



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

Mémoire pour le Master 2 de Droit privé général

# Les principes généraux du droit des contrats

*Sous la direction de Monsieur le professeur Nicolas Molfessis*

Présenté par François Chevallier

- Année universitaire 2014 – 2015 -



Université Panthéon - Assas  
Paris II

Mémoire pour le Master 2 de Droit privé général

# **Les principes généraux du droit des contrats**

*Sous la direction de Monsieur le professeur Nicolas Molfessis*

Présenté par François Chevallier

- Année universitaire 2014 – 2015 -

«La prudence est la qualité propre du juriste. Elle est la fille de l'humilité qu'inspire le sentiment de la difficulté de la tâche, la conviction que, peut-être, la solution proposée n'est pas la moins injuste possible. Le juriste ne doit pas être prudent en ce sens qu'il ne devrait pas prendre de risque ; c'est tout l'inverse ».

Christian Atias, *Devenir juriste, le sens du droit*, (2011).

# **SOMMAIRE**

## **PREMIERE PARTIE : L'APPROCHE NOTIONNELLE**

### **Chapitre premier : les contours de la notion**

Section 1 : principes généraux et règles du droit des contrats

Section 2 : principes généraux et droit positif des contrats

### **Chapitre second : la nature de la notion**

Section 1 : « ante-positivité » des principes et concept de source matérielle du droit

Section 2 : positivité des principes et formalisation de la source matérielle

\* \* \*

## **DEUXIEME PARTIE : L'APPROCHE SUBSTANTIELLE**

### **Chapitre premier : les obstacles à l'identification substantielle**

Section 1 : la part de la subjectivité

Section 2 : les facteurs de complication

### **Chapitre second : la relativité des obstacles à l'identification substantielle**

Section 1 : l'approche statique

Section 2 : les principes en dynamique

# Introduction

1. La notion de principe connaît un engouement particulier dans le cadre de la réforme du droit des contrats. Pour cause, le premier projet de réforme élaboré par la Chancellerie et publié en juillet 2008, prévoyait d'introduire dans le Code civil un chapitre autonome intitulé « Principes directeurs ». Étaient énoncées en son sein : la liberté contractuelle et ses limites, la force obligatoire du contrat et l'obligation pour les parties d'agir de bonne foi. Deux préoccupations présidaient alors à cette innovation. D'une part, l'idée d'offrir « un pendant cohérent » aux principes directeurs du Code de procédure civile ; d'autre part, celle de « réaffirmer la conception française du droit des contrats » dans la perspective des travaux d'harmonisation, voire d'unification entamés au sein de l'Union européenne. Cette formalisation proposée a alors donné lieu à d'intenses débats doctrinaux, certains auteurs saluant son opportunité<sup>1</sup>, d'autres en critiquant le bien fondé<sup>2</sup>.

Pour mémoire, « l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », élaboré sous la direction du professeur Catala, ne comporte quant à lui et, à l'instar du Code civil, aucune subdivision relative à de tels principes. Cette absence avait alors fait l'objet de critiques. Le groupe de travail mandaté par la Cour de cassation estimait notamment que « le chapitre préliminaire d'une réforme du droit des obligations devrait énoncer des principes généraux ou directeurs intégrant la substance des articles 1134 et 1135 du Code civil et s'inspirant des trois sources européennes d'unification du droit des contrats, des codes étrangers récents », ainsi que de sa propre jurisprudence<sup>3</sup>. En outre, la Chambre du commerce et de l'industrie de Paris préconisait l'introduction de « principes directeurs fixant les règles générales qui régissent la conclusion, la validité, l'efficacité, l'interprétation, l'exécution et la rupture des relations contractuelles ». Elle proposait à cet égard la loyauté, la liberté, la fidélité, la cohérence ainsi que la promotion de la sécurité et de la justice contractuelles pour l'interprétation des règles<sup>4</sup>. Encore, un auteur présentait l'absence de principes directeurs comme une lacune, plaidant pour la consécration de la liberté contractuelle, du respect des dispositions impératives, du devoir de bonne foi et de cohérence<sup>5</sup>.

Quant au projet résultant du groupe de travail dirigé par Monsieur le professeur Terré, celui-ci prévoit quatre principes placés en tête des dispositions du Titre I regroupant le droit commun des contrats. On y trouve la liberté contractuelle énoncée dans ses trois dimensions classiques

---

<sup>1</sup> V. notamment : D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675. ; D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC, 2009, n°1, p. 279.

<sup>2</sup> V. notamment : A. Ghozi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves remarque sur le projet de la chancellerie », D. 2008, p. 2609. ; R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats – Premières impressions », JCP G, n°40, octobre 2008, I, 190.

<sup>3</sup> Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007, disponible sur le site <http://courdecassation.fr> (rubrique « archives », 2007).

<sup>4</sup> « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires, Réactions de la CCIP à l'avant-projet Catala et propositions d'amendements », disponible sur le site <http://cci-paris-idf.fr>.

<sup>5</sup> G. Rouhette, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », RDC, 2007, n°4, p. 1371, n°41.

(article 3), l'interdiction de déroger aux règles intéressant l'ordre public et de porter atteinte aux droits fondamentaux (article 4), la bonne foi dont le domaine concerne tant la formation que l'exécution du contrat (article 5), ainsi que le principe de cohérence impliquant qu'une partie ne puisse agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé (article 6). Ont été choisis « parmi l'ensemble des principes dirigeant le droit des contrats, les seuls transversaux, c'est-à-dire ceux ayant vocation à régir toutes les phases du contrat »<sup>6</sup>, d'où la relégation de la force obligatoire dans la section relative aux effets.

Dans sa dernière version, le projet d'ordonnance diffusé par la Chancellerie le 25 février 2015 s'aligne sur celui du groupe Terré quant à la forme. L'intitulé controversé de « principes directeurs » semble définitivement abandonné au bénéfice d'une inclusion des principes dans un chapitre intitulé « dispositions préliminaires ». Quant au fond, la solution relative à la force obligatoire est reprise, mais on note l'absence du principe de cohérence. Figurent ainsi seulement la liberté contractuelle avec ses limites tenant à l'ordre public et aux droits fondamentaux (article 1102), ainsi que le principe de bonne foi dont le domaine concerne tant la formation du contrat que son exécution (article 1103).

2. Tels qu'envisagés dans le cadre de la réforme, les principes généraux du droit des contrats peuvent susciter une double problématique. En premier lieu, se pose la question de leur identification notionnelle. Quelle est leur essence ? Quelle est leur nature ? Leur existence est-elle tributaire d'une formalisation au sein du Code civil ? La recherche d'une telle détermination conduit à s'introduire sur un terrain complexe<sup>7</sup> et déjà souvent exploré<sup>8</sup> par la doctrine, qui a inéluctablement trait à la notion de principe elle-même.

En second lieu, les réponses doctrinales à l'innovation proposée par la Chancellerie en 2008, invitent à s'interroger sur la question de leur identification substantielle, qui semble causer un *dissensus* profond. Quels sont les principes généraux du droit des contrats ? Peut-on prétendre à une détermination objective de leur substance ou relève-t-elle inéluctablement d'un processus subjectif de choix ?

Loin de s'exclure, ces deux approches notionnelle (**première partie**) et substantielle (**deuxième partie**) se complètent et sont tributaires l'une de l'autre, dans la mesure où la nature des principes généraux du droit des contrats exerce nécessairement une influence sur leur identification matérielle.

---

<sup>6</sup> C. Aubert de Vincelles, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. Terré), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 114, n°3.

<sup>7</sup> V. le constat fait par D. Bureau, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (dir. N. Molfessis), Economica, 2004, p. 181, n°1. : « (...) les principes généraux du droit n'évoqueraient finalement que des représentations assez confuses, développées sur un terrain riche en incertitudes. Majesté de la fonction, mystère de la notion ».

<sup>8</sup> Deux monographies sont particulièrement à signaler : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, th. Paris II, préf. J.-L. Souriaux, Editions Panthéon-Assas, 1999 et M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, th. Bordeaux, préf. B. Saintourens, PUAM, 1998.

# Première partie : l'approche notionnelle

Tenter de déterminer l'essence des principes généraux du droit des contrats peut d'abord conduire à délimiter les contours de la notion (chapitre premier) ; plus précisément ensuite à proposer un essai sur sa nature (chapitre second).

## Chapitre premier : les contours de la notion

Les principes généraux doivent en premier lieu être différenciés des règles du droit des contrats (S1). En second lieu et au-delà, ils doivent être distingués, mais pour partie seulement, du droit positif des contrats (S2).

### Section 1 : principes généraux et règles du droit des contrats

Nous examinerons d'abord quelle est la teneur de la distinction (§1), avant d'envisager les questions qu'elle soulève (§2).

#### §1. La teneur de la distinction

3. La distinction entre les principes généraux et les règles juridiques a été théorisée par le professeur Boulanger. Il existerait entre les deux notions, « non seulement une inégalité d'importance mais aussi une différence de nature »<sup>9</sup>. D'une part, si la règle présente bien un caractère général à l'instar du principe, sa généralité signifie qu'elle régit un nombre indéterminé d'actes ou de faits, mais toujours dans le cadre de la situation particulière qui relève de son domaine. A l'inverse, la généralité propre au principe implique qu'il puisse recevoir une « série indéfinie d'applications »<sup>10</sup>. D'autre part, il existe selon Boulanger un rapport hiérarchique de subordination entre le principe et la règle, le premier venant à la fois fonder et régir la seconde. L'exemple donné est resté célèbre : l'article 725 du Code civil, qui dispose que peut succéder l'enfant déjà conçu au moment de l'ouverture de la succession, n'édicte qu'une règle de dévolution successorale. En revanche, l'adage *infans conceptus* est un principe général en ce qu'il régit l'ensemble des questions relatives au commencement de la personnalité juridique.

4. Essayons de transposer cette analyse en droit des contrats au travers de deux exemples. 1° La proposition consacrée par la jurisprudence selon laquelle « il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme »<sup>11</sup> apparaît comme une simple règle juridique. La force obligatoire du contrat, impliquant que le juge ne puisse pas procéder à sa réfaction, constituerait le principe général à laquelle elle est subordonnée. 2° La faculté de chacune des parties de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée, reconnue par le Conseil

---

<sup>9</sup> J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Tome I, 1950, p. 51 et s.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 56. On retrouve déjà cette idée chez Portalis pour qui un principe doit être « fécond en conséquences ». V. J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et philosophiques*, PUAM, 1988, p. 26.

<sup>11</sup> Cass. Civ. 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, GAJC, 11<sup>ème</sup> édition, n°160. La règle est aussi connue sous l'adage *interpretatio cessat in claris*.



constitutionnel<sup>12</sup>, serait une règle ; la liberté contractuelle supposant qu'une partie ne soit pas contrainte de demeurer indéfiniment liée par une convention, un principe général.

Aussi claire qu'elle puisse paraître, cette distinction entre les principes et les règles soulèvent deux interrogations sur lesquelles il faut s'arrêter.

## §2. Les questions soulevées par la distinction

La première a trait à l'étendue de la généralité inhérente à la notion de principe (A). La seconde tient à la l'identification des rapports qu'entretient le principe avec la règle juridique (B).

### A. Le degré de généralité du principe

5. À partir de quel degré de généralité une proposition devient-elle un principe ? On serait tenté, pour apporter une réponse, de procéder par la méthode inductive<sup>13</sup>. C'est ce à quoi invite Boulanger dans ses exemples, en recherchant par voie d'induction les propositions plus générales qui fondent les règles. Mais jusqu'où doit-on remonter dans le processus inductif ? Quel est le degré de généralité inhérent à la notion de principe général ? Un exemple illustre bien la difficulté que suscite cette question. Aux termes de l'article 1165 du Code civil, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». L'effet relatif des contrats est le plus souvent présenté par la doctrine comme un principe<sup>14</sup>. La généralité de la disposition, qui vient au demeurant fonder certaines règles du droit positif d'une généralité moindre<sup>15</sup>, plaide en faveur de sa qualification de principe général. Pourtant, à bien regarder, l'idée selon laquelle on ne peut être engagé par la volonté d'un tiers apparaît aussi comme une application plus précise de la liberté contractuelle envisagée dans sa dimension négative, comme la liberté de ne pas contracter<sup>16</sup>. Admettre que l'effet relatif des contrats est un principe, revient à rompre l'induction amplifiante alors d'une part, que rien ne s'oppose à sa continuation jusqu'à un plus haut degré de généralité, d'autre part que la définition du principe invite à caractériser, comme tel, les propositions qui présentent ce caractère de généralité élevé. D'un point de vue logique, le principe peut en effet être défini comme une « proposition posée au début d'une déduction, ne se déduisant elle-même

---

<sup>12</sup> Cons. const. 9 novembre 1999, n°99-419 DC, RTD Civ., 2000, p. 109, obs. Mestre et Fages.

<sup>13</sup> J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 1<sup>ère</sup> édition, 2001, p. 141 : « Selon qu'ils partent d'un principe pour en déduire les conséquences ou qu'inversement, à partir des conséquences observées, ils recherchent le principe dont elles peuvent dépendre, les juristes procèdent par déductions ou par inductions ».

<sup>14</sup> V. par exemple : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 3<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 221, n°215 ; A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg, 1938 ; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1981.

<sup>15</sup> Ainsi en est-il de la règle selon laquelle le tiers qui subit un préjudice lié à la mauvaise exécution d'un contrat ne pourra demander réparation que sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle ; ou de celle qui érige en condition de validité de la stipulation pour autrui, l'acceptation du bénéficiaire.

<sup>16</sup> P. Dupichot, « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC, 2013, n°1, p. 387, n° 10. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, T.1, PUF, Thémis Droit, 3<sup>ème</sup> édition, 2012, p.57 : « La liberté contractuelle est, comme la liberté syndicale par exemple, une liberté positive mais aussi négative : la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Par le contrat des obligations sont volontairement souscrites, et chacun peut donc choisir de ne pas contracter ».

d'aucune autre dans le système considéré (...) »<sup>17</sup>. Il est à cet égard incohérent de qualifier de principe, une proposition qui peut trouver un fondement plus général dans une autre.

6. Cependant, tout en prônant une conception large de la généralité inhérente à la notion, il semble essentiel de cloisonner par le haut le processus inductif, au stade où la recherche d'une plus grande généralité ferait perdre à la proposition sa juridicité. En effet, au-delà d'un tel seuil, on sort non seulement du domaine de la notion de « principe général du droit », mais on entre dans une discussion différente : celle qui a trait aux forces créatrices<sup>18</sup> et influentes, participant de la formation du principe.

