup>44</sup> v. supra développements précédents p. 17

<sup>45</sup> v. supra la partie sur la bonne foi

<sup>46</sup> Art 1164 C. civ.

<sup>47</sup> Art 1165 C. civ.

Le juge peut également être amené à caractériser l'existence d'une clause abusive résultant d'un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »<sup>48</sup> à un contrat d'adhésion.

De plus, il pourra prononcer la nullité du contrat du fait de la violence résultant d'un abus de dépendance, notamment économique, qui permet à une partie d'obtenir de son cocontractant « un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »<sup>49</sup>.

Enfin, il pourra également vérifier, en cas de saisie d'une demande d'exécution forcée en nature, qu'il n'existe pas une « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »<sup>50</sup> ou encore fixer le terme d'une obligation en cas de désaccord des parties<sup>51</sup>.

Ces précisions apportées, il semble que l'aval législatif de ces dernières années ait renforcé le rôle des parties dans le contrat. Néanmoins, le juge demeure présent lors de son exécution<sup>52</sup>. Cette situation suscite l'interrogation quant à sa réelle position dans notre droit positif.

### **CHAPITRE 3 : La question du véritable rôle du juge en matière contractuelle dans notre droit positif**

Au nom de l'intangibilité du contrat, il découle une non immixtion du juge dans le contrat qui tient lieu de loi aux parties qui l'ont formé. Cependant, des assouplissements ont été apportés<sup>53</sup>, et aujourd'hui l'intervention du juge est avérée.

A ce titre, F. ROUVIÈRE s'est interrogé sur la potentielle remise en cause du contrat par le juge. Dans son étude<sup>54</sup>, si ce dernier ne conteste pas ce fait caractérisé, il démontre sa

---

<sup>48</sup> Art. 1171 C. civ.

<sup>49</sup> Art. 1142 et 1143 C. civ.

<sup>50</sup> Art. 1221 C. civ.

<sup>51</sup> Art. 1305-1 C. civ.

<sup>52</sup> D. MAZEAUD, Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003, n°22 et s., p. 307 et s.

<sup>53</sup> voir partie sur le principe de la non intervention du juge dans le contrat, p. 11

<sup>54</sup> F. ROUVIÈRE, La remise en cause du contrat par le juge, l'efficacité du contrat, juin 2010, Aix-en-Provence, Dalloz, p.41-56, 2011



légitimité lorsque l'intervention est menée au profit de l'opération contractuelle ou, qu'elle sanctionne un abus.

Cependant, la question du rôle exercé par le juge doit être ici posée (SECTION 1 ). En effet, agit-il dans l'objectif de rechercher la commune intention des parties voulue lors de la conclusion du contrat ? (SECTION 2) ou, assure-t-il la sécurité du contrat ? (SECTION 3)

## **SECTION 1 : Un rôle du juge non clairement défini**

Le rôle du juge n'est pas clairement défini dans le code civil ce qui engendre une crainte grandissante des cocontractants. Ainsi, face à sa potentielle immixtion dans le contrat se sont développés des recours à des modes alternatifs de règlements de litige par les parties<sup>55</sup> afin d'éviter une « *interprétation active du contrat par le juge* »<sup>56</sup> allant jusqu'à introduire des obligations auxquelles les parties n'avaient même pas songé.

Il a été démontré qu'« *une des tendances majeures du droit privé est d'accroître les pouvoirs du juge* »<sup>57</sup> et cette intervention impacte directement le domaine contractuel. Cela a été d'autant plus renforcé par l'Ordonnance qui semble faire émerger une conception nouvelle du juge dans ce domaine, lui octroyant un véritable office au service de la relation contractuelle<sup>58</sup>.

Paradoxalement, il est à noter que seuls quelques articles<sup>59</sup> font référence à son rôle et son office dans le nouveau Code civil. Bien que n'étant pas l'objet premier poursuivi par l'Ordonnance, cette dernière aurait pu être l'occasion pour le législateur d'introduire « *un véritable corpus à même d'encadrer l'imagination contractuelle pour lui donner la sécurité qui assure son développement* » afin de « *guider le juge et limiter l'incertitude de son intervention* » comme

---

<sup>55</sup> voir partie sur la résolution de litige sans l'intervention du juge p. 19

<sup>56</sup> J. MESTRE ; A. LAUDE, L'interprétation « active » du contrat par le juge », Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 9 et s.

F. ROUVIÈRE, La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix en Provence, France Dalloz, 2011, § 1-3

<sup>57</sup> G. CORNU, L'évolution du droit des contrats en France, journées de la société de législation comparée, 1979, p.448

<sup>58</sup> F. ANCEL, Quel juge pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle ?, Dalloz, 2017, p. 721

<sup>59</sup> Seule une trentaine d'articles fait référence au juge.

l'avait proposé l'avant-projet Catala en 2005<sup>60</sup>. C'est ainsi que certaines propositions de prolongement de l'Ordonnance ont été avancées pour permettre notamment une organisation des plus adéquate de l'intervention du juge au service de la relation contractuelle et, lui permettre d'exercer pleinement cette nouvelle mission d'appui<sup>61</sup>. A titre d'exemple, F. ANCEL propose notamment la création d'un Juge spécialisé ; le juge d'appui du contrat (dit le « JAC ») pouvant statuer à juge unique et selon une procédure écrite.

## **SECTION 2 : Un juge à la recherche de la commune intention des parties ?**

L'idée première qui émerge en matière d'intervention du juge dans le contrat serait de considérer qu'il a pour mission de rechercher la commune intention des parties.

Sur ce point, deux conceptions divergentes du contrat s'opposent en ce que l'une présente un caractère individualiste et l'autre, solidariste.

La conception individualiste revient à se baser textuellement sur l'article 1103 du Code civil qui prévoit que les « *contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Ainsi, il est une loi d'Airain à laquelle on ne peut plus échapper, une fois signé et accepté le contrat devrait échapper à la volonté des parties et s'imposer à elles. Il serait alors exécuté, indépendamment des changements de circonstance affectant l'équilibre contractuel des cocontractants. Dans cette hypothèse, le rôle du juge se limiterait purement et simplement à respecter à la lettre la commune intention des parties comme définie dans le contrat initial.

Cependant, vient également s'ajouter l'exigence de bonne foi qui a fait émerger une conception plus solidariste<sup>62</sup>. Pour R. DEMOGUE, « *le créancier a plusieurs obligations. Il ne doit pas par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution et notamment se prêter à l'exécution... tout ceci se rattache à l'idée de la solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social, et au point de vue des textes, delà découle de l'article 1134 al. 3. (nouvel article 1104 C. civ.) Ceci vise le créancier comme le débiteur* ».

---

<sup>60</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc. fr., 2006, V. art. 1142 s. insérés dans un paragraphe intitulé « De la qualification » après le paragraphe portant sur l'interprétation et la présentation de ces articles, p. 49

<sup>61</sup> Pour aller plus loin : F. ANCEL, Quel juge pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle ?, Dalloz, 2017, p. 721

<sup>62</sup> voir infra partie sur la bonne foi p.13

Selon cette conception, le juge serait à même de s’immiscer dans le contrat pour rétablir ce solidarisme lorsqu’il n’a pas été respecté par les parties ab initio. Son rôle ne se limiterait alors plus à suivre la commune intention des parties mais à rechercher une certaine équité entre les obligations des cocontractants et l’équilibre contractuel.

Ces précisions apportées, il convient de ne pas se limiter à une conception théorique du réel rôle du juge mais, de rechercher qu’elles peuvent être ses diverses interventions au sein de la relation contractuelle tendant fortement à préserver la sécurité du contrat.

En effet, opter pour l’une ou l’autre des théories serait réducteur, et à ce titre cette politique de solidarité basée sur la bonne foi reçoit une acception mitigée par la jurisprudence. Pour certains auteurs, cette conception pourrait d’ailleurs aboutir à remettre en cause la sécurité même du contrat<sup>63</sup>. Sur ce point, PH. MALAURIE<sup>64</sup> a d’ailleurs précisé que « *le contrôle judiciaire de la morale contractuelle doit demeurer mesuré à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un « truc » pour gagner les procès* ».

### **SECTION 3 : Un juge assurant la sécurité du contrat ?**

L’activisme judiciaire marquant parfois le domaine contractuel peut mener à remettre en cause la sécurité juridique. Cependant, en considération des précisions sus apportées, n’est-il pas concevable de considérer que le rôle premier du juge se résumerait finalement à assurer la sécurité du contrat ? En effet, quel est le réel impact de l’interventionnisme du juge dans le contrat ? Dans quelle mesure peut-il être considéré que cet interventionnisme assure la sécurité du contrat ? En ce sens, la sécurité du contrat ne devrait-elle pas résulter uniquement de la volonté telle que voulue initialement par les parties lors de la conclusion du contrat ?

---

<sup>63</sup> J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants, est on allé trop loin, la nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 99 et s.

<sup>64</sup> note sous Cass. Com., 27 février 1996, n°94-11241, Dalloz 1996, p. 520

A titre liminaire, il convient de préciser que l'obligation de sécurité des parties qui peut se dégager de certains contrats ne sera pas ici abordée, car celle-ci fait partie intégrante des obligations des parties et ne se rapporte pas au but recherché par le juge<sup>65</sup>.

Pour comprendre les problématiques se rapportant au juge et la sécurité du contrat, deux axes de réflexion doivent être appréhendés. Ainsi, il convient tout d'abord de revenir sur l'intervention du juge comme sécurité consacrée (PARTIE I), pour ensuite contraster ce propos en suggérant que cette relation peut parfois mener à un couple illégitime (PARTIE II).

\*\*\*

---

<sup>65</sup> pour aller plus loin v. : F. ROUVIÈRE, La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix en Provence, France Dalloz, 2011, p. 41-56

Depuis la découverte de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport, le « forçage » du contenu du contrat est demeuré constant. Le mouvement majeur qui découle de la contractualisation de la sécurité apparaît désormais largement dépassé et sans effet propre car la sécurité est étrangère à l'opération contractuelle

# **PARTIE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE** **CONTRAT, UNE SÉCURITÉ CONSACRÉE**

L'intervention du juge dans le contrat peut se justifier par une remise en cause de celui-ci au profit de la relation contractuelle (CHAPITRE 1) ou, par la sanction d'un abus au service d'une sécurité contractuelle préservée (CHAPITRE 2).

## **CHAPITRE 1 : Une remise en cause du contrat au profit de la relation contractuelle**

Dans l'hypothèse d'une remise en cause du contrat par le juge, celle-ci peut se manifester par une appréciation de l'écrit contractuel en faveur de l'opération contractuelle (SECTION 1) ou encore, par une volonté de préserver le contrat face à l'imprévisible (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Un juge appréciant l'écrit contractuel en faveur de l'opération contractuelle**

Par principe, le juge ne saurait intervenir dans des conventions légalement formées qui tiennent alors lieu de loi aux parties qui y ont consenti<sup>66</sup>. Cependant, à bien des égards, il s'est avéré une intervention de celui-ci au sein de l'écrit contractuel pour rétablir l'équilibre ou en favoriser l'opération. Cette immixtion se caractérise par une interprétation de l'écrit contractuel (paragraphe 1) allant parfois au-delà de la lettre du contrat (paragraphe 2).

#### *Paragraphe 1 : L'interprétation de l'écrit contractuel assurant son équilibre*

Si de prime abord, l'intervention du juge peut sembler modifier l'écrit contractuel tel qu'établi lors de la conclusion du contrat, il est envisageable de considérer que cette interprétation est favorable aux parties.

En matière d'interprétation, il faut distinguer l'interprétation de fait et celle de droit. Se rapportant à la première, elle consiste à rechercher la commune volonté des parties<sup>67</sup> et revient à l'interprétation souveraine des juges du fond. Cependant, un certain contrôle peut être opéré de cette appréciation des juges du fond par la cour de cassation en ce qu'elle va apprécier en droit, s'il y a lieu de caractériser une dénaturation du contrat.

---

<sup>66</sup> V. partie sur les principes dictant les relations contractuelles p. 10

<sup>67</sup> Pour aller plus loin : J-B SEUBE, Droit des obligations, sources : contrats. Leçon 6 : La force obligatoire du contrat, Université Numérique Juridique Francophone  
En matière d'interprétation entre l'école subjective issue de la théorie de l'autonomie de la volonté et l'interprétation plus objective se rapportant aux notions de bonne foi, d'équité et aux usages des affaires.

En ce sens, le nouvel article 1188 du Code civil reprend ce principe déjà consacré et précise que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ». Cependant, le texte ajoute que « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». Ainsi, peut être retenu le fait qu'« *une interprétation exacte ne consiste pas à comprendre le texte donné mieux que ne le comprenait son auteur. Elle le comprend autrement. Mais cet autrement doit être de telle sorte qu'on rencontre finalement la même chose que ce à quoi pense le texte interprété* »<sup>68</sup>.

Une limite est toutefois désormais posée par la loi<sup>69</sup> reprenant la position de la jurisprudence antérieure<sup>70</sup> en ce qu'« *on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ». Ainsi, or l'hypothèse où les clauses du contrat sont expressément claires et précises, laquelle situation contraindra le juge à exalter la volonté des parties, il peut exister une ambiguïté sur l'écrit contractuel des parties. Dans ce cas, le juge sera à même d'intervenir et interprétera « *selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ».

Sur ce point, il faut préciser qu'une clause identique pourra être considérée comme claire ou au contraire obscure, selon le contexte et la situation dans lesquels s'inscrit le contrat. Par exemple<sup>71</sup>, la jurisprudence a pu juger que la clause par laquelle le locataire prend les lieux « *dans l'état ou ils se trouvent* » est claire et précise<sup>72</sup> alors que la clause indiquant que le camion est vendu dans « *l'état ou il se trouve* » est ambiguë<sup>73</sup>. F. ROUVIERE met en exergue la limite qui peut exister entre l'interprétation légitime qui remet en cause la lettre du contrat et l'immixtion illégitime du juge qui, au contraire, intervient en dénaturation de celui-ci. Il précise

---

<sup>68</sup> M. HEIDEGGER, Holzwege, 4e éd., Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann Verlag, 1963, p. 197. (traduction reprise telle qu'elle est présentée par G. KALINOWSKI, Philosophie et logique de l'interprétation en droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome 17 – L'interprétation dans le droit, Paris, Sirey, 1972, p. 40

<sup>69</sup> Art. 1192 C. civ.

<sup>70</sup> Cass. Civ. 3eme, 21 janvier 2016, n° 12-25.720 ; cass. Civ. 3eme, 21 janvier 2016, n°14-18.075

<sup>71</sup> Exemple repris de F. ROUVIERE, La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix en Provence, France Dalloz, 2011, § 5

<sup>72</sup> civ. 3<sup>ème</sup> 12 novembre 1975, Dalloz, 1976, I.R, p 13

<sup>73</sup> civ. 1<sup>ère</sup> 8 décembre 1975, Dalloz, 1976, somm..p 28

alors que la clarté recherchée n'est pas autre chose que la correspondance entre la lettre du contrat et l'opération contractuelle conclue, entre l'*instrumentum*<sup>74</sup> et le *negotium*<sup>75</sup>.

Cette intervention du juge illustre particulièrement l'impact positif qu'il peut constituer en pareille situation dans l'équilibre contractuel des parties. Aussi, se pose alors la question de savoir si une stipulation est obligatoire ou non. De fait, il faut appréhender le cas particulier des clauses de style<sup>76</sup> ou des clauses purement informatives<sup>77</sup> qui peuvent être le fruit d'une mention mécanique dans le contrat et ne pas avoir de portée normative.

Une telle stipulation dans l'écrit contractuel, sans réelle mesure de la teneur même de la clause, peut alors être écartée par le juge et ne pas produire d'effet entre les parties<sup>78</sup>. Cependant, cette hypothèse démontre particulièrement le paradoxe qu'il peut exister entre ce qui a été prévu dans le contrat, ce que les parties ont réellement voulu et, l'ambiguïté qui peut résulter de ces deux matrices.

Ainsi, faut-il considérer que les parties sont tenues strictement par l'écrit contractuel ou, par ce qu'elles ont réellement voulu ? Au visa de l'article 1188 du Code civil, le juge semble faire primer la volonté des parties d'autant qu'il s'octroie parfois la prérogative de dépasser la lettre du contrat au service d'un engagement légitime des parties.

*Paragraphe 2 : Le dépassement potentiel de la lettre du contrat au service d'un engagement légitime des parties*

Le juge va parfois au-delà de l'écrit contractuel pour appréhender l'engagement réel des parties et en préserver la contenance.

---

<sup>74</sup> Ecrit réalisé dans le but de solenniser un acte juridique ou de le prouver

<sup>75</sup> Contenu d'un acte juridique, ce qui a été négocié par les parties on parle aussi de la volonté des parties

<sup>76</sup> D. DENIS, La clause de style, Etudes offertes à Jacques Flour, Paris, Répertoire du Defrénois, 1979, n°5, p 119

<sup>77</sup> soc. 4 juillet 2007, Société La Halle, pourvoi n°05-45688, RDC 2008, p. 393 note C. Radé : la mention dans un contrat de travail du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise n'a qu'une valeur informative et ne constitue pas un élément du contrat de travail

<sup>78</sup> Com, 14 octobre 2008, Bull. IV, n°171 : clause de non responsabilité pour pollution des minerais contredite en l'espèce par les courriers échangés par les parties. La clause a été écartée par le juge.



Ainsi, peuvent tout d'abord être mentionnés les documents périphériques à la lettre du contrat tels que ceux publicitaires (A) mais, il convient de préciser également que le juge ne sera pas tenu de la qualification contractuelle donnée par les parties (B).

#### A/ Les documents publicitaires

Les documents publicitaires ont une portée ambiguë en ce qu'ils peuvent être considéré comme obligatoire au titre du formalisme à accomplir pour garantir la validité de l'écrit contractuel ou, au contraire, non essentiels. En ce sens, le juge a pu ne pas reconnaître la valeur contractuelle d'un document publicitaire liant ainsi les parties<sup>79</sup> ou, au contraire, accepter l'inexécution de l'obligation au motif de la méconnaissance du contenu d'une publicité<sup>80</sup>. L'article 1173 du Code civil précise ainsi que la publicité obligatoire n'a pas d'effet sur la validité de l'acte concerné si bien que « *les formes exigées aux fins de preuve d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats* ».

#### B/ Un juge non tenu par la qualification contractuelle donnée par les parties

Outre les documents périphériques qui peuvent accompagner l'écrit contractuel, le juge n'est pas tenu par la qualification contractuelle donnée par les parties. A ce titre, il pourra requalifier le contrat puis, les engagements des parties en se basant sur la réalité de la situation liant les parties. Cette intervention du juge sécurise l'engagement des parties en ce qu'une partie qui voudrait tromper l'autre en qualifiant le contrat d'une façon ne correspondant pas à la réalité serait alors requalifié engendrant potentiellement la modification de la nature même des relationnelles initialement prévues.

Il faut se référer ici au Code de procédure civile qui prévoit que : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Civ, 3<sup>ème</sup> 17 juillet 1996, bull. III, n° 197

<sup>80</sup> Com, 17 juin 1997, bull. IV, n° 195

<sup>81</sup> Art. 12 C. Proc. civ.

Ainsi, un contrat qualifié de bail pourra être requalifié de contrat de vente en ce qu'il s'avère être une convention d'extraction de pierres dans une carrière<sup>82</sup>. De même, en matière de sureté, un cautionnement sans bénéfice de discussion ni d'opposabilité des exceptions est en réalité une garantie autonome<sup>83</sup> car ne remplit pas les conditions qui lui sont propres<sup>84</sup>.

Toutefois, il est posé une limite en ce que le juge « *ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

Cette limite apportée, le juge possède un large panel pour intervenir au sein des relations contractuelles et plus spécifiquement dans la lettre du contrat pour rétablir un engagement légitime pour les parties engagées. La recherche de la sécurité des relations contractuelle se constate également en cas d'imprévision.

## **SECTION 2 : Un juge maître de la pérennité du contrat face à l'imprévisible**

Dans l'hypothèse où se caractériserait un cas d'imprévision, le juge est susceptible d'intervenir pour adapter le contrat à la demande conjointe des parties (paragraphe 1) ou pour prononcer une révision ou une résolution à la demande unilatérale de l'une d'elles (paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : Le recours au juge à la demande conjointe des parties*

Le nouvel article 1195 du Code civil consacre l'application dans notre droit positif de la théorie de l'imprévision, rejetée depuis longue date par notamment le fameux arrêt « Canal

---

<sup>82</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup> 30 mai 1969, Dalloz 1969, p. 561

<sup>83</sup> Com, 13 décembre 1994, Bull. IV, n°375 ; civ. 1<sup>ère</sup> 23 février 1999, Bull. I, n°64

<sup>84</sup> Art 2288 à 2297 C. civ

de Craponne »<sup>85</sup>. Cet apport tant attendu de l'Ordonnance marque un réel tournant en matière d'immixtion du juge dans le contrat.

Pour que trouve à s'appliquer ce nouveau concept, quatre conditions doivent être remplies à savoir : « *un changement de circonstances* », « *imprévisible lors de la conclusion du contrat* », « *rendant l'exécution excessivement onéreuse* » « *pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Dans un telle hypothèse, avant l'intervention immédiate du juge, l'une des parties peut « *demande une renégociation du contrat à son cocontractant* ».