7. Sans entrer à ce stade dans une démarche d'identification substantielle, on remarquera que les principes généraux qualifiés comme tels dans le dernier projet de réforme de la Chancellerie, correspondent précisément à ce degré optimal de généralité. Par exemple, la liberté contractuelle constitue bien le dernier élément dans le haut de la chaîne inductive, avant d'entrer dans le domaine des forces créatrices qui, quant à elles, agissent sur la formation et le contenu du principe général. Si on trouve dans sa définition une influence du concept philosophique de liberté, ce dernier est en lui-même dépourvu de toute dimension juridique.

Aussi, si l'on se place sur le terrain d'une contribution à la notion générique de « principe général du droit » avec en perspective, la détermination du degré de généralité à partir duquel une proposition acquiert cette nature, les principes généraux du droit des contrats tels que conçus dans la réforme viennent au soutien de la thèse selon laquelle celui-ci doit être maximal, avec pour limite le point où la proposition perdrait toute spécificité juridique. Si l'on se place à l'inverse du point de vue d'une étude notionnelle des principes généraux contractuels, le critère de généralité ici retenu est à même de contribuer à leur identification substantielle, objet de la seconde partie de cette étude.

8. En adoptant cette analyse, il faut admettre qu'il existe des règles juridiques qui présentent un haut degré de généralité et qui sont de surcroît susceptibles de fonder d'autres règles d'un degré de généralité moindre, sans pour autant avoir la nature d'un principe. L'article 1165 du Code civil en est un exemple, même si la généralité de la disposition, ensemble l'importance de ses conséquences pratiques, lui confèrent une place particulière dans la théorie générale du contrat. Dans ce cas, l'appellation « principe » devient, selon la formule d'un auteur, « un moyen rhétorique de souligner l'importance de la norme (...) »<sup>19</sup>. Il échet alors de distinguer la notion de « principe général » elle-même, de l'expression « principe », utilisée en droit comme outil rhétorique. En effet, une réduction de la sémantique du mot à un sens technique étroit serait

---

<sup>17</sup> A. Lalande, *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, PUF, 18<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 827, v. « principe » : dans la définition philosophique de la notion de principe, coexistent cette référence à une position logique première (*principium*, *grund*, fondement, raison et cause et première) ainsi que l'idée d'un principe réifié qui, après « matérialisation du sens », prend un rôle opérateur de « norme d'action ». Positions logique - ontologique - normative.

<sup>18</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 : il ne s'agit ici que d'une reprise stylistique de l'expression du doyen Ripert.

<sup>19</sup> P. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2005, p. 21.

d'abord inefficace, car le langage ne se gouverne pas ou difficilement<sup>20</sup> ; ensuite indésirable car la fonction rhétorique de la terminologie est très utile en pratique. Ainsi en est-il lorsque le mot « principe » sert, à des fins didactiques, à signifier l'importance d'une norme, ou à suggérer que cette dernière est susceptible de recevoir des exceptions. Ainsi en va-t-il encore dans la perspective de désigner un ensemble systématique ou organisé de règles. Par exemple, en prévoyant que la convention d'association est « régie quant à sa validité par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations », la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ne fait que renvoyer au régime juridique - c'est-à-dire aux règles - régissant la formation des contrats.

Sont en revanche critiquables les deux situations jurisprudentielles dans lesquelles la notion de principe fait l'objet d'un dévoiement. D'une part, celle où la Cour de cassation, sans apparente raison de droit, qualifie successivement une proposition de règle puis de principe ou inversement<sup>21</sup>. D'autre part, lorsque consciente des potentialités inhérentes à la notion en terme de légitimité, d'autorité et de rayonnement de sa jurisprudence, elle vient qualifier de principe une simple règle juridique qu'elle entend promouvoir<sup>22</sup>.

## B. La nature du rapport entre le principe et la règle

On peut concevoir deux types de rapports : soit la règle vient consacrer une application du principe, soit lui apporter une exception.

### 1. *Le rapport d'application*

9. Proposition première et directrice, le principe général du droit a vocation à recevoir une application concrète en droit positif. Toutefois, son degré de généralité ne lui permet que rarement de régir directement une situation particulière. C'est la fonction de la règle juridique, que de venir réaliser une application plus spécifique de l'idée exprimée par le principe et qui pourra, elle, jouer un rôle opératoire dans la pratique et le contentieux. Principes et règles s'inscrivent donc dans un système pyramidal, leurs places dans l'édifice étant attribuées en fonction du degré de généralité de la proposition. Au sommet et à même niveau, figureraient les principes en considération de leur degré d'abstraction. Viendraient ensuite par strates successives, s'inscrire les règles juridiques selon leur degré de généralité. Le schéma ci-après en donne un exemple.

Principe de liberté contractuelle



Règle de l'effet relatif des conventions (article 1165 C. civ.)



La stipulation pour autrui n'est valable que si le bénéficiaire l'a acceptée

---

<sup>20</sup> V. notamment en ce sens : G. Alpa, « Les principes directeurs dans les avant-projets européens », RDC, 2013, n°1, p. 431 et s.

<sup>21</sup> V. notamment N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD Civ., 2001, p. 699 et s. et P. Morvan, op. préc. n°8, p. 349, n°398.

<sup>22</sup> C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé », JCP, 1984, I, 3145.

Le professeur del Vecchio a démontré l'importance de cette construction systémique pour garantir la réalisation d'une « sûre pratique judiciaire »<sup>23</sup>. Il en va en effet de l'intelligibilité des règles de droit, dont le sens et la portée ne peuvent se découvrir qu'en référence aux principes dont elles constituent l'application. Trois observations peuvent être formulées.

**10.** En premier lieu, ce système qui laisse place à la combinaison des méthodes de raisonnement inductive et déductive, ne doit pas conduire à voir dans les principes une seule vertu didactique, en ce qu'ils permettent de regrouper un ensemble de règles sous le sceau d'une même proposition générale. Le cantonnement des principes à cette fonction est inopportun car il entraîne la confusion de croire qu'ils procèdent des règles alors que le schéma est radicalement inverse<sup>24</sup>. La règle ne réalise qu'une application du principe qui lui préexiste. Nier cette primauté logique et temporelle, c'est affirmer inopportunément que toute une série de règles du droit positif doit la possibilité d'un rattachement à une proposition plus générale à un simple concours de circonstances. C'est rejeter le caractère systémique du droit, sa logique d'ensemble, et le condamner à une production normative arbitraire et incohérente mettant à mal son intelligibilité.

**11.** En second lieu, force est de reconnaître que certaines règles juridiques ne se rangent sous la bannière d'aucun principe. La méthode de l'induction ne doit pas conduire, selon un esprit trop systématique, à vouloir à tout prix voir le fondement d'une règle dans un principe au risque de dénaturer ce dernier. Cette opération, qui s'apparente à une classification, doit être respectueuse de l'essence et du contenu des principes, précisément dans la mesure où il existe une hiérarchie. Si le tableau apparaît d'une géométrie moins séduisante, il se veut plus proche de la réalité du système juridique. Même si elles se font rares dans le droit commun du contrat, il convient d'admettre que certaines règles procèdent d'exigences purement techniques ou rationnelles et ne se rattachent pas à un principe général. Ainsi en est-il des dispositions du Code civil qui opèrent la classification des différents types de contrat, ou de l'article 1126 du Code civil selon lequel « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». On pourrait artificiellement admettre que ces règles procèdent d'un principe de rationalité, mais celui-ci apparaît trop général et abstrait, sans valeur proprement juridique. Comme l'affirmait Rodière, « Que si l'on veut signifier (par les principes généraux) que la Raison, l'Équité et le Bon sens doivent nous guider, on n'ajoute rien aux commandements de l'esprit dans toutes les sciences et les arts »<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> G. Del Vecchio, « Les principes généraux du droit », in *Mélanges François Gény*, 1934, T.2, p. 69 et s. : « Les règles particulières du droit ne sont vraiment intelligibles si on ne les place pas en rapport avec les principes d'où elles découlent (...) De là, la nécessité même pour une sûre pratique judiciaire, d'une profonde élaboration scientifique du droit, c'est-à-dire d'une construction logique et systématique dans laquelle les idées directrices et les principes informateurs du système tout entier, prennent naturellement la première place, à l'encontre des dispositions particulières ».

<sup>24</sup> Ibid. p. 69 : c'est un point sur lequel insiste particulièrement del Vecchio, pour qui « L'étude des dispositions particulières ne peut permettre la détermination des principes généraux par le moyen du procédé rétrospectif déjà indiqué (l'induction), que pour autant précisément que ces principes eux-mêmes avaient déjà pénétré formellement les dispositions particulières ».

<sup>25</sup> R. Rodière, « Les principes généraux du droit privé français », RIDC, n°spécial, vol. 2, 1980, p. 309 et s.

12. En troisième lieu, ce système mettant en relation les règles et les principes, doit être précisé quant à ses rapports avec le droit positif. En effet, l'organisation pyramidale décrite ne saurait correspondre degré par degré à la présentation hiérarchique des sources formelles du droit, telle qu'elle résulte par exemple de l'analyse proposée par Kelsen<sup>26</sup>. Autrement dit, la généralité de la disposition n'est pas en elle-même de nature à lui conférer une force normative supérieure<sup>27</sup>.

## 2. Le rapport d'exception

13. Il est des cas où une règle peut apporter une exception à un principe général au sens strict<sup>28</sup>. Par exemple, certaines dispositions législatives viennent pour divers motifs – ayant le plus souvent trait à l'intérêt général ou à un intérêt économique – consacrer un droit de préemption au profit de certaines personnes. Elles restreignent concomitamment la liberté du vendeur de choisir son cocontractant<sup>29</sup>. Parce qu'il s'agit de règles exorbitantes, portant atteinte au principe de liberté contractuelle, la règle méthodologique de l'interprétation stricte des exceptions s'applique (*exceptio est strictissimae interpretationis*). Le juge ne pourra adopter une conception extensive du domaine de ces dispositions<sup>30</sup>, l'idée sous-jacente étant de maintenir la prééminence du principe face à l'exception.

14. *Quid*, en revanche, du cas où une règle apporte une exception à un principe, tout en étant elle-même l'application d'un autre principe général. Doit-elle être interprétée strictement ou doit-on laisser au juge une plus grande marge de manœuvre ? Comme on a pu l'affirmer, « Lorsqu'une règle est énoncée sous forme d'exception, il faut aller à sa raison et celle-ci peut faire reconnaître l'exception comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être. Non seulement il ne faut rien retrancher, mais la plénitude de son application doit être garantie, fût-ce au prix d'un raisonnement analogique »<sup>31</sup>. La question de l'interprétation d'une règle dérogeant à un principe et constituant elle-même l'application d'un autre principe général, dépasse en réalité le seul enjeu méthodologique. Elle relève inéluctablement d'un choix de politique juridique, dans la mesure où la détermination de la méthode d'interprétation, stricte ou extensive, est tributaire d'une mise en balance de deux principes afin de définir lequel doit primer<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, Cahiers de philosophie, trad. H. Thévenaz, 2<sup>ème</sup> édition, 1988, p. 131.

<sup>27</sup> V. infra n°19.

<sup>28</sup> V. supra n°8 : nous entendons par strict, la *notion* de principe général par opposition à l'utilisation rhétorique du *mot* principe.

<sup>29</sup> Par exemple : art. L412-1 et L143-1 C. rur. ; loi du 6 juillet 1989, art. 15 ; art. L123-1 C. patr.

<sup>30</sup> J.-L. Bergel, op. préc. n°13, p.193 : « Les lois spéciales sont d'interprétation stricte et leur domaine ne saurait être étendu à des situations voisines qui n'y sont pas expressément incluses en raisonnant par analogie. C'est la meilleure manière de respecter à la fois la lettre des textes et les dispositions des textes généraux, en conservant à ceux-ci toute leur portée ».

<sup>31</sup> G. Cornu, *Introduction au droit*, Montchrestien, Domat Droit privé, 13<sup>ème</sup> édition, 2007, n°417, p. 217. ; V. également : L. Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, th. Bordeaux, préf. J. Bonnet, 1933.

<sup>32</sup> Le droit spécial de la consommation constitue un exemple révélateur. L'article L132-1 du Code de la consommation, en organisant une lutte contre les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs et en prévoyant une liste de clauses irréfragablement présumées abusives, pose une restriction à la liberté des contractants de déterminer le contenu du contrat. Cette disposition trouve elle-même son fondement dans

La distinction entre les principes généraux et les règles du droit des contrats est ainsi féconde en conséquences. Elle permet tant de démontrer l'importance des principes généraux dans la construction systémique du droit, que de définir leur degré optimal de généralité. Dans la même perspective de définition des contours de la notion, il faut rechercher quelle est son articulation avec le droit positif des contrats.

## Section 2 : principes généraux et droit positif des contrats

Les principes généraux du droit sont le plus fréquemment présentés en doctrine comme intégrés à l'ordre juridique positif<sup>33</sup>. Or, la définition du principe général selon sa seule dimension positive est insuffisante. Elle omet un aspect essentiel de la notion : l'existence autonome des principes, en amont de leur consécration en droit positif. Autrement dit, les principes généraux du droit des contrats présentent à côté de leur positivité (§2), une dimension que l'on pourrait qualifier d'« ante-positive » (§1).

### §1. La dimension « ante-positive »

15. L'observation des travaux préparatoires du Code civil de 1804 permet de bien mettre en relief cet aspect des principes. Dans sa communication officielle au Tribunal du 13 pluviôse an VII, Favard affirmait ainsi : « La nécessité de bonnes lois se fait plus vivement sentir à mesure que les ressorts politiques d'un Etat se perfectionnent : c'est alors que ce qui auparavant n'était que des *principes* doit devenir des lois positives ... Mais dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière : tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. »<sup>34</sup>. Bigot-Prémeneu, dans sa présentation au Corps législatif du Titre 3 du Code civil, le 7 pluviôse an VII, abondait dans le même sens : « Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la Providence, qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux *principes* qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. »<sup>35</sup>. Sans entrer dans la question de la formation et du fondement des principes eux-mêmes (qui réside pour les rédacteurs du Code civil dans un droit naturel rationnel), leur primauté temporelle vis-à-vis de la norme positive est avérée. Plus que cela, et ici réside l'intérêt de la distinction, les principes apparaissent comme des éléments inspireurs du droit positif ; ils ont dans leur pré-positivité des

---

un principe de justice contractuelle, puisqu'il s'agit de supprimer les clauses qui créent un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » au détriment de celle réputée la plus faible. Choisir d'interpréter strictement, voire restrictivement, le domaine d'application de ce texte ou procéder à une interprétation extensive grignotant du terrain sur le droit commun, n'est pas neutre. Il s'agit de mettre en balance et de définir un équilibre entre deux logiques opposées : la liberté contractuelle d'un côté, la justice et l'équilibre contractuels d'un autre.

<sup>33</sup> J. Boulanger, op. préc. n°9, p. 53 : « Les principes dont nous essayons de fixer les contours ne sont pas extérieurs à l'ordre juridique positif. Il n'y a pas lieu d'envisager ici le redoutable problème du fondement du droit ». Pour un même constat, voir également : B. Oppetit, « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 1989, p. 14 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 93 ; P. Jestaz, « Les principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005, p. 222.

<sup>34</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, 1836, p. 312.

<sup>35</sup> Ibid. p. 215.

fonctions axiologique et téléologique, lesquelles s'observent aussi nettement chez Mouricault : « Ce Titre Trois tient de plus près que tout autre aux principes du droit naturel et les règles que l'on a tracées sont les plus pures expressions de ces principes »<sup>36</sup>.

**16.** La dimension ante-positive est non moins présente à l'époque actuelle, dans le contexte de la réforme du droit des contrats. Elle ressort de ce que la grande majorité des débats doctrinaux – *a fortiori* en amont du droit positif – ont trait aux principes généraux et à la définition sinon d'un équilibre, d'un ordre de préférence entre leurs implications contradictoires. Faut-il introduire la révision pour imprévision ? Est-il opportun d'intégrer au sein du droit commun une disposition permettant de demander au juge la suppression d'une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations ? Doit-on supprimer la cause en ce qu'elle constitue un instrument potentiel au service de la réfaction judiciaire du contrat ? Toutes ces questions engagent des principes généraux (force obligatoire, bonne foi, justice contractuelle pour les nommer), qui ont alors une fonction argumentative dans le discours doctrinal et plus que cela, définissent le cadre de questionnement pertinent dans lequel doivent être appréciées certaines innovations. Ils présentent alors non seulement une ante-positivité et une fonction axiologique en ce qu'ils dirigent et orientent le contenu du droit positif, mais au-delà, transcendent la distinction du droit prospectif et du droit positif pour constituer des éléments de continuité entre l'ancien et le nouveau, « stables au milieu des transformations incessantes »<sup>37</sup>. L'étude détaillée de leur substance sera l'occasion de confirmer ce constat.

Cet aspect ante-positif des principes généraux est loin d'en épuiser toutes les caractéristiques puisque la notion tire une part de sa complexité, d'être non moins fortement positive.

## **§2. La dimension positive**

**17.** Le droit positif constitue le mode de mise en œuvre concret des principes généraux qui, sans lui, demeureraient lettres mortes. Il est le contenant qui assure leur normativité et leur effectivité, de par l'existence d'une sanction et l'inscription des normes qui en font la transposition dans un système hiérarchisé et cohérent qui fonde leur validité.

**18.** La traduction des principes généraux en droit positif peut s'opérer par deux techniques. Selon une approche directe, le principe général est directement énoncé dans sa substance par une source formelle. Par exemple, pour raisonner en droit prospectif, l'article 1102 du projet de réforme énonce 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 ». L'article suivant prévoit quant à lui que « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ». Selon une approche indirecte, les principes généraux peuvent également être mis en œuvre par des règles juridiques, selon le rapport d'application que nous avons précédemment décrit<sup>38</sup>. Ainsi, en prévoyant que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une

---

<sup>36</sup> Ibid. p. 414.

<sup>37</sup> J. Boulanger, op. préc. n°9, p. 52.

<sup>38</sup> V. supra n°9.

information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant », l'article 1129 du projet de réforme réalise une application plus spécifique du principe général de bonne foi. De même, en disposant que les dommages et intérêts en cas de rupture fautive des négociations ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat conclu, l'article 1111, alinéa 3, consacre une mise en œuvre du principe de liberté contractuelle. Loin de s'exclure, les deux méthodes se complètent.

**19.** Que la traduction soit directe ou indirecte, elle s'opère toujours par le moyen d'une source formelle du droit, définie comme « le moule officiel qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de droit »<sup>39</sup>. En adoptant une conception large de cette catégorie incluant la jurisprudence, on constate que si les principes généraux sont traduits en droit positif par une source formelle, ils ne constituent pas en eux-mêmes une source formelle du droit particulière<sup>40</sup>. En conséquence, la question de la place des principes généraux dans la hiérarchie des normes se voit simplifiée. Elle est seulement dépendante de la nature de la source formelle qui en opère la traduction en droit positif<sup>41</sup>. La définition des principes généraux du droit des contrats doit ainsi être recherchée ailleurs que dans un critère de forme.

En définitive, la limitation de l'étude des principes généraux à leur seule dimension positive peut paraître rassurante techniquement car elle n'expose pas à devoir aborder le « redoutable problème du fondement du droit »<sup>42</sup>. Pourtant, la notion aurait bien un rôle à jouer sur ce terrain redouté, comme le confirme sa nature.

---

<sup>39</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 8<sup>ème</sup> édition 2007, v. « Source », p. 878.

<sup>40</sup> C'est le constat auquel parvient un auteur : v. M. de Bachillon, op. préc. n°8.

<sup>41</sup> D. Fenouillet, op. préc. n°1, n°8. : « Le regroupement de ces principes dans le premier chapitre qui suit les définitions (...) ne vise pas à leur conférer une place hiérarchique quelconque ou une portée impérative. La question de leur éventuelle place hiérarchique appartient à d'autres droits – il appartient notamment au droit constitutionnel de donner ses lettres de noblesse à tel ou tel d'entre eux. Et leur caractère impératif ne saurait être réglé en bloc comme constituant une simple conséquence automatique de leur nature de principe directeur ».

<sup>42</sup> J. Boulanger, op. préc. n°9, p. 53.



## Chapitre second : la nature de la notion

Le constat d'une dimension ante-positive des principes généraux du droit des contrats conduit, dans la perspective d'une identification de leur nature, à un rapprochement avec le concept de source matérielle du droit (S1). Leur dimension positive invite quant à elle à envisager la question de la formalisation de la source matérielle (S2).

### Section 1 : « ante-positivité » des principes et concept de source matérielle du droit

Afin de déterminer si les principes généraux du droit des contrats ont la nature de sources matérielles du droit (§2), il faut préalablement indiquer quels sont les caractères de ce concept (§1).

#### §1. Les caractères de la source matérielle du droit

Les sources matérielles du droit présentent trois critères : leur extériorité à l'ordre juridique positif (A), leur fonction axiologique et téléologique (B) et leur diversité (C).

##### A. L'extériorité à l'ordre juridique positif

20. L'extériorité de la source matérielle procède de son opposition classique<sup>43</sup> avec le concept de source formelle du droit, dont on a même pu dire qu'elle constituait une *summa divisio*<sup>44</sup> au sein de la théorie des sources. La définition de la source formelle varie d'un auteur à l'autre. Nous avons déjà vu celle qu'en donne le *Vocabulaire Capitant*, comme « le moule officiel qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de droit ». Le professeur Virally envisage quant à lui les sources formelles comme « des modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire des procédés et des actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence juridique, s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité »<sup>45</sup>. Plus simplement encore, M. le professeur Jestaz les conçoit comme des normes valides en la forme, c'est-à-dire adoptées « en vertu des principes généraux d'organisation sociale qui régissent le groupe considéré, donc en vertu de la Constitution au sens large »<sup>46</sup>.

21. Quelle que soit la définition retenue, la source formelle se caractérise toujours par un rapport plus ou moins étroit avec la notion de droit positif. Or, si l'on fait de la positivité de la source formelle le critère déterminant de sa définition, la source matérielle, qui constitue le versant opposé de cette classification binaire, doit être tenue *a contrario* pour extérieure à l'ordre juridique

---

<sup>43</sup> V. notamment : J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis Droit privé, 27<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 24, n°4 ; J.-L. Bergel, op. préc. n°33, p. 55, n°42 ; T. Revet et P. Deumier, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, Quadrige, 1<sup>ère</sup> édition, 2003, v. « Sources du droit », p. 1430 et s. ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 2<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 70, n°65 ; S. Goyard-Fabre et René Sève, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Questions, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, p. 64. ; V. Lasserre-Kiesow, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, p. 2279.

<sup>44</sup> P. Jestaz, « Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD Civ., 1993, p. 73.

<sup>45</sup> M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Editions Panthéon-Assas, 1960, p. 149.

<sup>46</sup> P. Jestaz, op. préc. n°44.

positif. Ce caractère se révèle dans les écrits précurseurs de Roubier relatifs à la distinction, selon lesquels « les sources formelles, si elles ont été adoptées par les pouvoirs publics, remontent toujours à une origine antérieure, elles furent auparavant des sources non-formelles et celles-ci apparaissent alors comme des sources primaires, auxquelles l'ordre juridique, en les transformant en sources formelles, a seulement ajouté un titre supplémentaire, à savoir la raison d'autorité »<sup>47</sup>. Non seulement les sources matérielles sont extérieures à l'ordre juridique positif, mais elles le précèdent dans le temps. Elles sont également ante-positives.

### B. Les fonctions axiologique, téléologique et fondatrice

**22.** Reconnaître l'existence des sources matérielles extérieures et antérieures au droit positif n'est pas un choix neutre au regard du clivage traditionnel, qui oppose en philosophie du droit, le positivisme juridique au jusnaturalisme. Elle implique une rupture avec certains courants positivistes (le normativisme en tête), qui s'accordent sur la construction d'une science juridique empruntant au modèle des sciences exactes, la concentration de l'étude sur les éléments directement observables (dont en premier lieu le langage), le rejet de toute spéculation métaphysique et le postulat de la neutralité axiologique du droit.

**23.** Il n'est pas interdit, à l'inverse, de penser que les règles de droit ne sont pas arbitraires et sans causes et procèdent « d'un certain nombre de données profondes »<sup>48</sup> méritant toute l'attention du juriste. De ce point de vue, le concept de source matérielle joue un rôle clé, en se positionnant dans une réflexion axiologique sur le contenu du droit et ses valeurs, téléologique quant à ses finalités. Il est en lui-même l'indicateur d'une certaine conception philosophique du droit, opposée à un positivisme classique prônant l'autosuffisance axiomatique et la plénitude du droit positif<sup>49</sup>. Les sources matérielles du droit donnent à l'ordre juridique positif sa matière première<sup>50</sup>. Elles travaillent ainsi à la détermination de son contenu en amont de son édicton, autant qu'elles sont en aval le fondement et l'explication des normes positives<sup>51</sup>.

### C. La diversité des sources matérielles

**24.** Les auteurs qui s'accordent sur l'existence du concept de source matérielle divergent en revanche sur sa teneur. Pour Roubier, l'ordre juridique positif se trouve ainsi dans une position

---

<sup>47</sup> P. Roubier, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Etudes Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, LGDJ, 1950, T.1, p. 8.

<sup>48</sup> J. Carbonnier, op. préc. n°43, p. 24.

<sup>49</sup> Cf. la critique qu'en fait C. Atias, *Epistémologie juridique*, PUF, Droit fondamental, 1<sup>ère</sup> édition, 1985, p. 91, n°51 : « De plus, ces textes sont conçus comme les expressions de volontés qui se suffisent à elles-mêmes ; elles ne tirent pas leur force de la justice de leurs conséquences, ni de la conformité de leur contenu à des exigences morales par exemple. La seule investiture constitutionnelle des auteurs de ces textes est une garantie suffisante de leur incontestable juridicité ».

<sup>50</sup> M. Virally, op. préc. n°45, p. 149.

<sup>51</sup> Pour ce constat V. S. Goyard-Fabre et René Sève, op. préc. n°43, p. 64. : « Les sources dites matérielles ou réelles, recouvrent deux sens très mêlés en pratique. Tantôt on désigne par là les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique (...). Tantôt en effet, on désigne par « sources matérielles » ou « réelles » le fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques mais d'invoquer des faits justificatifs ».

intermédiaire entre deux types de sources matérielles. D'une part, « l'ordre social spontané » qui se compose des règles suivies par la pratique juridique ; d'autre part, « l'ordre moral » qui comporte les règles de justice fondées sur l'autorité de la raison<sup>52</sup>. Pour M. Bergel, les sources matérielles sont les « principes moraux, religieux, philosophiques, politiques, sociaux, idéologiques (...) les multiples faits sociaux et les exigences de l'environnement temporel, spatial et technique du droit qui en imposent l'orientation et le contenu ». En réalité, les sources matérielles constituent une catégorie largement ouverte et indéterminée, ce qui ne lui est pas forcément profitable en terme d'intelligibilité<sup>53</sup> mais ne fait que refléter la complexité du processus d'élaboration du droit.

25. Deux conceptions peuvent être défendues mais celles-ci sont coexistantes et complémentaires. Selon une approche extensive, les sources matérielles regrouperaient l'ensemble des éléments participant de la formation substantielle du droit (doctrine juridique, politique, philosophie, ordre social spontané, sociologie, droit naturel, économie, histoire, géographie, démographie etc.). Selon une vision plus stricte, la catégorie comprendrait des propositions de nature exclusivement juridique, procédant d'une formulation doctrinale synthétique de la conjonction des éléments précédemment évoqués. C'est dans cette seconde catégorie des sources matérielles que s'inscriraient les principes généraux du droit des contrats.

## §2. Principes généraux du droit des contrats et sources matérielles

26. Le rapport entre les principes généraux du droit et le concept de source matérielle a déjà été suggéré par M. le professeur Molfessis : « Ne convient-il pas, différemment, de raisonner à partir de ce que les principes ont vocation à exprimer – et donc à être – au premier chef : une source réelle du droit, qui se trouve ainsi à son fondement, constituée de préceptes moraux, universels et, plus généralement, de forces créatrices du droit. Le terme de principe, sous cet aspect, désigne avant tout une source réelle, qui consacrée en droit positif, en devient source formelle. »<sup>54</sup>.

27. C'est d'abord la dimension ante-positive partagée par les deux notions qui invite à penser leur rapprochement. Elles ont ensuite pour point commun les fonctions axiologique, téléologique et fondatrice, respectivement dans la perspective d'une réflexion sur le contenu et les valeurs du droit positif, ses finalités et ses fondements. Enfin, les principes généraux du droit des contrats sont des propositions de nature juridique ; juridicité qui peut également caractériser la source matérielle du droit selon l'une des deux conceptions que nous avons présentées.