Le premier alinéa du nouvel article 1195 incite donc les parties à renégocier leur accord afin de l'adapter aux faits qui ont altéré leur engagement. Il faut noter que les parties doivent « *continuer à exécuter (leurs) ses obligations durant cette renégociation* ». Cette condition est opportune car permet d'éviter « *autant que possible les demandes dilatoires* ».<sup>86</sup>

Cependant, une autre hypothèse apparaît au second alinéa en cas d'échec d'un accord des parties. A ce titre, il semblerait qu'au vu de la rédaction de l'article, la phase de négociation entre les parties n'ait pas un caractère obligatoire puisque les parties n'ont pas d'obligation d'aboutir à un accord.

Ainsi, l'article poursuit en précisant qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* ».

Le juge se voit ici autoriser à intervenir dans le contrat et les parties bénéficient d'un choix entre, demander la résolution du contrat (A) ou son adaptation (B).

#### A/ La demande de résolution du contrat

La résolution est la sanction qui consiste à effacer rétroactivement les obligations nées d'un contrat synallagmatique lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations<sup>87</sup>. Cette résolution du contrat a donc un effet rétroactif c'est-à-dire, que la convention des parties sera

---

<sup>85</sup> civ., 6 mars 1876, Dalloz, 1876, I p. 193, note Giboulot

voir atténuation de ce refus catégorique avant l'Ordonnance : com. 3 nov. 1992, Huard, n°90-18.547 1992 ; Soc. 25 fèv. 1992, n°89-41.634, Dalloz, 1992, p. 390, note M. Défossez ; Com. 29 juin 2010, Soffimat, n°09-67369

<sup>86</sup> A. LECOURT, L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, précit.

<sup>87</sup> Lexique des termes juridique, 2011 18<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010

considérée comme n'ayant jamais existé. Pour que la résolution trouve à s'appliquer, il faut l'accord des deux parties. Ainsi, en cas de cession de droits sociaux par exemple, le cessionnaire devra restituer les parts sociales au cédant qui devra, quant à lui, lui reverser le prix payé lors de la cession.

Outre, la résolution pure et simple du contrat, les parties peuvent également demander au juge l'adaptation du contrat.

#### B/ La demande d'adaptation du contrat

Si les contractants ne choisissent pas la résolution du contrat, elles peuvent demander d'un commun accord au juge d'adapter le contrat.

Une fois que les parties auront sollicité l'intervention du juge dans le contrat, celui-ci sera obligé d'adapter le contrat. Attention toutefois car l'objet de la révision vise le contrat dans son ensemble. A ce titre, J. MOURY précise que « *l'objet de l'adaptation est le « contrat », soit un tout. Si, dans la plupart des cas, c'est le prix qui sera en première ligne, la révision pourra porter sur sa contrepartie. La finalité de cette adaptation étant la disparition du caractère devenu excessif du coût de l'exécution pour l'un des partenaires, le juge, scrutant le point d'équilibre du contrat au moment de sa formation, s'efforcera de le rétablir<sup>88</sup>.* »

Les parties prennent ici un risque puisqu'elles ne pourront pas limiter le pouvoir de révision du juge en ce qu'il « *n'est jamais le mandataire des parties* ». Ici, son rôle sera d'adapter le contrat afin que le caractère excessivement onéreux de l'exécution de ses obligations par l'une des parties disparaisse.

L'objectif est de rétablir l'équilibre contractuel initial. Par exemple, si une clause d'indexation du prix de vente entraîne un prix excessivement onéreux durant l'exécution du contrat, le juge pourra en limiter les effets ou choisir de se référer à un autre indice.

En ce sens, soumettre le contrat à la révision du juge peut paraître risqué pour les parties puisque c'est ici, c'est le juge qui va modifier les stipulations du contrat. Cependant, il est difficile ici

---

<sup>88</sup> J. MOURY, De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, Recueil Dalloz, 2016, p.2225.

de parler d'immixtion du juge puisque ce sont les parties qui ont d'un commun accord demandé au juge d'intervenir dans le contrat pour que celui-ci le révise.

De prime abord, il convient donc de constater une réelle volonté du législateur de privilégier la recherche d'une solution amiable entre les parties, les incitant ainsi à renégocier leur engagement. Cependant, pour M. MOLFESSIS, « *cette recherche de solution amiable sera sans doute fréquemment paralysée car dans bien des situations, l'on peut penser que les parties seront confrontées à un désaccord initial et insurmontable sans intervention judiciaire : il s'agira de déterminer si l'on se trouve bien ou non dans une situation d'imprévision telle que décrite par l'article 1195 nouveau du Code civil* ». <sup>89</sup>

Paragraphe 2 : Une révision ou une résolution du contrat à la demande unilatérale d'une des parties

Cette dernière étape peut paraître la plus critiquable quant à la question de l'immixtion du juge dans le contrat. En effet, l'article 1195 se conclut en disposant « *qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Ici, l'une des parties va imposer l'intervention du juge.

Ainsi, le juge sera dans ce cas limité par la demande du contractant qui demande son intervention. Par exemple, le demandeur peut se limiter à demander la révision du contrat. Or, dans cette hypothèse, le juge n'aura pas l'obligation de le réviser et pourra refuser de modifier les stipulations du contrat.

D'un point de vue stratégique, il est donc préférable de demander la révision ou la fin du contrat à titre principal et l'option restante à titre subsidiaire. Dans tous les cas, le juge pourra toujours refuser de réviser le contrat ou de prononcer sa fin. De même, il sera libre de choisir la date et les conditions de fin du contrat, notamment l'octroi de dommages et intérêts au profit du demandeur notamment.

---

<sup>89</sup> Le Lamy Droit du contrat, 2016, p.1816

Enfin, se rapportant à la notion de délai raisonnable, une autre difficulté peut apparaître en pratique. En ce sens, à la lecture de l'article sus cité, il reviendra ici au juge d'apprécier cette notion, et il est d'ores et déjà raisonnablement envisageable que la position de celui-ci sera fonction de l'importance du contrat concerné.

En outre, aussi importante que soit la consécration de la théorie de l'imprévision dans le Code civil, il faut tout de même rappeler que l'article 1195 a un caractère supplétif<sup>90</sup>. A ce titre, celle-ci peut donc être écartée par les parties par une clause de hardship ou d'earn out<sup>91</sup>.

Si cette intervention du juge dans les cas qui viennent d'être développés ci-avant démontre bien sa volonté de pérenniser les liens contractuels autant que puisse, parfois ce dernier peut aussi intervenir pour sanctionner un abus dans le contrat, préservant ainsi sa sécurité.

## **CHAPITRE 2 : La sanction d'un abus dans le contrat au service d'une sécurité contractuelle préservée**

Au nom de la sécurité contractuelle, le juge peut dans le contrat pour y sanctionner certains abus. En ce sens, il apprécie alors l'impact des clauses insérées au contrat (SECTION 1) et évalue le juste prix dans celui-ci (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Un juge appréciant l'impact des clauses insérées au contrat**

Concernant les clauses qui peuvent être insérées dans le contrat, le juge peut donc être amené à apprécier les clauses limitatives de responsabilité (paragraphe 1), mais aussi les clauses créant un déséquilibre entre les obligations des parties notamment en présence de contrat d'adhésion (paragraphe 2), ainsi que les clauses pénales (paragraphe 3).

---

<sup>90</sup> Le rapport au président de la République relatif à l'Ordonnance précise à propos de l'article 1195 que « *comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat* ».

<sup>91</sup> voir partie sur les clauses pour exclure l'intervention du juge p. 19

### Paragraphe 1 : Une appréciation de la clause limitative de responsabilité

Dans certains contrats, peuvent être insérées des clauses limitant la responsabilité des parties. Dans de telles hypothèses, il convient de s'interroger de leur licéité et, lorsque ces dernières sont licites<sup>92</sup>, sur leur portée. A ce titre, il convient d'une part d'aborder le principe autorisant l'insertion de clause limitative de responsabilité dans les contrats (A) avant d'en préciser les quelques limites (B)

A/ Le principe de l'acceptation des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats

De prime abord, il faut se référer à l'article 1231-1 du Code civil, prévoyant en ses termes que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvait être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». Le principe suivant découle de ces termes : aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion. Cette règle a été rappelée par la jurisprudence en matière de règlement de loto<sup>93</sup>. De même, en matière de dommage corporel, une clause limitative de responsabilité est également licite<sup>94</sup>.

Ainsi, lorsque le juge apprécie les éléments composants le contrat, celui-ci doit par principe limiter son intervention aux clauses qui peuvent limiter ou exclure la responsabilité des cocontractants lorsque ces derniers ne respectent pas leurs engagements. Cependant, dans certains cas, il convient toutefois d'exclure certaines clauses au nom de la sécurité du contrat.

---

<sup>92</sup> Pour plus de précisions concernant les clauses limitative de responsabilité en droit public : P. TERNEYRE, responsabilité contractuelle, Dalloz, avril 2012 (actualisation janvier 2017), 129-147

<sup>93</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 19 janv. 1982, Dalloz, 1982. 457, note Larroumet.

<sup>94</sup> ESMEIN, Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p 271 ; civ., 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 261 ; gaz Pal. 1984. I. 384, note Tarabeux ; civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004 : Bull. civ. I, n° 136 ; JCP 2005. II. 10030, note Légier.

B/ Les limites apportées à l'effectivité des clauses limitatives de responsabilité justifiant l'intervention du juge dans le contrat

Tout d'abord, l'article 1231-1 du Code civil apporte une limite au principe qui sus développé. En effet, la loi prévoit expressément qu'une clause limitative de responsabilité ne saurait jouer « *lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

Cette position était déjà appréhendée par la jurisprudence antérieure à l'Ordonnance qui précisait qu'une clause limitative ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde de débiteur<sup>95</sup> et ce, quand bien même l'ancien article 1150 du Code civil ne prévoyait que l'hypothèse du dol.

En outre, seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Ainsi, en matière de faute lourde, celle-ci ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur<sup>96</sup>.

Par ailleurs, une autre restriction doit également être mentionnée. En ce sens, l'article 1170 du Code civil qui dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Le juge va ici écarter une clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle (ou fondamentale pour certains auteurs)<sup>97</sup> souscrite par le débiteur<sup>98</sup>.

A titre d'exemple, peut être citée, l'espèce dans laquelle le débiteur qui a comme obligation essentielle de délivrer un fonds de commerce pourvu d'une autorisation d'ouverture ne peut s'en exonérer par une clause évasive de responsabilité. Celle-ci contredisant la portée de son

---

<sup>95</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 24 février 1993, Bull. civ. I, n°88 ; Dalloz, 1994. 6, note Agostinelli ; Dalloz. 1993. Somm. 249, obs. Hassler ; JCP 1993. II. 22166, note Paisant ; Defrénois 1994, 354, obs. D. Mazaeud.