28. Plus intuitivement, c'est aussi l'idée générale que l'on se fait de la notion de principe qui suggère ce rapprochement. Qu'il s'agisse de son étymologie : du latin *principium* qui signifie

---

<sup>52</sup> P. Roubier, op. préc. n°47, p. 11.

<sup>53</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1994, p. 194. : « Si l'on réserve la qualification de source matérielle du droit à tous les éléments pouvant influencer la détermination de la règle de droit, du juste, il faut y mettre l'économie, la politique, et finalement tout, ce qui n'a guère de sens ».

<sup>54</sup> N. Molfessis, op. préc. n°21.

« commencement » ou « origine » ; des définitions données par le dictionnaire commun<sup>55</sup> notamment en tant que « cause première, primitive et originelle », ou des rapports synonymiques avec les termes de « fondement »<sup>56</sup> ou de « source », l'ensemble de ces éléments suggère que la notion de principe doit occuper, comme elle le fait dans d'autres disciplines, une place fondamentale dans la théorie générale du droit. Le rapprochement avec le concept de source matérielle va dans ce sens. En effet, l'association de cette nature au degré de généralité élevé des principes impliquant la grande fécondité de leurs conséquences, ainsi qu'à leur importance systémique en tant que propositions premières fondant les règles qui en réalisent l'application, contribue à en faire des éléments moteurs de l'élaboration du droit.

29. En définitive, une recherche de la nature des principes généraux du droit des contrats peut<sup>57</sup> conduire à les qualifier de sources matérielles, catégorie avec laquelle ils s'alignent notamment de par leur pré-positivité et les fonctions qu'ils présentent dans cette dimension. Toutefois, l'anté-positivité des principes n'est qu'un versant de leur réalité. Ce constat invite à traiter la question de la formalisation de la source matérielle en droit positif.

## Section 2 : positivité des principes et formalisation de la source matérielle

La formalisation de la source matérielle apparaît comme une nécessité (§1), mais il peut exister des divergences doctrinales quant à ses modalités comme la question de la formalisation des principes généraux du droit des contrats en atteste (§2).

### §1. La nécessaire formalisation

30. Même si elles font l'objet d'une distinction, sources matérielles et sources formelles du droit sont en réalité complémentaires et indissociables l'une de l'autre. Portalis avait déjà fait ce constat de son temps, lorsqu'il affirmait que : « Faute de sanction, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour unir les droits aux devoirs, pour substituer l'obligation à l'instinct (...) »<sup>58</sup>. Le droit positif assure l'effectivité et la normativité des sources matérielles du droit sans lequel elles demeureraient lettres mortes. Or, les principes généraux du droit des contrats suivent exactement

---

<sup>55</sup> Petit Robert de la Langue française.

<sup>56</sup> E. Kant, *Critique de la raison pure*, Œuvres philosophiques, Bibliothèque de la Pléiade, Nrf, T.1, p. 892. : « Les principes *a priori* ne portent pas simplement ce nom parce qu'ils contiennent les fondements pour d'autres jugements mais aussi parce qu'ils ne sont pas eux-mêmes fondés sur des connaissances plus élevées et plus générales ». Mais Kant rajoute une phrase qui ne rend on ne peut plus compte de la complexité à laquelle est confrontée une approche doctrinale de la notion de principe : « (...) cette propriété ne les dispense cependant pas toujours d'une preuve. ».

Chez Leibniz, le principe est « une proposition fondamentale à laquelle les autres sont subordonnées et qui n'est donc ni déductible, ni démontrable » cf. M. de Gaudemar, *Le Vocabulaire de Leibniz*, Editions Ellipse, v. « Principes ». Dans la philosophie leibnizienne, figure l'important concept de « raison suffisante » qui rend compte de toute la difficulté de rechercher des fondements, tant en philosophie que s'agissant du droit.

<sup>57</sup> Une réponse affirmative appellerait certainement à de plus vastes recherches.

<sup>58</sup> J.-E.-M. Portalis, op. préc. n°10, p. 66.

le même schéma<sup>59</sup>, de sorte que la thèse formulée quant à leur nature de sources matérielles trouve ici un nouvel argument.

**31.** Finalement, sans pouvoir plus s'étendre sur la question, la double dimension ante-positive et positive des principes généraux du droit des contrats peut constituer une piste de réflexion en vue du dépassement du clivage classique et désormais multiséculaire entre le positivisme juridique et le jusnaturalisme, selon une approche dite « transversale »<sup>60</sup>. En effet, il s'agit bien d'insister, tant sur l'importance d'un questionnement sur le droit en amont de sa positivité, que sur un autre aspect fondamental de son identité même : « sa structure normative, le fait qu'il se donne sous la forme de normes ou de règles, avec tout ce que cela implique de spécifique et d'irremplaçable »<sup>61</sup>.

Mais plus que la nécessité de la formalisation de la source matérielle, c'est la méthode de sa réalisation qui peut susciter le débat doctrinal.

## **§2. Les divergences doctrinales sur la méthode de formalisation**

Il s'agit ici d'envisager la question de la formalisation des principes généraux du droit des contrats, telle qu'elle a pu être envisagée dans la réforme ; plus précisément celle de l'opportunité d'insérer au sein du Code civil un chapitre autonome intitulé « principes directeurs » les regroupant. On présentera la position du problème (A), avant de proposer une appréciation (B).

### A. La position du problème

**32.** Parmi les différents projets de réforme, seul celui initialement présenté par la Chancellerie en juillet 2008 comportait un chapitre intitulé « Principes directeurs », les autres ayant ensuite renoncé à cette autonomie au bénéfice d'une inclusion de certains principes dans un chapitre nommé « dispositions préliminaires », comprenant en outre des définitions. L'abandon de ce nominalisme législatif est, selon un auteur, le résultat d'une tension<sup>62</sup>. En effet, la doctrine s'est divisée face à cette innovation. Accessoirement, ses opposants lui reprochent sa contrariété à la tradition législative française<sup>63</sup>, en rejetant notamment l'idée d'une fonction pédagogique du Code civil<sup>64</sup>. Principalement, des craintes ont été formulées relativement à un possible basculement du contrat « de l'ordre du juridique, dans l'orbite du judiciaire »<sup>65</sup>. Expressément érigés en cette qualité par le législateur, les principes seraient un vecteur d'interventionnisme du juge dans la sphère contractuelle, mettant à mal la force obligatoire du contrat et la sécurité des anticipations.

---

<sup>59</sup> V. supra n°17.

<sup>60</sup> B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>ère</sup> édition, 1999, p. 71, n°53.

<sup>61</sup> S. Goyard-Fabre et R. Sève, op. préc. n°43.

<sup>62</sup> C. Pérès, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », RDC, 2015, à paraître.

<sup>63</sup> V. en ce sens, R. Cabrillac, op. préc. n°2 : l'auteur critique notamment l'analogie faite avec les principes directeurs du procès présents dans le Code de procédure civile.

<sup>64</sup> M. Mekki, « Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs », LPA, 12 février 2009, p. 103, n°31 : « Le Code civil doit rester un recueil de règles précises et opératoires ».

<sup>65</sup> A. Ghozi et Y. Lequette, op. préc. n°2.

Ce constat se verrait d'ailleurs amplifié par l'indétermination inhérente au principe général de bonne foi, lequel posséderait une « capacité d'expansion illimitée (...) au point d'atteindre la substance des droits et des obligations convenues »<sup>66</sup>. Les auteurs favorables à l'innovation énoncent quant à eux deux types d'arguments. D'une part, les principes généraux auraient un intérêt technique en tant que « directives pour une interprétation téléologique du texte »<sup>67</sup>. D'autre part, sont invoquées leurs fonctions symbolique, systémique et pédagogique. Ils permettraient de « diffuser, dans la clarté et la transparence, l'essence de la matière et l'esprit qui l'anime »<sup>68</sup>, notamment en vue d'une meilleure circulation du modèle contractuel français dans les travaux savants d'harmonisation entamés au sein de l'Union européenne.

## B. Appréciation

**33.** Il résulte de l'analyse notionnelle des principes généraux du droit des contrats, que leur existence n'est pas dépendante du nominalisme législatif et d'une énonciation au sein d'un chapitre autonome du Code civil. Plus sobrement, leur transposition en droit positif peut être réalisée soit indirectement par le biais de règles juridiques qui en assurent l'application, soit directement par leur énonciation au sein d'un article du Code<sup>69</sup>. Autrement dit, la nature des principes généraux du droit des contrats n'impose pas, *a priori*, une méthode particulière de formalisation.

**34.** Ce constat opéré, on pourrait faire plusieurs remarques en cascade. D'abord, la fonction technique liée à l'interprétation des textes ne nous semble pas dépendante d'une formalisation des principes au sein d'un chapitre isolé du Code civil. Dans la mesure où principes et règles s'inscrivent dans un système logique<sup>70</sup>, un raisonnement inductif doit suffire à la bonne interprétation des règles et éventuellement au comblement de certaines lacunes. De même, si les principes généraux exercent tout leur potentiel axiologique en amont de l'édiction du droit positif en ce qu'ils orientent et définissent son contenu, cette fonction est moins importante en aval. Dans la mesure où les principes dirigent et inspirent le droit positif du contrat, « l'esprit » de ce dernier doit naturellement ressortir de son observation, sans qu'il soit nécessaire de renforcer encore plus la systématisation, au risque de voir certaines craintes se réaliser.

En effet, le danger de voir basculer le contrat du juridique au judiciaire peut apparaître fondé. Certes, le regroupement des principes généraux au sein d'un chapitre autonome n'est pas de nature à leur conférer une supériorité normative du point de vue formel, mais c'est sur le terrain symbolique voire psychologique qu'il faut anticiper l'enjeu de ce surclassement. Comme on a pu

---

<sup>66</sup> Op. cit. A cet argument, on a pu répondre « qu'un regard sur les trente dernières années de notre propre droit démontre qu'en dépit de l'exigence généralisée de bonne foi, décrétée par la Cour de cassation, notre des contrats n'a pas l'allure d'un champ de ruine ». Cf. D. Mazeaud, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », D. 2014, p. 291, n° 16.

<sup>67</sup> M. Fabre-Magnan, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », RDC, 2012, n°4, p. 1430.

<sup>68</sup> C. Aubert de Vincelles, op. préc. n°6 ; V. également en ce sens : D. Mazeaud, op. préc. n°1, et D. Fenouillet, op. préc. n°1.

<sup>69</sup> V. supra n°18.

<sup>70</sup> V. supra n°9.

le dire, l'érection d'une règle en principe directeur permet « d'en libérer tout le potentiel »<sup>71</sup>. Ce constat, combiné avec celui du degré élevé de généralité des principes qui implique leur aptitude à couvrir la quasi-totalité du contentieux contractuel, pourrait conduire à un règne des principes généraux au détriment des règles et à une insécurité juridique là où, paradoxalement, le besoin de prévisibilité se fait le plus grand.

**35.** Finalement, le choix du dernier projet de la Chancellerie peut sembler judicieux. Il se caractérise, dans la même logique que le Projet Terré par une plus grande sobriété. La dénomination « dispositions préliminaires » est d'une neutralité opportune, puisqu'elle ne confère aux principes ni autonomie dans le découpage, ni tonalité normative particulière au risque que leur soit attribué « un surcroît d'autorité mal maîtrisé »<sup>72</sup>.

**36.** Ce choix technique n'emporte pas, avec lui, le désintérêt d'une réflexion sur la substance des principes généraux du droit des contrats. Au contraire, l'étude notionnelle que nous venons de mener démontre qu'elle s'impose, tant les principes ont du fait de leurs caractères et de leur nature de source matérielle, un rôle moteur à jouer dans l'élaboration et la réalisation du droit des contrats.

---

<sup>71</sup> G. Cornu, « L'élaboration du code de procédure civile », in *La codification*, Dalloz, 1996, p. 77. cité par A. Ghozi et Y. Lequette, op. préc. n°2.

<sup>72</sup> C. Pérès, op. préc. n°62.

# Deuxième partie : l'approche substantielle

Quels sont les principes généraux du droit des contrats ? La démarche de leur identification substantielle paraît se heurter à des obstacles (chapitre premier) dont il nous semble envisageable de démontrer la relativité (chapitre second).

## Chapitre premier : les obstacles à l'identification substantielle

L'identification substantielle des principes généraux peut d'abord apparaître comme une démarche essentiellement subjective (S1) ; ensuite sinueuse car sujette à certains facteurs de complication (S2).

### Section 1 : la part de la subjectivité

La subjectivité apparaît quand il s'agit de la formalisation des principes au sein de la réforme (§1). Plus fondamentalement, elle serait le résultat de deux conceptions doctrinales opposées du contrat (§2).

#### §1. La subjectivité dans la formalisation des principes

**37.** La réforme du droit des contrats a été présentée comme l'occasion de prendre nettement parti sur « la conception même du contrat » en droit français, notamment face à l'accroissement du nombre de litiges qui, même de nature technique, mettent en jeu une définition de cette conception<sup>73</sup>. On a alors pu souligner l'intérêt des principes généraux formalisés dans cette perspective, en ce qu'ils expriment « le socle philosophique, idéologique et politique sur lequel repose notre futur modèle contractuel »<sup>74</sup>. De ce point de vue, l'identification des principes généraux ne pourrait renvoyer qu'à un choix subjectif. Le constat fait par un auteur est parlant : « Présenter objectivement les principes directeurs du droit français des contrats est scientifiquement impossible : tout prétendant expose irrésistiblement sa propre philosophie du droit des contrats, à telle enseigne que les principes directeurs ressemblent fort à ces auberges espagnoles où l'on retrouve pour l'essentiel ce que l'on y a apporté »<sup>75</sup>.

**38.** L'article 8 de la loi d'habilitation du 16 février 2015 autorise le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour « affirmer les principes généraux du droit des contrats *tels que* la bonne foi et la liberté contractuelle ». Le texte laissant la porte ouverte à d'autres principes, il s'est en conséquence développé une forme de « lutte doctrinale », chaque auteur donnant sa liste en fonction de sa propre conception de la matière. Sans exhaustivité, ont été proposés aux côtés des principes classiques que sont la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi : la justice contractuelle, la coopération, la cohérence ou confiance légitime, la loyauté, l'efficacité, la faveur du contrat, la fidélité, la proportionnalité, l'égalité,

---

<sup>73</sup> J. Mestre, « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », RDC, 2004, n°4, p. 1167. V. également P. Rémy, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? », RDC, 2004, n°4, p. 1169.

<sup>74</sup> D. Mazeaud, op. préc. n°1.