<sup>96</sup> Com. 29 juin 2010, FP-P+B+R+I, n°09-11.841

Pour aller plus loin : X. DELPECH, Manquement à une obligation essentielle : conditions de l'exclusion de la clause limitative de réparation, Dalloz, 7 juillet 2010

<sup>97</sup> P. JESTAZ, L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 27 s. ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Cujas, 1997, n° 857

<sup>98</sup> Com. 29 juin 2010, Faurecia, n° 09-11. 841 : Bull. civ. IV. n° 115 ; rapp. 2010 : clause limitative de réparation ne vidant pas en l'espèce de toute substance l'obligation essentielle.



engagement, elle doit être réputée non écrite<sup>99</sup>. De même, un transporteur aérien ne saurait s'exonérer à l'avance de toute responsabilité en cas de retard excessif sans porter atteinte à l'essence du contrat de transport aérien de personnes<sup>100</sup>.

Enfin, il ne serait pas raisonnable d'aborder l'appréciation des clauses limitatives de responsabilité sans aborder la fameuse « saga » des arrêts « Chronopost »<sup>101</sup> consacrant la prérogative pour le juge de réputer une clause non écrite. Ces arrêts, fortement critiqués<sup>102</sup>, en ce qu'ils ouvraient la voie au juge de procéder à une qualification de l'opération contractuelle, pour ensuite justifier une éradication partielle de ce qui fut pourtant accepté sans hiatus par les contractants, ont finalement été consacrés par l'Ordonnance. Notons toutefois que là où la jurisprudence « Chronopost » permettait au juge de sanctionner les clauses contredisant la portée de l'obligation essentielle en matière de clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité, le nouvel article 1170 vise « toute clause » en matière contractuelle. Le Champ d'application de la solution Chronopost s'élargit donc considérablement.

*Paragraphe 2 : Une appréciation de la clause instaurant un déséquilibre potentiel entre les obligations des parties dans un contrat d'adhésion*

En présence d'un contrat d'adhésion le juge est alors amené à apprécier divers éléments pour assurer l'équilibre contractuel qui doit exister entre les parties. En ce sens, devra tout d'abord être déterminée la qualification du contrat d'adhésion (A), pour ensuite appréhender le champ d'application dans lequel il se situe (B) et, finalement, apprécier le potentiel déséquilibre entre les droits et obligations des parties (C).

---

<sup>99</sup> Com. 9 juin 2009 : RDC 2009. 1359, obs. Mazeaud

<sup>100</sup> civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004 : LPA 7 juin 2006, note C. Grimaldi ; RDC 2005, 270, obs. D. Mazeaud

<sup>101</sup> Cass. Com., 22 oct. 1996 ; Cass. Com., 9 juill. 2002 ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, 2 arrêts, n° 02-18326 et 03-14112) ; Cass. com., 21 févr. 2006, n° 04-20139 ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14974 ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12619

<sup>102</sup> A. SERIAUX, L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle, Dalloz, 1997. 121 ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre

## A/ La détermination essentielle de la qualification de contrat d'adhésion

Le contrat d'adhésion<sup>103</sup> est celui dont « *les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »<sup>104</sup>. Il se distingue du contrat de gré à gré dont les stipulations sont librement négociées entre elles.

Dans le contrat d'adhésion, se dessine un déséquilibre économique entre les parties du fait que seule l'une d'elle est en mesure d'imposer ses conditions au contrat, le cocontractant n'ayant pour option que d'accepter ou refuser de contracter. C'est pourquoi, le juge, pour assurer la sécurité du contrat, s'est vu octroyer certaines prérogatives.

Dans ce dessein, l'article 1171 du Code civil dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

## B/ La délimitation du champ d'application instaurant les prérogatives du juge

Tout d'abord, le champ d'application de l'article 1171 est plus restreint que celui de l'article 1170 précité. En effet, lorsque le premier se limite aux contrats d'adhésion, le second quant à lui, a vocation à s'appliquer à tous les contrats. Cependant, pour M. MEKKI, « *la combinaison de ces deux articles pose question. Peut-on considérer que le législateur a entendu évincer toute application de l'article 1170 aux contrats d'adhésion ? Une répartition se ferait ainsi naturellement entre une police contractuelle des contrats de gré à gré, au moyen de l'article 1170, et une police des contrats d'adhésion au moyen de l'article 1171 du Code civil.*

---

<sup>103</sup> contrat d'adhésion est une invention doctrinale due à Raymond SALEILLES : « *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire (...), que l'on pourrait appeler, faute de mieux, contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même* » - R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Pichon, 1901, p. 229.

Sur cet ouvrage, Voir également : F. CHENEDE, R. SALEILLES, Le contrat d'adhésion (2e partie), RDC 2012. 1017.

Pour aller plus loin : T. REVET, Les critères du contrat d'adhésion, Dalloz, 2016. 1771

<sup>104</sup> Art. 1110 C. civ.

*Il paraît cependant difficile d'opérer une telle répartition. Rien dans le texte ni dans les débats qui ont précédé leur rédaction ne laissent entendre que le législateur a entendu opérer une telle application distributive »<sup>105</sup>.*

Toutefois, les deux articles ne sanctionnent pas le même type de clause. En effet, si l'article 1171 sanctionne une clause entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, que l'article 1170 sanctionne quand à lui les clauses portant atteinte à la substance de l'obligation essentielle. Ainsi, si le champ d'application de 1170 est théoriquement plus large, il reste toutefois plus difficile de prouver qu'une clause porte atteinte à la substance d'une obligation que de prouver un déséquilibre significatif.

#### C/ L'enjeu de la qualification du déséquilibre significatif

La notion de déséquilibre significatif mérite quelques précisions en ce qu'elle n'est pas clairement définie.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui a abrogé l'ancien article L.442-6, I, 2° b) du Code de commerce, sanctionnant l'abus de relation de dépendance et de puissance d'achat ou de vente a, dans un même temps, instauré la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce.

A ce titre, la Cour d'appel de Paris a rappelé que le juge commercial pouvait prendre appui sur les critères dégagés par le Code de la consommation pour appréhender le déséquilibre significatif<sup>106</sup>. Elle a ainsi proposé une définition de la notion de déséquilibre significatif dans « l'Affaire Ikea »<sup>107</sup> en précisant que « *la notion de déséquilibre significatif conduit à sanctionner le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne* ». Aussi peut-il être opportun pour le juge civil de reprendre cette définition en l'adaptant à l'article 1171 du Code civil.

---

<sup>105</sup> M. MEKKI, Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle, La semaine juridique (notariale), n°46, 18 novembre 2016, Actualités 1227.

<sup>106</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n° 12/03177, Galec, les juges ont, en effet, indiqué que « ces règles peuvent inspirer l'application de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce »

<sup>107</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° RG : 12/01166, Ikea Supply Chain, n° 12/01166 : JurisData n° 2013-010560

Notons toutefois qu'il existe des certitudes permettant d'apprécier la présence ou non d'un déséquilibre significatif dans le contrat d'adhésion. Pour ce faire, il convient de se placer au jour de la conclusion du contrat pour détecter un éventuel déséquilibre. De même, il ne faut pas prendre compte des circonstances ultérieures, qui relève quant à elle du régime de l'imprévision<sup>108</sup>. Enfin, peu importe le comportement du cocontractant auquel le déséquilibre peut être opposé, seule l'existence « objective » du déséquilibre est prise en compte.

Aussi, le déséquilibre significatif de cet article est donc différent de l'abus d'état de dépendance de l'article 1143 du Code civil mais également du déséquilibre significatif appréhendé par L.442-6, I, 2° du Code de consommation. Ce dernier texte suppose la démonstration d'une soumission ou à tout le moins, d'une tentative de soumission du partenaire commercial.

En outre, à l'instar du droit de la consommation et, contrairement au Code de commerce, l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter, ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

A titre d'exemple, il a été jugé par la Cour de Cassation que les clauses limitant la durée de validité du crédit de communication et de la ligne dédiée des cartes prépayées de téléphone ne peuvent pas être déclarées abusives dès lors que la durée de validité du crédit de communication et celle de la ligne dédiée participent de la définition de l'objet principal du contrat. Concernant la question du déséquilibre tenant au prix, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en faveur d'un contrôle du prix à trois reprises<sup>109</sup>. Or, avec l'article 1171 du Code civil, cette question est expressément écartée et s'intègre dans la lignée de l'article 1168 du Code civil qui dispose que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». En effet, il est aisément concevable que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte pas sur l'adéquation du prix à la prestation puisque cela reviendrait à serait admettre la généralisation de la lésion, que condamne l'article 1168 du Code civil.

---

<sup>108</sup> H. LENABASQUE, l'imprévision et les cessions de droits sociaux, BJS, sept. 2016, n°115m4

<sup>109</sup> CA Paris, 23 mai 2013, Ikéa, précit.. - CA Paris, 29 oct. 2014, GIE de radios, n° 13/11059. - CA Paris, 1er juill. 2015, Le Galec, n° 13/19251 : JurisData n° 2015-016920

In fine, l'intervention, et plus particulièrement le rôle du juge, s'apprécie in concreto, selon la nature du contrat. En effet, les règles applicables diffèrent et le débiteur considéré comme la partie économiquement la plus faible profite d'une interprétation contra proferentem<sup>110</sup>. L'objectif du juge se caractérisant toujours par une volonté de sanctionner un abus pour préserver l'équilibre contractuel.

### Paragraphe 3 : Une appréciation de la clause pénale

Une autre clause mérite toute attention en ce qu'elle confère d'importantes prérogatives au juge quant à sa sanction et sa modification. Il s'agit ici d'aborder la clause pénale<sup>111</sup>.

Par souci de clarté, sera tout d'abord abordé le principe en matière de clause pénale (A) pour ensuite aborder ses limites marquées par l'intervention du juge (B).

#### A/ Une clause pénale par principe faisant loi des parties

Il faut se référer à l'article 1231-5 du Code civil qui dispose en son alinéa premier que par principe : « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ».

Ainsi, comme l'ensemble des clauses sus évoquées, la volonté des parties exprimée dans le contrat s'applique de plein droit et leur tient force de loi.

#### B/ Les limites de la clause pénale justifiant l'intervention protectrice du juge

Néanmoins, l'article poursuit en précisant que « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

---

<sup>110</sup>lat. interpretation contre celui qui a proposé le contrat.

v. art 1190 C. civ. : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* » et art 211-1 ali 2 C. conso. : « *dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel* »

en ce sens : Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1974, n°73-13.482 ; Cass. Req. 16-12-1895. D. 1899. I. 387 ; Cass. Com. 20\_1\_1981 n°79-14-601 Bull Civ. IV n°42.

<sup>111</sup>Pour aller plus loin : D.MAZEAUD, la notion de clause pénale, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t 223, 1992, pref. F. Chabas

*Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut-être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.*

*Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.*

*Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ».*

En conséquence de ces termes, l'impact du juge peut être caractérisé en présence de clause pénale dans le contrat. Ce dernier, dès l'instant que la pénalité serait manifestement excessive ou dérisoire, peut « modérer » ou « augmenter » celle-ci. Le juge revêt ici un rôle purement protecteur, agissant au nom de la sécurité du contrat et plus particulièrement de ses cocontractants.

Ensuite, en précisant ensuite que la « *pénalité convenue peut-être diminuée* » lorsque l'engagement a été exécutée en partie, il est démontré l'adaptabilité dont le juge doit faire preuve pour porter son appréciation au plus juste de la situation des parties. Celui-ci apparaît ainsi comme un gardien de la sécurité contractuelle, limitant ou interdisant strictement toute pénalité excessive ou dérisoire qui viendrait menacer l'équilibre qui doit dicter l'engagement des parties.

Cette position est à ce titre rappelée en ce que « *Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.* »

In fine, force est de constater que l'Ordonnance consacre d'une part la liberté contractuelle avec l'article 1102 encourageant les parties à stipuler et rédiger des clauses de plus en plus précise mais, d'autre part, donne aussi un pouvoir très important au juge pour s'immiscer dans le contrat. Il est fait particulièrement référence ici aux article 1170 et 1171 du Code civil. En ce sens, M. MEKKI constate à juste titre que « *paradoxalement et d'un autre côté, cette pulvérisation des clauses contractuelles s'accompagne d'une nouvelle police des stipulations contractuelles. Il ne suffit pas d'user de ces clauses, encore faut-il ne pas en abuser* »<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> M. MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Revue des sociétés 2016 p. 563.

En toutes hypothèses, le juge demeure le meilleur acteur de la sécurité du contrat face aux clauses qui peuvent en menacer la portée. Cette constatation se manifeste également dans son intervention d'évaluation du juste prix du contrat.

## **SECTION 2 : Un juge évaluant le juste prix dans le contrat**

S'ajoute à l'appréciation des clauses insérées dans le contrat, une potentielle intervention du juge en évaluer le juste prix de ce dernier. En ce sens, il convient d'aborder son pouvoir de révision des prix abusif (paragraphe 1), pouvant aboutir une réduction en réponse à un fait d'inexécution de l'une des parties (paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : Un pouvoir de fixation du prix dans le contrat par le juge*

Il est désormais admis aux art 1163, 1164 et 1164 du Code civil que l'absence de fixation du prix n'exclue pas la validité du contrat valablement formée et, ne constitue donc pas une cause de nullité.

Aux termes de l'article 1163, le prix doit être « *possible et déterminé ou déterminable* ». <sup>113</sup> Ainsi, en l'absence de fixation de prix dans le contrat lors de sa conclusion et d'accord des parties sur sa détermination, a posteriori, le juge interviendra. Il lui revient alors, de fixer le prix en tentant de le « *déduire du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieurs des parties, sans qu'un nouvel accord soit nécessaire* ».

La précision selon laquelle le juge doit le « déduire du contrat » signifie, tenir compte de l'attente légitime des parties et donc respecter l'équilibre contractuel.

---

<sup>113</sup> Pour aller plus loin : J. MOURY, Détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, Dalloz, 2016, p.1013

Paragraphe 2 : Une réduction du prix en réponse à l'inexécution de l'une des parties de ses obligations contractuelles

L'article 1217 du Code civil prévoit que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement peut* » « *solliciter une réduction du prix* ».

En pratique, suite à une mise en demeure, le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et, solliciter une réduction proportionnelle du prix. De plus, s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais<sup>114</sup>.

Selon le rapport au Président de la République, « *il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu* ».

Cette possibilité représente une innovation de l'Ordonnance puisque cette prérogative du juge était jusqu'alors uniquement prévue dans certains domaines à ce titre, en matière de vente, la réduction du prix était admise par certains textes<sup>115</sup> et par des tribunaux, à la précision faite de se trouver dans l'hypothèse d'une ventes commerciales.<sup>116</sup>

Désormais, l'article 1217 a une application généralisée à tous les contrats soumis au régime de droit commun. Tout ceci caractérise le panel de prérogatives dont dispose le juge pour préserver l'équilibre contractuel et plus largement la sécurité du contrat.

Que le juge remette en cause le contrat ou sanctionne un abus, son intervention dans l'écrit contractuel semble finalement justifiée. En effet, malgré l'accroissement du rôle des parties dans le contrat par le législateur<sup>117</sup>, le juge apparaît toujours comme le meilleur gardien de la sécurité qui doit caractériser le contrat de la formation jusqu'à son exécution.

---

<sup>114</sup> Art. 1223 C. civ.

<sup>115</sup> Art. 1644 C. civ. : au titre de la garantie des vices cachés ; art. 1617 et 1674 : pour défaut de contenance ou lésion en matière de vente immobilière ; C. Conso. art. L 211-10 C. Conso. : au titre de la garantie légale de conformité

<sup>116</sup> Cass. 3e civ. 26-10-2011 n° 09-10.699 : RJDA 3/12 n° 273

<sup>117</sup> v. Partie I, p. 29





## **PARTIE II – L’INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT, UN COUPLE ILLEGITIME ENTERINÉ**

S’il a pu être démontré que le juge intervenait légitimement dans le contrat pour assurer la sécurité de celui-ci et, plus précisément l’équilibre contractuel, son intervention peut également apparaître comme profitable exclusivement qu’à l’une des parties.

Cette constatation se remarque spécifiquement dans notre droit français en cas de difficulté du débiteur, qui n’est plus en état de faire face à ses obligations<sup>118</sup>. Le débiteur concerné peut alors être un professionnel ou un consommateur, lequel s’est vu reconnaître une protection de rétablissement renforcée récemment dans notre système juridique.

A ce titre, il conviendra de développer la position selon laquelle il existerait une remise en cause de la force exécutoire des contrats au profit de la personne physique surendettée (CHAPITRE 1) pour ensuite appréhender son rôle en cas pour permettre la survie d’une entreprise en difficulté (CHAPITRE 2).

---

<sup>118</sup> PERRU, L’impayé, 2005, LGDJ, n°1 s.

## **CHAPITRE 1 : Une remise en cause de la force obligatoire des contrats au profit de la personne physique surendettée**

Notre société est marquée par une vision du surendettement qui a beaucoup évolué. Traditionnellement orienté vers les entreprises, le crédit s'est largement développé pour les particuliers, si bien qu'il pourrait être considéré que l'endettement est devenu « *un mode habituel de gestion des patrimoines* <sup>119</sup> ».

Pour appréhender au plus près la réalité de cette procédure particulière mise en œuvre pour contrer la précarité et l'exclusion sociale, il convient, d'une part, d'aborder l'homologation du juge des mesures de mises en place (SECTION 1) et ensuite, l'effacement des dettes accordé à une personne à la situation irrémédiable (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Un juge homologuant la mise en place de mesures de surendettement**

En matière de surendettement des particuliers et des familles, la loi du 31 décembre 1989<sup>120</sup>, plusieurs fois modifiée<sup>121</sup>, a organisé une procédure de règlement amiable devant une commission départementale d'examen des situations de surendettement qu'il convient d'approfondir (paragraphe 1) avant d'appréhender la décision du juge concernant les mesures proposées (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Une intervention du juge conditionnée par un recours devant la commission de surendettement**

Le juge va intervenir dans la mise en place des mesures de surendettement après un recours devant la commission de surendettement. A ce titre, il convient de préciser les

---

<sup>119</sup> OPPETIT, l'endettement et le droit, mel. En hommage à André Breton et Fernand Derrida, 1991, Dalloz, p. 295 s.

<sup>120</sup> no 89-1010, 31 déc. 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, JO 2 janv. 1990, p. 18.

<sup>121</sup> loi dite Neiertz n°89-1010 du 31 décembre 1989 ; loi n°93-949 du 26 juillet 1993 ; loi n°95-127 du 8 février 1995 ; loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 ; loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> Aout 2003 ; loi n°2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 ; loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 ; loi n°2014-190 du 21 février 2014

conditions pour bénéficier de ces mesures (A), pour ensuite apprécier la situation de la personne qui déterminera la procédure choisie par la commission (B).

#### A/ Les conditions pour bénéficier des mesures de surendettement

Afin de bénéficier des mesures de surendettement, le Code de la consommation précise que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* »<sup>122</sup>.

Ainsi, « *le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée* »

Ces précisions faites, il convient d'appréhender le recours potentiel à la commission de surendettement qui ne peut s'opérer qu'à l'initiative du débiteur<sup>123</sup>.

#### B/ La situation de la personne surendettée déterminant la procédure choisie par la commission

Le Code de la consommation poursuit en précisant que « *lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, des mesures de traitement peuvent être prescrites devant la commission de surendettement des particuliers* »

Il se comprend alors que ce recours n'est pas automatique. En effet, « *lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées à l'alinéa précédent* » la commission de surendettement pourra procéder à d'autres mesures pour tenter de rétablir la situation de la personne concernée au plus vite et ne pas laisser la situation de la personne s'aggraver. En effet, le droit du surendettement obéit à une logique curative et sociale propre

---

<sup>122</sup> Art 711-1 C. Conso. et s.

<sup>123</sup> Art. L331-3, I, al. 1<sup>er</sup> C. Conso.

dont l'évolution législative démontre bien l'idée selon laquelle plus la situation sera traitée rapidement, plus la personne s'offrira de chances de retrouver une situation financière décente.

Ainsi, en pareille situation, la commission pourra « *recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale* ».

Egalement, il lui sera possible de « *saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle constate que le débiteur n'est pas dans la situation* » mentionnée ci-dessus.

Se rapportant aux pouvoirs de la commission, il a été admis que cette dernière n'avait aucun pouvoir juridictionnel<sup>124</sup>. Son rôle est de choisir la procédure la plus adaptée à la situation financière du débiteur. Ainsi, si celle-ci ne semble pas totalement compromise, la commission optera pour une procédure amiable, permettant l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement<sup>125</sup>. Cependant, en l'absence d'accord entre les parties, seront imposées des mesures au débiteur et créanciers<sup>126</sup> ou leur en seront proposées, et dans ce cas, ces mesures nécessiteront l'homologation du juge du tribunal d'instance<sup>127</sup>.

Depuis la loi du 1 juillet 2010, lorsque le débiteur présentera une situation irrémédiable, la commission optera pour la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire et saisira directement le juge du tribunal d'instance<sup>128</sup> si la personne détient des biens autres que

---

<sup>124</sup> civ. 2<sup>ème</sup>, 18 déc. 2003, n° 02-04.149 : la commission ne constitue pas un tribunal au sens de l'art. 6 de la CEDH pour aller plus loin : V. VALETTE-ERCOLE, Incidences des nouveaux pouvoirs attribués aux commissions de surendettement, CCC 2011. Focus 1

Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, Surendettement des particuliers, Dalloz, juin 2013 (actualisation Février 2017, p. 9 §53

<sup>125</sup> Art. L331-6 C. Conso.