<sup>75</sup> P. Dupichot, op. préc. n°16.



l'équilibre, le devoir de collaboration, la promotion de la sécurité et de la justice pour l'interprétation des règles etc. « Autant de têtes, autant de doctrines », disait le doyen Cornu<sup>76</sup>. Pourtant, il convient de voir que, fondamentalement, ce sont deux grandes conceptions politique, philosophique et idéologique du contrat qui s'opposent : le solidarisme contractuel d'un côté, le volontarisme contractuel d'un autre.

## §2. Solidarisme, volontarisme et principes généraux

Il ne s'agira pas de prendre un quelconque parti entre ces deux courants, ni d'en proposer un exposé détaillé, mais d'observer que chacun développe une conception du contrat qui implique une vision subjective des principes généraux. On exposera schématiquement les thèses en présence (A), avant d'envisager leurs implications respectives sur les principes (B).

### A. Les thèses

**39.** Le *solidarisme contractuel* est un courant doctrinal contemporain apparu il y a un peu moins de vingt-ans sous la plume de M. le professeur Christophe Jamin<sup>77</sup>. Il se caractérise par une dualité de tendances<sup>78</sup> qui, tout en partageant la même finalité – une meilleure justice contractuelle – ainsi que le même moyen pour l'atteindre – l'interventionnisme du juge dans le contrat –, divergent radicalement quant à leur fondement.

Selon une première approche, dite morale, essentiellement défendue par M. le professeur Denis Mazeaud, le solidarisme se propose de faire de la loyauté, de la solidarité et de la fraternité, la nouvelle devise contractuelle. Il consiste alors dans la promotion d'une vision humaniste et éthique du droit des contrats, autour des valeurs « d'altruisme, de patience, de respect mutuel, d'indulgence, de mesure, de cohérence, d'entraide, de tolérance et d'autres vertus constituant un code de bonne conduite »<sup>79</sup>.

La seconde approche, dite sociale, s'émancipe entièrement de la première<sup>80</sup>. Elle revendique son lien de filiation avec la pensée politique de Léon Bourgeois<sup>81</sup> qui s'inscrit dans une négation de la théorie individualiste du contrat social développée par Rousseau, pour lui préférer un modèle quasi-contractuel affirmant « la primauté de l'individu socialement situé »<sup>82</sup>. Cette prééminence du fait social postule une remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté et légitime, au

---

<sup>76</sup> G. Cornu, op. préc. n°31, p. 137, n° 241.

<sup>77</sup> C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 445. Le solidarisme se recommande toutefois d'idées développées par des auteurs du début du 20<sup>ème</sup> siècle tels que Demogue, Duguit ou Saleilles.

<sup>78</sup> P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », D. 2002, p. 1979.

<sup>79</sup> D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz – PUF, 1999, p. 603 et s.

<sup>80</sup> Op. préc. n°77, M. Jamin écrit ainsi : « Ce mot (solidarisme) a depuis lors été repris et son usage parfois critiqué, mais dans un sens qui ne me semble pas toujours lui faire justice, parce qu'il est à la fois confondu avec le terme plus ambigu de "fraternité" et assimilé à une vision idyllique ou sentimentale, et donc irréaliste, de la nature humaine et des rapports contractuels ».

<sup>81</sup> L. Bourgeois et A. Croiset, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Félix Alcan, 1907.

<sup>82</sup> C. Jamin, op. préc. n°77, p. 458.

nom d'exigences sociales supérieures, une limitation de la liberté contractuelle et de la force obligatoire par une immixtion du juge dans le contrat.

**40.** Le *volontarisme contractuel*, également qualifié d'*autonomisme* ou de *libéralisme*, correspond quant à lui à la conception classique de la doctrine juridique française, fondée sur la théorie de l'autonomie de la volonté. A cet égard, ce courant se définit plus par son opposition aux idées originales du solidarisme contractuel que comme une véritable « Ecole ». Le volontarisme défend l'appartenance du contrat au monde du juridique, plus qu'à celui du judiciaire : il doit demeurer la chose des parties. Si plus aucun auteur ne soutient véritablement le mythe de l'individu désincarné, libre et égal à ses pairs, les moyens de garantir la justice doivent être recherchés ailleurs que dans l'interventionnisme du juge. Il s'agit en particulier, selon une approche qualifiée de néo-libérale, de redonner à la liberté contractuelle ses vertus selon différentes techniques. L'idée est par exemple de recréer un équilibre entre les parties dans la négociation par le biais de l'obligation d'information ; encore d'inciter les contractants à utiliser de façon pleine et optimale leur liberté, en prévoyant des clauses d'adaptation dans les contrats de longue durée, au lieu de faire de la révision du contrat une prérogative judiciaire.

Sans entrer dans l'analyse des critiques que s'adressent l'un et l'autre de ces courants, on peut constater qu'ils ont des implications divergentes quant aux principes généraux du droit des contrats.

#### B. Les implications sur les principes généraux

**41.** La posture des volontaristes est ainsi celle d'une défense des principes généraux de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat. Il s'agit en effet des deux conséquences juridiques fondamentales, traditionnellement rattachées à la théorie de l'autonomie de la volonté dans sa double coloration individualiste et libérale. « Instrument irremplaçable en ce qu'il permet de répondre à la multiplicité des besoins et s'adapte à l'infinie diversité des situations, le contrat ne remplit son office qu'à la double condition d'obéir à un principe de liberté et de pouvoir tableer sur le respect de la parole donnée »<sup>83</sup>. Quant aux solidaristes, c'est du principe général de bonne foi qu'ils font la promotion, en se recommandant des travaux de Demogue qui, dans les années trente, s'était servi de cette notion pour développer une nouvelle conception du contrat fondée sur l'image « d'une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »<sup>84</sup>. La bonne foi s'imposant aux parties à toutes les phases de la vie contractuelle et sous le contrôle du juge constitue, pour les solidaristes, l'instrument phare d'une humanisation du contrat et de la progression de l'idée de solidarité.

**42.** Dans leur discours doctrinal, solidarisme et volontarisme mettent ainsi en avant des principes qui invitent à prendre des directions inverses et contradictoires : l'exigence de bonne foi placée sous le contrôle du juge s'oppose inévitablement à la force obligatoire du contrat et à la sécurité des anticipations. Ainsi, là où les auteurs solidaristes se félicitaient en 2008 de la promotion de la bonne foi au rang des principes directeurs, les défenseurs d'une vision libérale du contrat

---

<sup>83</sup> Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 247.

<sup>84</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T.6, 1931, n°3.

manifestaient alors leur franche hostilité. En définitive, ce bref aperçu fonde la question de savoir s'il est possible de présenter objectivement les principes généraux du droit des contrats sans se faire le défenseur de l'une ou l'autre de ces thèses dont on a pu dire qu'elles partaient « de postulats par essence invérifiables et diamétralement opposés »<sup>85</sup>.

Aux côtés de l'obstacle qui tiendrait dans le caractère subjectif d'une identification des principes généraux, d'autres facteurs de complication doivent être évoqués.

## Section 2 : les facteurs de complication

Deux facteurs potentiels de complexité, parmi d'autres, méritent l'attention : l'évolution du droit des contrats dans la législation spéciale d'une part (§1), l'évolution du droit commun au sein de la jurisprudence d'autre part (§2).

### §1. L'évolution du droit des contrats dans la législation spéciale

43. Le phénomène contractuel a connu une mutation profonde à partir de la seconde moitié du 19<sup>ème</sup> siècle, époque à laquelle les transformations économiques et sociales ont conduit à l'apparition de déséquilibres structurels entre contractants : salariés et entreprises, consommateurs et professionnels, bailleurs et locataires, producteurs et distributeurs etc. Ces inégalités se sont au demeurant vu renforcées par l'apparition des contrats d'adhésion qui limitent considérablement la liberté contractuelle de la partie faible. Ce double constat a entraîné une remise en cause radicale de la théorie de l'autonomie de la volonté, appuyée par une série de travaux doctrinaux qui ont dénoncé l'abstraction de certaines constructions juridiques dont participe le mythe de l'homme libre et égal à ses pairs<sup>86</sup>. Autrement dit, la commutativité subjective sur laquelle reposait le système du Code civil, est apparue à elle seule comme une méthode insuffisante pour garantir la justice contractuelle. Il s'est en conséquence produit un renforcement du cadre impératif, à travers l'apparition d'un ordre public économique et social par lequel le législateur est venu réglementer le contenu des contrats passés entre des parties qui se trouvent dans une situation institutionnelle d'inégalité. Comme on l'a observé : « Le développement de cette législation impérative conduit, au reste, à un certain effacement du droit commun des contrats au profit des règles propres à chaque type de contrat. Les statuts spéciaux se multiplient et vont même jusqu'à revendiquer leur complète autonomie (...) »<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, version consultable en ligne sur le site de la Cour de cassation.

<sup>86</sup> V. notamment E. Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. 1912. ; ainsi que F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, T.1, p. 124 : pour une critique générale de ces « conceptions pures développées par une logique tout abstraite ».

<sup>87</sup> F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 42 et 43, n°35. V. également, J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Droit fondamental, 1<sup>ère</sup> édition, 1996, n°166, p. 242 et s. Cette « publicisation du contrat » pour reprendre les termes de Josserand a pu alors être perçue comme un dévoiement de l'instrument contractuel constituant une dérive grave, puisque la doctrine est allée jusqu'à parler de « crise du contrat » au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle : H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », in *Archives de philosophie du droit*, T.13, Sirey, 1968, p. 13 et s.

44. Le surdéveloppement de la législation et des régimes spéciaux contractuels, poussé à son comble avec l'avènement du Code de la consommation en 1978, contraste avec la stabilité du Code civil depuis 1804. De fait, il apparaîtrait un décalage profond entre le droit commun et la théorie générale qui le chapote d'une part, le contenu et l'esprit des droits spéciaux et impératifs d'autre part<sup>88</sup>. La liberté contractuelle constitue un exemple révélateur. Alors que celle-ci est censée constituer un principe fondamental au sein de la théorie générale, on ne dénombre plus les exceptions qui lui sont apportées à l'extérieur du Code civil. Que l'on songe aux contrats d'assurance obligatoires, à la multiplication des droits de préemption, à la détermination légale du contenu des contrats de baux ruraux et à usage d'habitation, à la législation sur les clauses abusives, aux règles spécifiques relatives au contenu du contrat de travail ... ! Toutes ces dispositions spéciales lui portent des atteintes frontales, de telle sorte qu'on est allé jusqu'à remettre en cause sa nature de principe<sup>89</sup>. En définitive, la théorie générale et le droit commun ne reflèteraient plus que pour une partie limitée la conception du contrat en droit français. Cette dernière se situerait pour une large part dans le droit spécial qui, de par l'étendue de son domaine d'application, incarnerait le droit de tous les jours.

45. De ce constat, il ressort une interrogation de nature épistémologique : le droit commun doit-il, comme le propose une partie de la doctrine, s'enrichir de principes nouveaux afin de combler le décalage qu'il présente avec les droits spéciaux ? Ces principes seraient « déduits de valeurs supérieures, telles que l'utilité ou la justice contractuelle, et induit des règles du droit commun des contrats ou de droits spéciaux »<sup>90</sup>. Il s'agirait en particulier de mettre en avant un « principe d'égalité contractuelle », permettant de sanctionner l'inégalité ou de rétablir l'égalité entre les parties dans la formation et dans l'exécution du contrat, ainsi qu'un « principe d'équilibre contractuel »<sup>91</sup> ou de « proportionnalité »<sup>92</sup>, selon lequel le contrat doit, dans la formation comme l'exécution et selon son économie générale, respecter un équilibre entre les parties. La question demeure ouverte car après tout, l'alignement de la théorie générale sur le droit spécial (allant dans le sens d'une plus grande justice contractuelle) n'est-il pas là aussi, l'expression d'un choix subjectif ? Il est donc possible de voir dans cette évolution du droit des contrats dans la législation spéciale, un premier facteur de complexité dans l'identification des principes généraux, auquel il faut ajouter le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit commun.

## §2. L'évolution du droit commun dans la jurisprudence

46. Stable en sa lettre depuis 1804, la jurisprudence a été une source majeure de l'adaptation du droit commun des contrats à l'évolution du phénomène contractuel. Elle tend aujourd'hui à

---

<sup>88</sup> Pour ce constat V. G. Cornu, « L'évolution du droit des contrats en France », Journée de la Société de Législation Comparée, RIDC, vol. 1, 1979, p. 458, n°4 ; P. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, p. 274, n°11.

<sup>89</sup> S. Le Gac-Pech, « Principes généraux et droit prospectif », LPA, juin 2011, n°125, p. 4.

<sup>90</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ. 1997, p. 357, n°27.

<sup>91</sup> L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, préf. C. Thibierge, LGDJ, Bibl. dr. privé., 2002.

<sup>92</sup> S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris XI, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, Bibl. dr. privé., 2000. V. également, D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, th. Paris II, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. privé., 2005, p. 319, n°419: l'auteur propose un « principe général sanctionnant l'excès ».

« s'essouffler » en générant de l'insécurité juridique, argument-force en faveur de l'intervention de la réforme<sup>93</sup>. Il ne s'agit pas de dresser ici un inventaire détaillé et exhaustif de cette évolution, mais simplement de signaler que par son action, la Cour de cassation a orienté le droit commun dans des directions qui semblent engager une évolution corrélative des principes généraux. Elle a par exemple consacré toute une série de tempéraments au rejet de principe de la lésion qualifiée, en accordant aux tribunaux le droit de réduire certains honoraires jugés excessifs<sup>94</sup>. Elle a en outre imposé de nouvelles obligations aux contractants sur le fondement de la bonne foi (information<sup>95</sup>, conseil<sup>96</sup>, collaboration<sup>97</sup>), ou encore permis au juge de contrôler l'abus dans la fixation unilatérale du prix<sup>98</sup>. Les exemples pourraient être multipliés mais, de fait, l'éclatement du droit des contrats dans les droits spéciaux se dédouble d'apports essentiels réalisés par la jurisprudence sur le terrain même du droit commun et qui semblent intuitivement apporter des changements dans l'ordre des principes. L'obstacle que cela pourrait constituer à l'identification substantielle apparaît toutefois maîtrisable, tant que la jurisprudence s'inscrit dans une production normative stable, continue et cohérente.