<sup>126</sup> Art. L331-7-1 C. Conso.

<sup>127</sup> Art. L331-7-1 et -2 C. Conso.

<sup>128</sup> Art. L331-3, III C. Conso.

ceux meublants ou la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire en l'absence d'autres biens<sup>129</sup>.

Le rôle de la commission précisé, il convient désormais d'approfondir celui du juge dans cette procédure.

### Paragraphe 2 : Une décision du juge nécessaire à l'application des mesures envisagées

Depuis la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, la compétence jusqu'à présent dévolue au juge de l'exécution en matière de surendettement a été confiée au juge d'instance. Ce transfert s'est opéré à compter du 1er septembre 2011<sup>130</sup>. Son rôle mérite une distinction selon qu'il existe une contestation du débiteur (A) ou en l'absence (B).

#### A/ L'intervention du juge en présence d'une contestation du débiteur

Tout d'abord, il est posé comme principe à l'article L330-1 du Code de la consommation que « *le juge du tribunal d'instance connaît de la procédure de traitement des situations de surendettement devant la commission de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel* ».

A ce titre, suite aux recommandations qui peuvent être faites par la commission, les parties peuvent contester ces dernières devant le tribunal d'instance dans un délai de quinze jours. Sur ce point, l'article L332-2, al. 2 du Code de la consommation précise que le juge pourra alors ordonner l'exécution provisoire de certaines d'entre elles.

Aussi, il convient de préciser que principe du contradictoire<sup>131</sup> doit être respecté, le juge doit également apprécier si les conditions de fond de la procédure de surendettement sont remplies. Le code de la consommation prévoit une vérification d'office qu'en matière de créances et de titres<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Art. L331-1 C. Conso.

<sup>130</sup> BLÉRY, Transfert du contentieux du surendettement, JCP 2011. 807, no 1355

<sup>131</sup> Art. 6 CEDH. Ainsi, les parties doivent être convoquées 15 jours avant l'audience (art. R. 334-16 C. Conso) ainsi que la commission qui sera alors assimilée à un tiers conciliateur (civ. 2<sup>ème</sup>, 21 octobre 2004, n°00-20. 515, Bull. civ. II, n°476). La procédure est orale. Ce jugement est exécutoire de plein droit, un recours est cependant possible.

<sup>132</sup> Art. L332-2, al. 4 C. Conso.

En outre, le juge détient le pouvoir de procéder à des investigations et ainsi compléter le dossier d'instruction<sup>133</sup>. En ce sens, pourront être demandées la communication d'informations sur la situation du débiteur et notamment son évolution<sup>134</sup>, la vérification de certaines créances ou encore la publication d'un appel aux créanciers<sup>135</sup>.

Le juge bénéficie d'un réel pouvoir juridictionnel en ce sens, il pourra ne pas se cantonner aux mesures à homologuer mais, pourra instaurer d'autres mesures dès lors qu'elles prennent en compte « *l'intérêt du débiteur, les modalités de la dette ou l'attitude du créancier et si, dans le même temps, elles visent à apurer le passif* »<sup>136</sup>.

Il devra également déterminer le minimum vital laissé au débiteur<sup>137</sup>, obligation qui est d'ordre public<sup>138</sup>.

#### B/ L'intervention du juge en l'absence de contestation du débiteur

En l'absence de contestation du débiteur, le juge du tribunal d'instance n'aura qu'un rôle d'homologation des recommandations de la commission, leur donnant ainsi force exécutoire<sup>139</sup>.

En ce sens, contrairement au contrôle approfondi qui peut être opéré en cas de contestation, ici, le juge se limite à un contrôle minimal adapté aux mesures de recommandations énoncées par la commission<sup>140</sup>. A ce titre, le juge n'a pas de pouvoir d'instruction<sup>141</sup> et devra se restreindre à vérifier le respect des formalités des mesures en cause sans vérifier que les conditions de la procédure de surendettement sont réunies<sup>142</sup>.

Sur ce point, l'article R334-11 en son alinéa 3 du Code de la consommation rappelle ce contrôle restreint du juge en ce qu'il « *ne peut ni (...) compléter ni (...) modifier* » le contenu des mesures.

---

<sup>133</sup> Art. L332-2, al. 5 C. Conso.

<sup>134</sup> Art. L332-2 in fine C. Conso

<sup>135</sup> Art. L332-2, al. 3 ; R. 334-15 C. Conso.

<sup>136</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, n°90-40. 061, bull. civ. I, n°100

<sup>137</sup> Art. L332-3 C. Conso

<sup>138</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 oct. 2000, n° 99-04. 148, Bull. civ. I, n°256 ; CCC 2001, n°148, obs. Raymond

<sup>139</sup> Art. L332-1 C. Conso

<sup>140</sup> BOUDON, CLAUSE, Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations, Gaz. Pal. 2001. 1. Doctr. 35

<sup>141</sup> Cass. Avis, 13 nov. 2006, BICC 1<sup>er</sup> fév. 2007, p. 31, rapp. Leroy-Gissinger, obs. Domingo

<sup>142</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 oct. 2006, n°05-04.001, Dalloz, 2007, 61 note Henaff

Il se dégage de ce développement, l'impact que le juge peut avoir dans le cadre d'une procédure de surendettement. Sa priorité est de favoriser uniquement l'intérêt du débiteur se trouvant dans une situation financière délicate, au détriment, évident, des cocontractants affectés indépendamment de leur volonté par cette immixtion du juge dans le contrat qui les liait avec le débiteur.

Aussi, outre ces prérogatives pouvant être considérée comme créant d'illégitimes inégalités, le juge se voit reconnaître un rôle plus accru encore dans l'hypothèse d'un rétablissement personnel.

## **SECTION 2 : Un juge accordant l'effacement des dettes d'une personne à la situation financière irrémédiable**

L'article L330-1 du Code de la consommation précise que « juge du tribunal d'instance peut, avec l'accord du débiteur, décider l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire » ou, peut également « prononcer un redressement personnel sans liquidation judiciaire » selon la nature et la valeur des biens du débiteur.

Afin, d'éclaircir le rôle dont le juge est habilité par ce texte, il convient d'exposer le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire (paragraphe 1) avant d'envisager celui avec liquidation judiciaire (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire**

Se rapportant au rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, il convient d'appréhender les conditions nécessaires pour bénéficier de cette mesure ultime (A) avant d'envisager sa mise en œuvre (B).

A/ Les conditions nécessaires pour bénéficier de cette mesure ultime



La procédure de rétablissement personnel présente une certaine gravité en ce sens, la Cour de cassation a précisé dans un avis, qu'elle ne peut être employée qu'en dernier recours, si aucun autre moyen n'est envisageable pour apurer le passif du débiteur dans les délais légaux, ni d'assurer le redressement de celui-ci<sup>143</sup>. Il faut comprendre qu'aucune autre mesure proposée par la procédure de surendettement ne serait suffisante à remédier à la situation financière irrémédiable.

Pour ce faire, en plus du devoir de bonne foi du débiteur<sup>144</sup>, la jurisprudence a apporté certaines conditions concernant les éléments à prendre en considération pour prétendre à cette ultime mesure. Ainsi, le juge devra prendre en compte la situation personnelle et familiale du débiteur concerné. A ce titre, il faut comprendre par « situation du débiteur » ; son âge, ses qualifications, son état de santé, les personnes éventuellement à sa charge et tous les éléments concrets permettant une vision réaliste de son état financier dans une considération très large<sup>145</sup>. S'ajoute également certaines conditions de forme<sup>146</sup>.

In fine, la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire n'est envisageable qu'à la condition que le débiteur ne dispose d'aucun bien saisissable qui serait alors susceptibles de permettre le rétablissement de celui-ci.

#### B/ La mise en œuvre de la procédure

La mise en œuvre d'une telle procédure s'effectue par la commission qui en fera la proposition au débiteur concerné par lettre recommandée avec avis de réception, précisant ainsi la possibilité pour celui-ci de la contester dans un délai de quinze jours devant le tribunal d'instance<sup>147</sup>. Intervient alors le juge qui homologuera cette recommandation pour lui donner force exécutoire.

Il convient de préciser que depuis l'Ordonnance du 14 mars 2016<sup>148</sup>, le juge s'est vu restreindre ses pouvoirs en cas d'absence de contestation. Ainsi, dans cette hypothèse, il devra simplement

---

<sup>143</sup> cass., avis, 10 janvier. 2005n°05-00.01, Bull. avis n°1

<sup>144</sup> Art. L724-2 à L724-4 C. Conso.

<sup>145</sup> TI Niort, 7 avril 2004, CCC 2004. Comm. 102, note Raymond – Paris, 22 février 2006, CCC 2006. Comm. 171, note Raymond – Poitiers, 31 janvier 2007, CCC 2007. Comm. 225, note Raymond

<sup>146</sup> Pour aller plus loin : Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, Surendettement des particuliers, Dalloz, juin 2013 (actualisation Février 2017), p. 24

<sup>147</sup> Art. L741 et Art. R. 741-1 C. Conso.

<sup>148</sup> Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016

vérifier la régularité et le bien fondé et ne dispose pas du pouvoir de s'assurer que le débiteur se trouve dans la situation visée par l'ancien article L330-1 du code de la consommation<sup>149</sup>.

Enfin, en cas de contestation le juge se voit revêtir ses pouvoirs d'instruction habituels tels que déjà énoncés en cas de contestation du débiteur d'une mesure de surendettement.

### Paragraphe 2 : Le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire

Le rétablissement personnel avec liquidation mérite quelques précisions quant à ses conditions strictes d'application (A) pour ensuite développer sa mise en œuvre (B).

A/ Les conditions strictes pour bénéficier de cette procédure portant atteinte au patrimoine du débiteur

Contrairement au rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, celui avec liquidation judiciaire doit impérativement recueillir le consentement du débiteur. En effet, cette procédure porte particulière atteinte à son patrimoine ainsi, s'il s'agit de la commission qui est à l'origine du déclenchement de cette procédure, il faudra un accord écrit, sur un formulaire, avec convocation du débiteur<sup>150</sup>. Cependant, en cas de procédure à l'initiative du juge, un simple accord verbal lors de l'audience suffit puisqu'il sera alors constaté par le greffier.

Enfin, force est de rappeler que cette procédure ne pourrait être envisageable qu'à la condition que le débiteur dispose d'un patrimoine composé de biens saisissable puisque, dans l'hypothèse inverse, ne pourrait être engagée qu'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.