47. Or, la Cour de cassation a rendu dans les dernières décennies un certain nombre de décisions intimement liées aux principes généraux, et dont la portée incertaine pourrait être source de difficultés quant à leur identification. On s'en tiendra ici à un exemple topique. Dans des arrêts qui ont fait couler beaucoup d'encre, la Haute juridiction a adopté une nouvelle conception de la notion de cause de l'obligation, opérant sa subjectivisation dans la perspective de promouvoir une meilleure justice contractuelle. Le célèbre arrêt *Chronopost*<sup>99</sup> a entamé le processus, en substituant « à l'appréciation abstraite de la prestation contrepartie, une analyse concrète de l'utilité et de l'équilibre des obligations contractuelles »<sup>100</sup>. Puis, la Cour de cassation est encore allée plus loin dans l'affaire dite « Point Club Vidéo »<sup>101</sup>. Dans le cadre d'un contrat de location de cassettes entre un bailleur et des particuliers souhaitant ouvrir un vidéoclub, elle a jugé que l'exécution selon l'économie voulue par les parties étant impossible faute de clientèle, elle privait l'obligation de payer le prix de toute contrepartie réelle. Enfin, rompant avec la précédente solution, elle est revenue à une conception plus conforme à l'idée classique selon laquelle « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre »<sup>102</sup>. Cette évolution tortueuse (les exemples pourraient être multipliés quant aux questions de l'obligation de

---

<sup>93</sup> V. pour ce constat, N. Molfessis, « Droit des contrats : l'heure de la réforme », JCP G, n°7, 16 février 2015, doct. 199.

<sup>94</sup> V. par exemple : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1958, D. 1958, p. 495 pour les honoraires d'avocats ; Rouen, 12 novembre 1959, D. 1960, p. 164 pour ceux des médecins.

<sup>95</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1988, Bull. civ. I, n°80, p. 52.

<sup>96</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 1995, Bull. civ. I, n°453, p. 315.

<sup>97</sup> Cass. Com. 9 juin 1979, Bull. civ. IV, n°186, p. 152 : relativement à un contrat de fourniture de système informatique.

<sup>98</sup> Cass. Ass. plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP G, 96, II, 22565, note Ghestin.

<sup>99</sup> Cass. Com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n°261, p. 223.

<sup>100</sup> F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. préc. n°89, p. 387, n°342.

<sup>101</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, Bull. civ. 1996, I, n°286, p. 200.

<sup>102</sup> Cass. Com. 9 juin 2009, n°08-11. 420, RDC, octobre 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud.

renégocier ou de la révision judiciaire pour imprévision) paraît compliquer la démarche d'identification des principes, lesquels présenteraient un caractère évolutif au gré des opportunités qu'offre le contentieux contractuel.

Ces obstacles tenant à la subjectivité de l'identification ainsi qu'aux évolutions complexes et sinueuses du droit des contrats, nous paraissent devoir être relativisés.

## **Chapitre second : la relativité des obstacles à l'identification substantielle**

48. Les obstacles à l'identification substantielle, précédemment exposés, pourraient en réalité procéder d'un amalgame entre deux dimensions de l'existence des principes : la statique d'abord (S1), la dynamique ensuite (S2). Statiquement, c'est-à-dire en les appréhendant chacun isolément, les principes généraux présenteraient une certaine objectivité ensemble une certaine stabilité. Selon une approche dynamique en revanche, c'est-à-dire en les considérant dans leurs rapports respectifs et leur mise en oeuvre, il se manifesterait une part de subjectivité dans la définition d'un équilibre entre ceux dont la teneur est contradictoire, ainsi qu'une forme d'évolutivité de cet équilibre.

### **Section 1 : l'approche statique**

Du point de vue statique, les principes généraux peuvent présenter une double objectivité, à la fois substantielle (§1) et notionnelle (§2).

#### **§1. L'objectivité substantielle**

49. Liberté contractuelle, force obligatoire, bonne foi et justice contractuelle. Tels nous semblent être les principes généraux du droit des contrats. Pris individuellement, ces principes n'apparaissent pas porteurs d'une quelconque subjectivité. Au contraire, ils constituent par métonymie, *l'architecture du droit des contrats*, les fondations dont la suppression de l'une entraîne sinon l'effondrement, la fragilité de l'édifice entier. L'objectivité s'entend donc ici du caractère fondamental des principes qui seraient, si l'on devait opérer un détour métaphorique dans le droit des personnes, doués d'une forme d'indisponibilité. Envisageons les successivement.

##### A. La liberté contractuelle

50. Pourrait-on envisager la théorie générale du contrat sans l'idée fondamentale selon laquelle chacun est libre de contracter ? N'est-elle pas la première condition de l'existence du droit des contrats ? La liberté contractuelle a d'abord une dimension anthropologique. Elle est la condition de l'échange et de la vie en société comme l'indiquait déjà Domat de son temps : « La matière des contrats est la diversité infinie des matières dont les hommes règlent entre eux les communications, les commerces de leurs industrie, de leur travail et de toute chose selon leur besoin »<sup>103</sup>. Elle est ensuite dépourvue, en elle-même, d'une quelconque charge politique.

---

<sup>103</sup> J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Œuvres complètes, Livre premier, Paris, 1697, p. 122.

L'évolution des systèmes économiques et politiques dans le sens du modèle libéral à l'époque contemporaine est - sauf nuances et exceptions - acquise dans son principe, si bien que la liberté de contracter se retrouve dans l'ensemble des travaux savants réalisés tant du point de vue international qu'europpéen<sup>104</sup>. Elle est au demeurant un élément de convergence des systèmes juridiques occidentaux et de ceux qui s'en inspirent<sup>105</sup>. Enfin, sa constitutionnalisation<sup>106</sup> va explicitement dans le sens de son affirmation en tant que proposition fondamentale et objective du droit des contrats. La part de la subjectivité tient seulement dans l'aménagement de ses rapports avec d'autres principes généraux, c'est-à-dire dans son caractère plus ou moins absolu<sup>107</sup>, dans sa mise en œuvre dynamique.

## B. La force obligatoire du contrat

51. Il existe des divergences doctrinales profondes quant au fondement du principe de force obligatoire du contrat. Certains invoquent le concept kantien de l'autonomie de la volonté<sup>108</sup>. D'autres, normativistes, le font reposer sur la nature même du contrat en tant qu'il présente la réunion des cinq éléments caractéristiques de leur définition de la norme (l'impératif hypothétique, la contrainte, la validité, l'ordonnement et l'efficacité<sup>109</sup>). Les canonistes, l'expliqueront par une transposition juridique de la morale religieuse véhiculant le respect de la parole donnée. L'École du droit naturel moderne y verra une obligation d'ordre naturel, nécessaire corollaire de la liberté de contracter<sup>110</sup>. Plus récemment, de nouvelles analyses se font jour, invoquant le fondement de l'utilité sociale et de la justice<sup>111</sup>, ou encore de la théorie des attentes légitimes<sup>112</sup>. Mais au-delà des divergences quant à son origine, le principe de la force obligatoire du contrat est une proposition aussi cardinale que la liberté contractuelle au sein de la théorie générale. Elle donne au contrat tout son sens et son intérêt en tant qu'outil d'organisation, de commutation et de prévisibilité : elle lui est fondamentalement inhérente et, en conséquence, se trouve placée en dehors de toute tractation.

---

<sup>104</sup> V. Art. 1.1 Principes Unidroit ; art. 1:102 Principes Lando ; art. 2 Code Gandolfi ; article 0:101 Principes AHC-SLC ; art. II.I : 102 DCFR.

<sup>105</sup> Y.-M. Laithier, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », RDC, 2013, n°1, p. 410 et s.

<sup>106</sup> Cons. const. 13 juin 2013, n°2013-672 DC, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, considérant n°6.

<sup>107</sup> V. par exemple le constat de C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », op. préc. n°79, p. 452 : « Il ne s'agit donc pas d'en finir avec la liberté contractuelle en déniaut tout rôle à la volonté individuelle ; il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures ».

<sup>108</sup> E. Kant, *Critique de la raison pratique*, Œuvres, complètes, Bibl. de la Pléiade, Nrf, 1ère partie analytique, §8. Théorème IV, p. 647 : « La loi morale n'exprime donc pas autre chose que l'autonomie de la raison pure pratique, c'est-à-dire la liberté, et celle-ci est même la condition formelle de toutes les maximes, condition à laquelle seule celles-ci peuvent s'accorder avec la loi pratique suprême. L'autonomie de la volonté est l'unique principe de toutes les lois morales et des devoirs conformes à ces lois ».

<sup>109</sup> V. sur ce point P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1ère édition, 1996, v. « Kelsen », et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. préc. n°26.

<sup>110</sup> J. Domat, op. préc. n°103 : « Ainsi, tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles : qu'il ne faut faire de tort à personne (...), qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses et des autres règles semblables de la justice et de l'équité ».

<sup>111</sup> J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archive de philosophie du droit*, Sirey, 1981, T.26, p. 40.

<sup>112</sup> G. Guerlin, *L'attente légitime du contractant*, th., Amiens, 2008.

### C. La bonne foi

52. Le principe de bonne foi procède d'abord d'une réflexion de philosophie morale. On l'associe en effet à des concepts tels que la sincérité, l'honnêteté, la vertu, la loyauté, la cohérence. A cet égard, c'est une notion qui possède une existence autonome avant d'être traduite juridiquement. Quand bien même celle-ci n'était pas dotée de sa portée contemporaine à l'époque du Code civil, elle constituait déjà une proposition fondamentale pour le droit des contrats comme Portalis le laissait entendre : « En matière civile comme en matière commerciale (...) il faut de la bonne foi dans les contrats »<sup>113</sup>. C'est en effet une norme comportementale incontournable. Négativement d'abord, en ce qu'elle conduit à bannir de la sphère contractuelle les comportements immoraux et déloyaux, fussent-ils fondés sur l'exercice d'une prérogative contractuelle (atténuation de la force obligatoire). Positivement ensuite, en imposant certains devoirs aux contractants : une attitude cohérente et sincère dans la phase de formation, un comportement facilitant la bonne réalisation du contrat dans la phase d'exécution (précision de la force obligatoire). Son histoire est celle de son développement en jurisprudence au 20<sup>ème</sup> siècle, dont on s'accorde désormais à dire qu'elle s'est plus réalisée du fait d'une diversification des modèles contractuels (apparition des contrats d'intérêt-commun et des contrats-coopération suggérant une obligation de collaboration) que d'une refondation du droit commun autour de la notion sous l'influence des idées solidaristes<sup>114</sup>. Quoiqu'il en soit, le principe de bonne foi n'est pas « statiquement » porteur d'une charge subjective. Existait dans l'essentiel des systèmes juridiques y compris les plus libéraux<sup>115</sup>, repris dans la plupart des projets savants d'harmonisation<sup>116</sup>, fermement ancré dans le paysage juridique français, sa dimension subjective ne réside que dans la définition de sa portée et de ses rapports à d'autres propositions contradictoires, dont en premier lieu la force obligatoire du contrat.

### D. La justice contractuelle

52. « Est-ce parce qu'il est trop évident que le principe de justice n'est jamais affirmé par les juristes ? On aimerait le croire »<sup>117</sup>. Portalis le faisait pourtant déjà lorsqu'il soutenait que : « En matière civile comme en matière commerciale (...) il faut de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats »<sup>118</sup>. Contrairement à ce qu'a pu laisser entendre une présentation dogmatique et erronée de l'autonomie de la volonté<sup>119</sup>, « le thème de l'équilibre ou de la justice est un des grands classiques du droit des contrats. L'attention portée à l'équilibre contractuel est en effet tout sauf nouvelle : la justice a toujours été l'une des finalités, et donc l'une des conditions de l'efficacité

---

<sup>113</sup> J.-E.-M. Portalis, op. préc. n°10, p. 56.

<sup>114</sup> V. notamment dans le sens de cette prise en compte de la diversité contractuelle : D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des centres, des braises... », in *Mélanges J. Hauser*, 2012, p. 905 et s.

<sup>115</sup> Même le système juridique anglais, réputé être réticent à ce principe en connaît des applications à travers les concepts d'*estoppel* ou de *reason*.

<sup>116</sup> Art. 1.7 Principes Unidroit, art. 1:201 Principes Lando ; art. 0:301 et 0:302 Principes AHC-SLC, art. 75 Code Gandolfi.

<sup>117</sup> M. Fabre-Magnan, op. préc. n°67.

<sup>118</sup> J.-E.-M. Portalis, op. préc. n°10, p. 56.

<sup>119</sup> Pour cette critique V. C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 12 et s.



des conventions »<sup>120</sup>. Aussi, la justice contractuelle est-elle bien présente depuis 1804, au sein du droit commun. D’abord, à travers la théorie dite de la *commutativité subjective* selon laquelle l’équilibre contractuel repose sur le contenu du contrat librement consenti et négocié, non sur une stricte équivalence objective des prestations (article 1104 du Code civil). Ensuite au travers de ses « réciproques »<sup>121</sup>, à savoir l’existence d’une contrepartie contrôlée par l’existence de la cause de l’obligation (article 1131) et celle d’un équilibre réellement voulu par les parties, en s’assurant de l’existence d’un consentement lucide, libre et éclairé. Il apparaît ainsi que se sont plus les moyens de réalisation de la justice contractuelle qui aient subi des changements profonds à travers l’avènement des législations spécialisées et des créations jurisprudentielles que le principe lui-même, lequel constitue un élément stable et fondamental du droit français des contrats et serait, qui plus est, un autre élément de convergence des systèmes juridiques contemporains<sup>122</sup>.

Cette analyse tendant à démontrer la faiblesse sinon la nullité de la charge subjective des principes généraux sélectionnés à l’état statique, n’est pas suffisante car elle n’explique ni l’absence de certaines propositions, ni la motivation du choix substantiel réalisé, lesquelles procèdent d’une objectivité que l’on pourrait qualifier de notionnelle ou conceptuelle.

## §2. L’objectivité notionnelle

L’étude notionnelle a permis de mettre en exergue certains caractères propres aux principes généraux, devant permettre d’introduire une nouvelle dose d’objectivité dans leur identification. D’abord en creux, car elle permet d’écarter certaines propositions du rang des principes (A) ; ensuite en plein, en ce qu’elle tend à confirmer le choix opéré (B).

### A. L’objectivité notionnelle en creux

**53.** Les principes généraux désignent d’abord des propositions qui présentent un degré maximal de généralité dans la limite de conserver une nature proprement juridique<sup>123</sup>. Il apparaît à cet égard que certaines propositions, qui sont pourtant présentées comme des principes, n’ont pas cette qualité. Par exemple, lesdits principes de cohérence et de collaboration, impliquant respectivement l’idée que « nul ne doit se contredire au détriment d’autrui » et que les parties sont tenues de collaborer à l’exécution de leurs contrats, ne constituent que des applications plus spécifiques du principe général de bonne foi dont ils sont déduits. Le même constat peut être dressé pour ce qui est de « l’égalité contractuelle » et de « l’équilibre contractuel ». L’un se propose de restaurer une véritable liberté des contractants dans la formation afin de remédier à certaines inégalités structurelles ; l’autre implique la correction d’un déséquilibre significatif survenu malgré la rencontre libre et éclairée des volontés. Tout deux constituent en réalité des applications particulières d’une proposition plus générale selon laquelle le droit des contrats doit veiller à la garantie d’une certaine justice commutative entre les contractants, autrement dit du principe

---

<sup>120</sup> F. Chénéde, « L’équilibre contractuel dans le projet de réforme », RDC, 2015, à paraître, n°1.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Y.-M. Laithier, op. préc. n°105.

<sup>123</sup> V. supra n°6.

général de justice contractuelle. Toujours selon le même critère, l'idée d'efficacité économique qui fonde et explique certaines dispositions du projet de réforme, comme la possibilité d'accepter une exécution imparfaite et de réduire proportionnellement le prix (article 1223), ou de résoudre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution suffisamment grave (article 1224), est certainement une source matérielle du droit mais pas un principe général, car située en dehors de la juridicité.

54. Ensuite, du fait de leur généralité et du rapport systémique d'application qu'ils entretiennent avec les règles juridiques, les principes généraux doivent être riches en implications et en conséquences. Ce caractère est aussi de nature à écarter certaines propositions de leurs rangs. Tel est le cas de la « faveur du contrat », proposée par la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris qui, pour l'essentiel, se résume à l'idée de favoriser le prononcé de nullités partielles plutôt que totales (encore sous la réserve que cette proposition ne soit pas analysée en une conséquence de la force obligatoire du contrat).

#### B. L'objectivité notionnelle en plein

55. La liberté contractuelle, la force obligatoire, la bonne foi et la justice contractuelle, répondent tant au critère de généralité inhérent à la notion de principe, qu'à celui tenant à l'importance de leurs implications et de leurs conséquences dans le droit des contrats. Il apparaît bien que la recherche inductive d'une plus grande généralité conduit, pour les trois derniers, à une pénétration dans le domaine des forces matérielles créatrices qui participent de leur formation, et à une sortie du domaine proprement contractuel pour le principe de liberté contractuelle. Par ailleurs, tenter de faire la synthèse de leurs implications serait vain tant celles-ci sont nombreuses et diverses. Aussi, ces quatre propositions présentent-elles les caractéristiques notionnelles qui en font indiscutablement des principes généraux et fondamentaux de la matière contractuelle.

56. Leur identification ne nous paraît pas relever d'un phénomène d'opinion mais de connaissance et d'ontologie pour le droit des contrats. Si l'on retient que penser la notion de principe suivant la logique d'une source matérielle dotée d'un haut degré de généralité juridique, constitue une pensée des fondements, il est difficile de ne pas associer cette recherche à quelques prémisses de réflexion philosophique, si modestes soient-elles. Les principes généraux du droit des contrats entendus de cette manière restrictive (qui nous semble leur être la plus adéquate) ne suggèrent-ils pas l'analogie d'être dans leur domaine, ce que certains grands concepts sont à la philosophie ou à certains systèmes philosophiques : l'Idée dans le platonisme, le Noumène dans le criticisme kantien ? La réponse de Deleuze à la question « Qu'est ce qu'un concept ? »<sup>124</sup>, peut suggérer l'intérêt d'une telle analogie. On y trouve en effet beaucoup de ce que nous pensons d'un principe. « Il n'y a pas de concept simple. Tout concept a des composantes et se définit par elles » ; « tout concept a un contour irrégulier » ; « un concept s'allie à d'autres concepts coexistants ». Surtout, Deleuze explique que : « Tout concept renvoie à un problème sans lequel il n'aurait pas de sens (...). En philosophie, on ne crée des concepts qu'en fonction de problèmes qu'on estime mal vus ou mal posés ».

---

<sup>124</sup> Deleuze et Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Les Editions de Minuit, 1991, p. 21 à 37.

Aussi, par analogie, ne créerait pas des principes généraux qui veult et à la faveur de petits changements de circonstance. La naissance d'un principe devrait être le résultat de l'apparition d'un problème que les principes existants ne seraient pas à même de résoudre. Dans le platonisme<sup>125</sup>, il se développe ainsi une tension dialectique entre « l'Idée » (le vrai) et les « simulacres » (ou prétendants). A défaut d'une prétention à l'objectivité qui pourrait être critiquée et très au-dessus d'une subjectivité dangereuse, ne doit-on pas penser à une exigence de simple rationalité qui aurait soin de répertorier les vrais problèmes, de déjouer les simulacres de solution et de valider comme principes ceux qui répondent aux questions de droit, les seuls devant réellement nous retenir.

57. Aborder la question de l'identification substantielle du point de vue statique conduirait ainsi à relativiser l'importance des obstacles qui s'y opposent. La subjectivité prétendue se muerait en une rationalité notionnelle et conceptuelle ; la difficulté tenant au caractère évolutif du droit des contrats et des principes se déplacerait au stade de leur mise en œuvre dynamique, c'est-à-dire quant à la définition de leurs rapports.

## Section 2 : les principes en dynamique

Architectonique fondamentale du droit des contrats, les principes s'inscrivent dans un système d'interdépendance. Il s'agit alors de définir un équilibre entre ceux dont la teneur et les implications sont contradictoires (§1), définition qui se réalise selon différentes modalités (§2).

### §1. La définition d'un équilibre entre les principes généraux

58. La définition de cet équilibre est nécessaire et impérative. Ce constat pourrait procéder de la nature même des principes comme le suggère le juriste et philosophe américain Dworkin, en affirmant que « les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles, celle du poids et de l'importance »<sup>126</sup>. Sans que cela soit faux, il importe tout de même de considérer que cette exigence procède surtout de la substance des principes généraux. C'est l'existence de principes divergents en leur teneur (comme la bonne foi et la force obligatoire du contrat), qui invite à la réalisation d'un travail dialectique aux fins d'agencement et de conciliation<sup>127</sup>.

59. L'analyse de Dworkin présente toutefois le grand intérêt de démontrer que les principes obéissent à une logique très différente de celle qui anime les règles. A la différence de ces dernières, ils ne peuvent être pensés dans le « style du tout ou rien »<sup>128</sup>. L'idée qu'ils constituent des propositions juridiques fondamentales et indisponibles, explique qu'ils doivent nécessairement s'inscrire dans une dialectique avec ceux qui leur sont substantiellement opposés.

---

<sup>125</sup> Platon, *La République*, Œuvres complètes, (dir. L. Brisson), Garnier Flammarion.

<sup>126</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, PUF, Léviathan, 1995, p. 84 et 85. : toutefois, la pertinence du parallèle avec Dworkin doit être nuancée. En effet, pour l'auteur qui raisonne dans le système juridique américain, les principes sont des standards qui trouvent à s'appliquer devant le juge et donnent lieu à l'exercice d'un contrôle de proportionnalité, lequel est étranger à la tradition juridique française.

<sup>127</sup> C'est ce que souligne C. Pérès, op. préc. n°62.

<sup>128</sup> R. Dworkin, op. préc. n°126, p. 82.

S'ils peuvent régresser dans leur intensité, leur rayonnement et leurs implications, ils ne peuvent pas disparaître sous le poids des exceptions qui leur sont apportées. Leur nature de principe l'exclut : « Il peut y avoir d'autres principes qui plaident en sens contraire (...). S'il en est ainsi, notre principe ne l'emportera peut-être pas, mais cela ne veut pas dire qu'il n'est pas l'un des principes de notre système juridique, parce que dans le cas suivant, où ces considérations opposées seront absentes ou d'un poids moindre, ce principe pourra être décisif »<sup>129</sup>. La définition d'un équilibre est nécessaire, quasi-inhérente aux principes généraux. Mais selon quelles modalités se réalise-t-elle ?

## §2. Les modalités de la définition de l'équilibre

C'est le législateur qui, *ab initio*, définit un équilibre entre les principes généraux (A), lequel se voit précisé et mis en oeuvre par la jurisprudence (B).

### A. L'équilibre légal *ab initio*

60. La réforme du droit des contrats constitue un bon exemple de la manière dont le législateur réalise cette définition, ou plutôt cette redéfinition de l'équilibre. A bien regarder, c'est sur le terrain d'une réorchestration des principes existants, plus que sur l'émergence de nouveaux principes que la réforme opère. Une analyse détaillée des implications du projet de la Chancellerie sur l'équilibre des principes généraux serait impossible dans le cadre de cette étude, mais quelques illustrations peuvent être données. Ainsi, la consécration du vice de violence économique (article 1142) et l'introduction de la possibilité de demander au juge la suppression d'une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (article 1169), vont dans le sens d'une promotion significative de la justice contractuelle<sup>130</sup> au sein du droit commun. Le nombre d'applications de chacun des principes à travers les mécanismes et les règles du droit positif peut-être le signe de leur importance respective. Il ne s'agit toutefois que d'un simple indice, insuffisant à lui-seul. D'autres paramètres, divers et complexes, entrent en jeu. Pour s'en tenir à une illustration, la définition légale de l'équilibre est aussi le fait du domaine assigné aux dispositions qui réalisent une application des principes. En ne prévoyant pas une limitation du domaine de l'article 1169 aux contrats d'adhésion ou à ceux dont les clauses ne sont pas librement négociées (peut-être par simple oubli ?), l'ordonnance réaliserait sur le fondement de la justice contractuelle, une atteinte bien plus importante au principe de la force obligatoire<sup>131</sup> que dans le cas inverse.

En tout état de cause, le législateur définit par ces différentes techniques un équilibre légal *a priori* entre les principes généraux, lequel a vocation à être précisé et affiné par la jurisprudence au gré du contentieux contractuel.

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 84.

<sup>130</sup> L'intention avait déjà été annoncée par le projet Catala : V. G. Cornu, « Introduction au Titre III de l'Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », La documentation française, p. 19 : « Cependant, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les aspirations de la justice contractuelle. La conscience contemporaine attend des progrès en ce sens. Telle est, primordialement, l'une des idées directrices de la révision ».

<sup>131</sup> V. en ce sens F. Chénéde, op. préc. n°120.

## B. La part de la jurisprudence

**61.** Pour continuer de raisonner sur l'article 1169, c'est au juge qu'il reviendra - en l'absence de définition légale - de déterminer l'étendue que doit revêtir le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties pour justifier la suppression de la clause qui le crée. Aussi, lui incombera-t-il, fondamentalement, de définir pour chaque espèce une pondération entre justice contractuelle d'un côté, force obligatoire et liberté d'un autre.

**62.** Par ailleurs, le rôle de la jurisprudence apparaît encore plus important si l'on considère l'absence revendiquée<sup>132</sup> d'une définition légale de la bonne foi au sein du projet. En disposant simplement que « les conventions doivent être formées et exécutées de bonne foi » (article 1103), le juge se voit investi par le législateur d'une forme de délégation normative quant à la détermination du sens et de la portée du principe. Cette configuration impliquera inéluctablement, à travers les situations contentieuses, la définition jurisprudentielle d'un équilibre avec le principe de la force obligatoire du contrat, comme c'est déjà le cas en droit positif<sup>133</sup>.

**63.** Ainsi, loin d'être figé par la loi, l'équilibre des principes généraux dans leur dynamique est aussi le fait du juge. Cette donnée tend à expliquer le caractère potentiellement évolutif de l'équilibre en dehors des textes ; constat qui n'est pas pour autant de nature à entraîner une remise en cause des principes en eux-mêmes. Ces derniers constituent bien du point de vue statique des éléments stables et fondateurs de l'ordre contractuel, dont seul l'agencement dynamique se voit véritablement modifié, jusqu'à présent du moins.

---

<sup>132</sup> C. Aubert de Vincelles, op. préc. n°6 : « Aucune définition de la bonne foi n'a été donnée, préférant laisser le juge apprécier au regard des circonstances ».

<sup>133</sup> Cass. Com. 10 juillet, 2007, GAJC, n°164 : la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties.

# Conclusion

64. Les débats doctrinaux qui se trouvent à l'origine de cette recherche, tiennent à la question de l'opportunité d'une formalisation des principes généraux du droit des contrats dans le cadre de la réforme et à celle de leur détermination substantielle dans cette éventuelle perspective<sup>134</sup>.

65. L'étude ici réalisée tend à démontrer que l'existence de ces principes n'est pas tributaire d'un quelconque nominalisme législatif, consistant par exemple à les énoncer au sein d'un chapitre autonome du Code civil. L'analyse notionnelle démontre au contraire qu'ils sont des propositions de nature juridique, dotées d'un degré de généralité très élevé, éléments premiers d'une organisation logique et systémique du droit des contrats, en tant que fondements des règles qui en réalisent l'application. L'association de ces caractères à l'observation de leur ante-positivité dans laquelle ils développent des fonctions axiologique et téléologique (détermination et orientation du contenu du droit positif), invite à penser leur nature en tant que sources matérielles fondatrices du droit des contrats. Aussi, la question de l'opportunité de leur formalisation (à laquelle nous avons répondu par la négative) est une question d'ordre technique, qui ne doit pas conduire à méconnaître la richesse théorique et fonctionnelle de la notion dont nous espérons avoir mis en lumière quelques aspects.

66. Quant à la substance des principes, la diversité des propositions doctrinales recensées semble suggérer la dimension nécessairement subjective du choix, sous fond de désaccords idéologiques, politiques et techniques. La difficulté d'une identification matérielle se voit même renforcée par la complexité inhérente au droit des contrats lui-même (évolution dans la jurisprudence et dans les droits spéciaux). Notre démarche a été celle d'une relativisation de ces obstacles, en distinguant la dimension statique des principes (dans laquelle ils présenteraient une objectivité conceptuelle ainsi qu'une faible charge politique et idéologique), de leur dynamique, c'est-à-dire de la définition d'un équilibre entre ceux présentant des teneurs contradictoires.

De la conjonction des deux approches, notionnelle et substantielle, il en résulte notre proposition de voir dans la liberté contractuelle, la force obligatoire, la bonne foi et la justice contractuelle, les quatre principes généraux de la matière, formant par métonymie l'architecture fondamentale du droit des contrats. Ces quatre principes, sources matérielles de l'ordre contractuel, constitueraient « statiquement » des éléments stables, rationnels sinon objectifs, toute la part de l'évolutivité et de la subjectivité reposant dans la question de leur mise en œuvre dynamique.