B/ La mise en œuvre de la procédure

L'ouverture d'une telle procédure va tout d'abord entraîner la suspension des procédures civiles en cours d'exécution et ainsi, le traitement de tous les créanciers sur un pied d'égalité. Lesquels,

---

<sup>149</sup> civ. 2<sup>ème</sup>, 26 sept. 2013, n° 12-23. 676, Dalloz, 7 octobre 2013, obs, Avena-Robardet ; Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, Surendettement des particuliers, Dalloz, juin 2013 (actualisation Février 2017), p. 24

<sup>150</sup> art. L721-1, L 721-2, L722-12, L723-1, L712-6 à 9, L742-1 C. Conso.

à l'issue du jugement d'ouverture, vont pouvoir déclarer leurs créances.

Egalement lors du jugement d'ouverture, le juge pourra encore, s'il estime qu'une procédure de redressement personnel avec liquidation peut être évitée, écarter cette mesure et établir un plan de redressement d'une durée maximum de sept ans, contenant des recommandations telles que la commission aurait pu envisager.<sup>151</sup>

Enfin, toujours à ce moment appréhendé, il est important de préciser que le débiteur ne dispose plus de ses biens. S'il ne respectait pas cette interdiction ou qu'il aggravait sa situation personnelle, cela pourrait remettre en cause toute la procédure à laquelle il serait déchu.

Bien que la commission de surendettement semble, suite aux récentes réformes, sus mentionnées, se voir reconnaître des pouvoirs élargis, le juge demeure malgré tout la parole ultime de chacune des procédures abordées. En ce sens, il y a tout lieu de penser que la volonté du législateur ici n'est pas clairement de défaire le juge de certaines de ses prérogatives mais plutôt accélérer la procédure pour prendre en charge le plus rapidement possible la personne en difficulté financière. A ce titre, connaissant l'engorgement permanent actuel des tribunaux, la commission apparaît la mieux disposée à prendre des mesures nécessaires.

Le juge s'impose malgré tout comme l'acteur au secours exclusif de la personne surendettée, excluant considérablement les intérêts des cocontractants potentiels de cette dernière. Cette position est largement critiquable au nom de la force exécutoire des contrats qui s'avère rompu. Intervenant ainsi dans l'équilibre contractuelle des personnes physiques, le juge adopte une position similaire en présence d'entreprises en difficulté qu'il convient d'approfondir.

---

<sup>151</sup> Art, L724-24 et -25 C. Conso.

## **CHAPITRE 2 : La protection de l'entreprise en difficulté prévalant face aux intérêts particulier des cocontractants**

Le droit des entreprises en difficulté est un droit dérogatoire du droit commun. A ce titre, le juge a su mettre en place certaines pratiques portant atteinte à la liberté contractuelle. En ce sens, il va pouvoir imposer certaines modalités aux créanciers néfastes au rétablissement de l'entreprise en difficulté (SECTION 1), ou encore prononcer la nullité de contrats douteux conclus pendant la période suspecte (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Un juge imposant certaines modalités aux créanciers néfastes au rétablissement de l'entreprise en difficulté**

Deux modalités peuvent être imposées par le juge à savoir, d'une part, des délais de paiement (paragraphe 1) et, d'autre part, la réduction des taux d'intérêt (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : L'imposition de délais de paiement par le juge**

Par principe, le juge commissaire « *est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ». Cette précision qui semble signifier que le juge agit dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, démontre particulièrement bien le paradoxe qu'il existe depuis l'émergence des procédures collectives. En effet, la succession des réformes qui ont marqué cette matière semblaient parfois accorder principalement des droits au débiteur ou a contrario, préserver les intérêts des créanciers.

Cependant, force est de constater qu'à bien des égards, les « intérêts en présence » s'avèrent principalement orientés au profit de l'entreprise et au renouveau de sa situation.

A ce titre, malgré l'interdiction en cas d'accord amiable de porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires<sup>152</sup>, l'article 1343-5 du Code de commerce en son alinéa 1 dispose : « *le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins*

---

<sup>152</sup> Art. 611-8 II C. com.

*du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ».*

Ainsi, lorsque certains créanciers refusent la conciliation et essaient de tirer avantage de cette situation en assignant le débiteur, le juge va pouvoir imposer sur simple requête du débiteur ou du conciliateur des délais de grâce aux créanciers qui ne souhaitent pas participer à la conciliation ou ceux, qui n'y n'ont pas été invités à participer et qui ont mis en demeure le débiteur de payer.

Accepter le paiement de certaines créances alors que le débiteur est dans une situation de difficulté financière reviendrait à faire échouer ses chances d'élaborer un plan avant même de l'avoir mis en place.

Cette intervention du juge et l'imposition unilatérale de délai de paiement se fait dans l'intérêt exclusif du débiteur, au mépris des dispositions contractuelles du contrat. En ce sens, « toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

#### *Paragraphe 2 : La réduction des taux d'intérêt par le juge*

L'article 1343-5 du Code de commerce poursuit en précisant que « *par décision spéciale et motivée, il (le juge) peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital* ». De plus, « *la décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.* »

In fine, on peut se demander si finalement, seule la pérennité de la vie de l'entreprise doit être prise en compte dans les critères posés par l'article 611-8 II du Code de commerce pour homologuer un accord de conciliation. La protection du créancier semble, ici, complètement délaissée.

## **Section 2 : Un juge prononçant la nullité des contrats douteux durant la période suspecte**

Le juge peut être amené à prononcer la nullité de certains contrats douteux durant la période suspecte. Ainsi, une finalité différente apparait de celle imposée en droit civil

(paragraphe 1). Cette finalité semble n'avoir que pour objet la préservation de l'actif du débiteur du débiteur (paragraphe 2).

*Paragraphe 1 : Une finalité différente de celle imposée en droit civil*

La période suspecte n'est pas définie clairement par le code de commerce, cependant elle peut s'apprécier comme la période comprise entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture.

En ce sens, le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire détermine la date de cessation des paiements. Cependant, il est avéré que cette date ne correspond quasiment jamais à la réelle date d'état de cessation des paiements en ce sens que le débiteur dispose d'un délai de 45 jours pour la déclarer<sup>153</sup>. Ainsi, la période qui s'écoule entre le jugement d'ouverture et la date réelle d'état de cessation des paiements constitue la période suspecte.

Un chef d'entreprise peut être tenté de faire sortir de son patrimoine professionnel certains éléments pour les préserver de l'impact de la procédure collective va conclure certains contrats qualifiés de suspects en amont de déclarer son état de cessation des paiements.

Aussi, pour conférer à la période suspecte la souplesse nécessaire à son efficacité, les textes ne donnent pas un caractère définitif à la date de cessation des paiements et admettent la possibilité de la repousser dans le temps.

La finalité recherchée ici se diffère de celle en droit civil qui est de sanctionner les conditions de formation du contrat. La finalité des nullités du droit des procédures collectives est différente puisqu'elle vient sanctionner les contrats présumés frauduleux par rapport aux objectifs de la législation. En conséquence, le contrat pourra être touché de nullité par le juge alors même qu'il a été valablement formé.

---

<sup>153</sup> Art. L. 631-4 alinéa 1 C. co.

Il se constate ici une différence avec le droit commun ou il a été précisé que « *seul le destinataire d'un acte est recevable à se prévaloir de la nullité de cet acte en raison d'une irrégularité de forme l'affectant* »<sup>154</sup>.

Il se caractérise alors un réel pouvoir d'immixtion dérogatoire au droit commun du juge dans un contrat pourtant légalement formé. Ceci va se traduire par le prononcé de la nullité du contrat purement et simplement de la volonté arbitraire du juge.

*Paragraphe 2 : La volonté du juge de préserver au maximum le patrimoine du débiteur*

Durant la période suspecte, le juge pourra, dès lors qu'un contrat lui apparaît disproportionné ou suspect, prononcer sa nullité pour préserver le patrimoine du débiteur<sup>155</sup>. On parle alors d'action en reconstitution de l'actif.

En effet, le droit des procédures collectives est dérogatoire du droit commun des contrats, la volonté du juge se résume ici à aider le débiteur en difficulté tout en s'assurant de sa bonne foi. Bien que répondant à un objectif légitime, le juge porte fortement atteinte à la liberté contractuelle du débiteur ainsi, la date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture<sup>156</sup> ou, sauf cas de fraude, être reportée à une date antérieure à la décision définitive d'homologation de l'accord amiable conclu dans le cadre de la procédure de conciliation.

Doivent ainsi être distingués, les actes nuls de plein droit (A) de ceux nuls par appréciation du juge (B).

A/ Les actes nuls de plein droit

Ces actes sont prévus à l'article L632- 1 du code de commerce qui dispose :

« I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :

---

<sup>154</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 1er septembre 2016, pourvoi n°15-16918,

<sup>155</sup> ex d'appréciation d'acte suspect : Com. 16 mars 2010, n° 09-11430, Société Everest c/ Ph. Serrano, ès qual. : rejet du pourvoi au motif que l'admission d'un créancier pour la partie impayée de la créance, même revêtue de l'autorité de la chose jugée, ne mettait pas obstacle à l'action en nullité des paiements partiels reçus en période suspecte.

<sup>156</sup> art. L 631-8 C. Co

- 1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
- 2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;
- 3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;
- 4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;
- 5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;
- 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;
- 7° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ;
- 8° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent code ;
- 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;
- 10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ;
- 11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur ;
- 12° La déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur en application de l'article L. 526-1. »

Ces actes visés seront frappés de nullité par le juge sans qu'intervienne aucune interprétation de sa part cependant, pour d'autres, une appréciation sera nécessaire pour aborder la situation du débiteur au plus près de sa réalité.



## B/ Les actes nuls par appréciation du juge

Tout d'abord, le II de l'article L632-1 du code de commerce mentionné précédemment renvoie à certains actes du I en ce que « *le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I et la déclaration visée au 12° faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements* ».

Enfin, l'article L632-2 du code de commerce dispose : « *Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.*

*Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci. »*

Ces précisions apportées, le juge s'apparente un « chef d'orchestre », arbitre de chaque acte du débiteur pour préserver son patrimoine et sauver son entreprise.

Bien que parfois fortement intrusif dans les relations qui lient les cocontractants il n'en demeure pas moins que « *Le droit de contracter n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur* »<sup>157</sup>.

\*\*\*

---

<sup>157</sup> CAMBACÈRES, dans son rapport fait à la Convention nationale sur le deuxième projet de Code civil.

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **OUVRAGES :**

- G. CORNU, Vocabulaire juridique, v. bonne foi, PUF
- M. HEIDEGGER, Holzwege, 4e éd., Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann Verlag, 1963, p. 197. ( traduction reprise telle qu'elle est présentée par G. KALINOWSKI, Philosophie et logique de l'interprétation en droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome 17 – L'interprétation dans le droit, Paris, Sirey, 1972, p. 40
- D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 603 et s.
- D. MAZEAUD, Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple « illégitime »), Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005
- Ph. REMY, Droit des contrats : questions, positions, propositions, Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, n°4, p. 271-272
- H. MOTULSKY, Droit processuel, Les cours de droit, 1971, p. 7
- R. PERROT, Cours de droit judiciaire privé, Les cours de droit, 1976-1977, spéc. p. 79. PUAM, 1993, p. 9 et s.
- Ph. REMY, Droit des contrats : questions, positions, propositions, Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, n°4, p. 271-272
- E. ZOLLER, Dictionnaire de la culture juridique, v. bonne foi, 2003, PUF

### **REVUES :**

- P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p.771 et s.
- F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Dalloz, 2017, p. 721
- AUBERT, *le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p. 116
- A. BENABENT, *Les nouveaux mécanismes*, La réforme du droit des contrats : quelles innovations, RDC 2016. 17, hors-série
- J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants, est on allé trop loin, la nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99 et s.
- G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, 1977, Les cours du droit, no 289
- G. CORNU, *L'évolution du droit des contrats en France*, journées de la société de législation comparée, 1979, p.448
- H. CROZE, *Une vision procédurale de la réforme des obligations*, Procédures 2016. 8 ;

- M. DE FONTMICHEL, Les nouvelles actions interrogatoires, Dalloz, 2016, p.1665
- D. DENIS, La clause de style, Etudes offertes à Jacques Flour, Paris, Répertoire du Defrénois, 1979, n°5, p 119
- D. DENIS, La clause de style, Etudes offertes à Jacques Flour, Paris, Répertoire du Defrénois, 1979, n°5, p 119
- N. DISSAUX et C. JAMIN, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, Dalloz, 2015, spéc. p. 22, 52 et 83
- C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, 1987, LGDJ
- M. DE FONTMICHEL, Les nouvelles actions interrogatoires, Dalloz, 2016, p.1665
- M. LATINA, Contrats (généralités), Dalloz, décembre 2013 (actualisation : juin 2016), § 59 à 66
- G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *in* Observations sur le Projet de réforme du droit des contrats et des obligations, LPA 2015, n° 177, n° spécial, spéc. p. 53 et 63 ;
- D. MAZEAUD, Présentation de la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 2016, n° 8, p. 17 ;
- D. MAZEAUD, Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003, n°22 et s., p. 307 et s.
- J. MESTRE ; A. LAUDE, l'interprétation « active » du contrat par le juge », le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p.9 et s.
- J. MESTRE, JC RODA, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, paragraphe 810, p.473- J.
- MESTRE ; A. LAUDE, L'interprétation « active » du contrat par le juge », Le juge et l'exécution du contrat,
- J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants, est on allé trop loin, la nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 99 et s.
- N. MOLFESSIS, J. KLEIN, G. WICKER et H. BOUCARD, Projet d'ordonnance pourtant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications, JCP 2015, suppl. n° 21, spéc. p. 12, 30 et 35 ;
- P. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, bonne foi, Rép. Civ. Dalloz, 2017. (1-26)
- V. F. RANIERI, bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil *law*, RID comp. 1998. 1055, spéc. p. 1062 s.
- L. RICHER, Arbitrage et conciliation, Dalloz, mars 2001 (actualisation : février 2017)
- F. ROUVIÈRE, La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix en Provence, France Dalloz, 2011, § 1-3
- J-B SEUBE, Droit des obligation, sources : contrats. Leçon 6 : La force obligatoire du contrat, Université Numérique Juridique Francophone

- R. PERROT, Cours de droit judiciaire privé, Les cours de droit, 1976-1977, spéc. p. 79.
- C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, 1987, LGDJ

**THÈSES :**

- FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, thèse Paris I, éd. 1992.
- F. GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse Paris, Dalloz 1910, p.10 :

# TABLE DES MATIÈRES :

<b>REMERCIEMENTS .....</b>	<b>5</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS : .....</b>	<b>6</b>
<b>SOMMAIRE : .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCTION : .....</b>	<b>9</b>
<b>CHAPITRE 1 : Le rappel des principes dictant les relations contractuelles.....</b>	<b>9</b>
SECTION 1 : Des parties menées par la liberté contractuelle .....	9
SECTION 2 : Un juge par principe exclu des relations contractuelles .....	10
<b>CHAPITRE 2 : Le paradoxe entre l'interventionnisme du juge et le renforcement du rôle des parties dans le contrat .....</b>	<b>12</b>
SECTION 1 : Le renforcement du rôle des parties dans le contrat .....	12
Paragraphe 1 : Un devoir de bonne foi et une obligation d'information renforcés pour les parties .....	12
A/ L'obligation de bonne foi et de loyauté .....	12
B/ Le devoir d'information .....	15
Paragraphe 2 : L'émergence de nouvelles prérogatives extrajudiciaires pour les parties .....	16
A/ Les actions interrogatoires .....	16
1) Le nouvel article 1123 du Code civil relatif au pacte de préférence .....	17
2) Le nouvel article 1158 du Code civil relatif aux pouvoirs du représentant conventionnel .....	17
3) Le nouvel article 1183 du Code civil relatif à la nullité du contrat .....	18
B/ La résolution de litiges sans l'intervention du juge .....	18
1) Le nouvel article 1178 du Code civil .....	18
2) La Lex mercatoria .....	19
3) L'arbitrage, la conciliation, la médiation .....	19
4) Les clauses contractuelles .....	20
SECTION 2 : Une justice contractuelle de plus en plus marquée .....	21
Paragraphe 1 : La consécration de la théorie de l'imprévision .....	21
Paragraphe 2 : La révision du prix en présence d'un pacte de préférence .....	22
Paragraphe 3 : Des pouvoirs d'appréciation étendus quant au contenu du contrat ou sa validité .....	22
<b>CHAPITRE 3 : La question du véritable rôle du juge en matière contractuelle dans notre droit positif .....</b>	<b>23</b>
SECTION 1 : Un rôle du juge non clairement défini.....	24
SECTION 2 : Un juge à la recherche de la commune intention des parties ? .....	25
SECTION 3 : Un juge assurant la sécurité du contrat ? .....	26
<b>PARTIE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT, UNE SÉCURITÉ CONSACRÉE .....</b>	<b>28</b>
<b>CHAPITRE 1 : Une remise en cause du contrat au profit de la relation contractuelle.....</b>	<b>29</b>
SECTION 1 : Un juge appréciant l'écrit contractuel en faveur de l'opération contractuelle .....	29
Paragraphe 1 : L'interprétation de l'écrit contractuel assurant son équilibre .....	29
Paragraphe 2 : Le dépassement potentiel de la lettre du contrat au service d'un engagement légitime des parties .....	31
A/ Les documents publicitaires .....	32
B/ Un juge non tenu par la qualification contractuelle donnée par les parties .....	32
SECTION 2 : Un juge maître de la pérennité du contrat face à l'imprévisible .....	33
Paragraphe 1 : Le recours au juge à la demande conjointe des parties .....	33
A/ La demande de résolution du contrat .....	34
B/ La demande d'adaptation du contrat .....	35
Paragraphe 2 : Une révision ou une résolution du contrat à la demande unilatérale d'une des parties .....	36

**CHAPITRE 2 : La sanction d'un abus dans le contrat au service d'une sécurité contractuelle préservée.....37**

SECTION 1 : Un juge appréciant l'impact des clauses insérées au contrat .....	37
Paragraphe 1 : Une appréciation de la clause limitative de responsabilité.....	38
A/ Le principe de l'acceptation des clauses limitatives de responsabilité .....	38
B/ Les limites apportées à l'effectivité des clauses limitatives de responsabilité justifiant l'intervention du juge dans le contrat .....	39
Paragraphe 2 : Une appréciation de la clause instaurant un déséquilibre potentiel entre les obligations des parties dans un contrat d'adhésion .....	40
A/ La détermination essentielle de la qualification de contrat d'adhésion .....	41
B/ La délimitation du champ d'application instaurant les prérogatives du juge .....	41
C/ L'enjeu de la qualification du déséquilibre significatif .....	42
Paragraphe 3 : Une appréciation de la clause pénale .....	44
A/ Une clause pénale par principe faisant loi des parties .....	44
B/ Les limites de la clause pénale justifiant l'intervention protectrice du juge.....	44
SECTION 2 : Un juge évaluant le juste prix dans le contrat .....	46
Paragraphe 1 : Un pouvoir de fixation du prix dans le contrat par le juge.....	46
Paragraphe 2 : Une réduction du prix en réponse à l'inexécution de l'une des parties de ses obligations contractuelles.....	47

**PARTIE II – L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT, UN COUPLE ILLEGITIME ENTERINÉ .....49**

**CHAPITRE 1 : Une remise en cause de la force obligatoire des contrats au profit de la personne physique surendettée .....** 50

SECTION 1 : Un juge homologuant la mise en place de mesures de surendettement .....	50
Paragraphe 1 : Une intervention du juge conditionnée par un recours devant la commission de surendettement.....	50
A/ Les conditions pour bénéficier des mesures de surendettement .....	51
B/ La situation de la personne surendettée déterminant la procédure choisie par la commission.....	51
Paragraphe 2 : Une décision du juge nécessaire à l'application des mesures envisagées .....	53
A/ L'intervention du juge en présence d'une contestation du débiteur .....	53
B/ L'intervention du juge en l'absence de contestation du débiteur .....	54
SECTION 2 : Un juge accordant l'effacement des dettes d'une personne à la situation financière irrémédiable.....	55
Paragraphe 1 : Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire .....	55
A/ Les conditions nécessaires pour bénéficier de cette mesure ultime .....	55
B/ La mise en œuvre de la procédure .....	56
Paragraphe 2 : Le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire .....	57
A/ Les conditions strictes pour bénéficier de cette procédure portant atteinte au patrimoine du débiteur .....	57
B/ La mise en œuvre de la procédure .....	57

**CHAPITRE 2 : La protection de l'entreprise en difficulté prévalant face aux intérêts particulier des cocontractants .....** 59

SECTION 1 : Un juge imposant certaines modalités aux créanciers néfastes au rétablissement de l'entreprise en difficulté .....	59
Paragraphe 1 : L'imposition de délais de paiement par le juge.....	59
Paragraphe 2 : La réduction des taux d'intérêt par le juge .....	60
Section 2 : Un juge prononçant la nullité des contrats douteux durant la période suspecte .....	60
Paragraphe 1 : Une finalité différente de celle imposée en droit civil .....	61
Paragraphe 2 : La volonté du juge de préserver au maximum le patrimoine du débiteur .....	62
A/ Les actes nuls de plein droit.....	62
B/ Les actes nuls par appréciation du juge .....	64

**BIBLIOGRAPHIE : .....** 65

**TABLE DES MATIÈRES : .....** 68