67. En l'état, l'ensemble des propositions formulées par cette étude ne peut l'être que sous l'habit de la suggestion. Elles appelleraient inéluctablement à de plus amples vérifications de leurs fondements, de même qu'à des prolongements de divers ordres : philosophique, épistémologique, technique... Par ailleurs, toute étude sur les principes, serait-elle réduite au droit des contrats, appelle à faire preuve d'humilité, tant ce concept, complexe, intéresse fondamentalement l'ensemble de la science juridique de ses sphères les plus abstraites à sa pratique quotidienne, des

---

<sup>134</sup> V. supra n°1.

tribunaux aux amphithéâtres, du droit public au droit privé. C'est ainsi avec la prudence qui doit caractériser le travail quotidien du juriste face à la difficulté de la tâche, que nous soumettons ces quelques réflexions.

# BIBLIOGRAPHIE

## I – TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

- Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 1<sup>ère</sup> édition 2003.
- Atias (C.), *Philosophie du droit*, PUF, Thémis droit privé, 1<sup>ère</sup> édition, 1999.
- Atias (C.), *Epistémologie juridique*, PUF, Droit fondamental, 1<sup>ère</sup> édition, 1985.
- Atias (C.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5<sup>ème</sup> édition, 2010.
- Bergel (J-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 1<sup>ère</sup> édition, 2001.
- Bergel (J-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4<sup>ème</sup> édition, 2003.
- Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.2, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2008.
- Carbonnier (J.), *Droit civil Introduction*, PUF, Thémis, Droit privé, 27<sup>ème</sup> édition, 2002.
- Cornu (G.), *Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13<sup>ème</sup> édition, 2007.
- Cornu (G.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 8<sup>ème</sup> édition, 2007.
- Demogue (R.), *Traité des obligations en général*, T.6, 1931.
- Deumier (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 2<sup>ème</sup> édition, 2002.
- Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations*, T.1, PUF, Thémis Droit, 3<sup>ème</sup> édition, 2012.
- Fages (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 3<sup>ème</sup> édition, 2011.
- Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.), *Les obligations*, T. 1, A. Colin, 14<sup>ème</sup> édition, 2010.
- Ghestin (J.), Goubeaux (G.), Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1994.
- Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Droit fondamental, 1<sup>ère</sup> édition, 1966.
- Lalande (A.), *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, PUF, 18<sup>ème</sup> édition, 1996.
- Malaurie (P.), *Anthologie de la pensée juridique moderne*, Cujas, 1<sup>ère</sup> édition, 1996.
- Malaurie (P.), Aynès (L.), *Les obligations*, Lextenso, Defrénois, 4<sup>ème</sup> édition 2009.
- Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>ère</sup> édition, 2009.
- Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1899.



Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 9<sup>ème</sup> édition, 2012.

Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> édition, 2013.

Troper (M.), *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 3<sup>ème</sup> édition, 2011.

## II – OUVRAGES SPECIAUX : THESES ET MONOGRAPHIES

de Béchillon (M.), *La notion de principe général en droit privé*, thèse Bordeaux IV, préf. B. Saintourens, PUAM, 1998.

Bakouche (D.), *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005.

Bourgeois (L.) et Croiset (A.), *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Félix Alcan, 1907.

Dabin (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Philosophie du droit, 3<sup>ème</sup> édition, 1968.

Deleuze (G.) et Guattari (F.), *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Les Editions de Minuit, 1991.

Domat (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Œuvres complètes, Livre premier, 1697.

Dworkin (R.), *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, PUF, Léviathan, 1995.

Kant (E.), *Critique de la raison pure*, Œuvres philosophiques, Bibliothèque de La Pléiade, Nrf, T. 1.

Kant (E.), *Critique de la raison pratique*, Œuvres philosophiques, Bibliothèque de La Pléiade, Nrf, 1<sup>ère</sup> partie analytique.

Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Gallica, Collection numérisée de la Bibliothèque nationale de France, T. 13, 1836.

Fin-Langer (L.), *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, préf. C. Thibierge, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2002.

Gaudemar (M.), *Le Vocabulaire de Leibniz*, Ellipses, 2001.

Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, T.1, 1919.

Gounot (E.), *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse 1912.

Goutal (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, Bibl. dr. privé, T. 171, LGDJ, 1981.

Goyard-Fabre (S.) et Sève (R.), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Questions, 2<sup>ème</sup> édition, 1993.

Houtcieff (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001.

Jestaz (P.), *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005.

Jestaz (P.), *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2005.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, édition de la Baconnière, Cahiers de Philosophie, trad. H. Thévenaz, 2<sup>ème</sup> édition, 1988.

Le Gac-Pech (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse Paris XI, préf. H. Muir Watt, LGDJ, Bibl. dr. Privé, 2000.

Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, thèse Paris II, édition Panthéon Assas, préf. J-L. Souriou, 1999.

Platon, *La République*, Œuvres complètes, (dir. L. Brisson), Garnier Flammarion.

Portalis (J.-E.-M.), *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988.

Ripert (G.), *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Léviathan, 1<sup>ère</sup> édition, 2003.

Virally (M.), *La pensée juridique*, édition Panthéon-Assas, LGDJ, 1960.

Weill (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938.

### III – TRAVAUX COLLECTIFS, RAPPORTS, COLLOQUES

Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007, disponible sur le site <http://courdecassation.fr> (rubrique « archives », 2007).

Rapport « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires, Réactions de la CCIP à l'avant-projet Catala et propositions d'amendements », disponible sur le site <http://cci-paris-idf.fr>.

Projet Catala : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, (dir. P. Catala), La documentation française, 2006.

Projet Terré : *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. Terré), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

Avant-projet de réforme du droit des obligations : document du travail produit par le Bureau du droit des obligations de la Chancellerie en date du 25 février 2015.

Principes Lando ou PDEC : *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, volume 2, 2003.

DCFR : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition, prepared by the Study Group, 2008.

Principes AHC – SLC : *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs* (dir. B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud), SLC, volume 7, 2008.

Principes Unidroit : *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 2004.

« Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Actes colloque Paris V, LPA, n°117, 30 septembre 1998.

## IV – ENCYCLOPEDIES

Répertoire de droit civil, Dalloz, 2015.

## V – ARTICLES ET CHRONIQUES

Alpa (G.), « Les principes directeurs dans les avant-projets de réforme européens », RDC, 2013, n°1, p. 431.

Atias (C.), « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », JCP, 1984, I, 3145.

Aubert de Vincelles (C.), « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. Terré), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 114.

Batiffol (H.), « La crise du contrat et sa portée », in *Archives de philosophie du droit*, T. 13, Sirey, 1968.

Boulangier (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, T. 1, 1950, p. 51 et s.

Bureau (D.), « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (dir. N. Molfessis), Economica, 2004, p.181.

Cabrillac (R.), « Le projet de réforme du droit des contrats – premières impressions », JCP G n°40, octobre 2008, I, 190.

Cadiet (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 7 et s.

Cédras (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003.

Chénéde (F.), « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », RDC, 2015, à paraître.

Cornu (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », in *La codification*, Dalloz, 1996, p. 77.

Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 et s.

- Cornu (G.), « L'évolution du droit des contrats en France », Journées de la Société de Législation comparée, 1979, RIDC, vol. I, p. 447 et s.
- del Vecchio (G.), « Les principes généraux du droit », in *Mélanges Gény*, 1934, T. 2, p. 69 et s.
- Dupichot (P.), « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC, 2013, n°1, p. 387.
- Fabre-Magnan (M.), « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », RDC, 2012, n°4, p. 1430.
- Fenouillet (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC, 2009, n°1, p. 279.
- Ghestin (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », in *Archives de philosophie du droit*, T.26, Sirey, 1981, p. 40.
- Ghozi (A.) et Lequette (Y.), « La réforme du droit des contrats, brèves observations sur le projet de la chancellerie », Dalloz, 2008, p. 2609.
- Gridel (J.-P.), « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », Dalloz 2002, chronique p. 228 et suivantes.
- Jamin (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 445.
- Jamin (C.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Revue droit et patrimoine, mars 1998, p. 45 et s.
- Jestaz (P.), « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, dir. G. Drago, B. François et N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 10.
- Jestaz (P.), « Source délicieuse (remarques en cascade sur les sources du droit) », RTD Civ. 1993, p. 73.
- Jestaz (P.), « Les principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005, p. 222.
- Josserand (L.), « La publicisation du contrat », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Partie V, LGDJ, 1938, p. 143 et s.
- Josserand (L.), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », D.H., chron., p. 5 et s.
- Laithier (Y.-M.), « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », RDC, 2013, n°1, p. 410 et s.
- Lasserre-Kiesow (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Dalloz, 2006, p. 2279.
- Le Gac-Pech (S.), « Principes généraux et droit prospectif », Petites Affiches, 24 juin 2011, n°125, p. 4.
- Lequette (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s.

- Leveueur (L.), « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », RDC, 2012, n°4, p.1441.
- Leveueur (L.), « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », CCC, 2008, Repère n°10.
- Libchaber (R.), « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Lexis Nexis, 2009, p. 505 et s.
- Mazeaud (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », Dalloz, 2014, p. 291.
- Mazeaud (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603 et s.
- Mazeaud (D.), « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », Dalloz, 2008, p. 2675.
- Mekki (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », RDC, 2015, à paraître.
- Mekki (M.), « Observations sur le Livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (articles 15 à 18) », LPA, 12 février 2009, p. 103 et s.
- Mestre (J.), « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », RDC, 2004, n°4, p. 1167.
- Molfessis (N.), « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD. Civ. 2001, p. 699 et s.
- Molfessis (N.), « Le code civil et le pullulement des codes, Bicentenaire du Code civil », in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.
- Molfessis (N.), « Droit des contrats : l'heure de la réforme », JCP G., n°7, 16 février 2015, doct. 199.
- Pérès (C.), « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », Dalloz, 2009, p. 381.
- Pérès (C.), « Observations sur “ l'absence “ de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », RDC, 2015, à paraître.
- Picod (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I, 3318.
- Oppetit (B.), « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 1989, p. 14.
- Oppetit (B.), « L'ascension des principes généraux du droit : l'exemple du droit international privé », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 83 et s.
- Rémy (P.), « Droit des contrats : questions, positions et propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, p. 271 et s.
- Rémy (P.), « La part faite au juge », Revue pouvoirs, n°107, septembre 2003, p. 22 et s.
- Rémy (P.), « Réviser le titre III du Livre troisième du Code civil ? », RDC, 2004, n°4, 1169.

Rodière (R.), « Les principes généraux du droit privé français », RIDC, n° spécial, Vol. 2, 1980, p. 309 et s.

Roubier (P.), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Etudes Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, LGDJ, 1950, T. 1, p. 8.

Rouhette (G.), « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », RDC, 2007, n°4, p. 1371.

Sargos (P.), « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les gardes-fous des excès du droit », JCP, 2001, I., 306.

Stoffel-Munck (P.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », Dalloz 2002, p.1979.

Terré (F.), « Les principes généraux du droit », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004.

Thibierge-Guelfucci (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD. Civ., 1997, p. 357 et s.

## **VI – JURISPRUDENCE (par ordre chronologique)**

Cass. Civ. 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, GAJC, 11<sup>ème</sup> édition, n°160.

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1958, Bull. civ. I, n°80.

Cass. Com. 9 juin 1979, Bull. civ. IV, n° 186.

Cass. Civ. 15 mars 1988, Bull. civ. I, n°80.

Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, JCP, n°96, II, 22565, note Ghestin.

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 1995, Bull. civ. I, n°80.

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 286.

Cass. Com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261.

Cons. const. 9 novembre 1999, n°99-419 DC, RTD civ. 2000. p. 109, obs. Mestre et Fages.

Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2005, D. 2006, p. 761, note D. Mazeaud.

Cass. Com. 9 juillet 2009, RDC, octobre 2009, obs. D. Mazeaud.

Cass. Com. 10 juillet, 2007, GAJC, n°164.

Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*.

# TABLE DES MATIERES

Sommaire

Introduction ..... p.1

## **PREMIERE PARTIE : L'APPROCHE NOTIONNELLE**

### **Chapitre premier : les contours de la notion**

Section 1 : principes généraux et règles du droit des contrats.....	p.3
§1. La teneur de la distinction.....	p.3
§2. Les questions soulevées par la distinction.....	p.4
A. Le degré de généralité du principe.....	p.4
B. La nature du rapport entre le principe et la règle.....	p.6
1. Le rapport d'application.....	p.6
2. Le rapport d'exception.....	p.8
Section 2 : principes généraux et droit positif des contrats.....	p.9
§1. La dimension « ante-positive ».....	p.9
§2. La dimension positive.....	p.10

### **Chapitre second : la nature de la notion**

Section 1 : « ante-positivité » des principes et concept de source matérielle du droit.....	p.12
§1. Les caractères de la source matérielle du droit.....	p.12
A. L'extériorité à l'ordre juridique positif.....	p.12
B. Les fonctions axiologique, téléologique et fondatrice.....	p.13
C. La diversité des sources matérielles.....	p.13
§2. Principes généraux du droit des contrats et source matérielle.....	p.14

Section 2 : positivité des principes et formalisation de la source matérielle.....	p.15
§1. La nécessaire formalisation .....	p.15
§2. Les divergences doctrinales sur la méthode de formalisation.....	p.16
A. La position du problème.....	p.16
B. Appréciation.....	p.17

\* \* \*

## **DEUXIEME PARTIE :**

### **L'APPROCHE SUBSTANTIELLE**

#### **Chapitre premier : les obstacles à l'identification substantielle**

Section 1 : la part de la subjectivité.....	p.19
§1. La subjectivité dans la formalisation des principes.....	p.19
§2. Solidarisme, volontarisme et principes généraux.....	p.20
A. Les thèses.....	p.20
B. Les implications sur les principes généraux.....	p.21
Section 2 : les facteurs de complication.....	p.22
§1. L'évolution du droit des contrats dans la législation spéciale .....	p.22
§2. L'évolution du droit commun dans la jurisprudence.....	p.23

#### **Chapitre second : la relativité des obstacles à l'identification substantielle**

Section 1 : l'approche statique.....	p.25
§1. L'objectivité substantielle .....	p.25
A. La liberté contractuelle .....	p.25
B. La force obligatoire du contrat.....	p.26
C. La bonne foi.....	p.27
D. La justice contractuelle.....	p.27



§2. L'objectivité notionnelle .....	p.28
A. L'objectivité notionnelle en creux .....	p.29
B. L'objectivité notionnelle en plein.....	p.29
Section 2 : les principes en dynamique .....	p.30
§1. La définition d'un équilibre entre les principes généraux.....	p.30
§2. Les modalités de la définition .....	p.31
A. L'équilibre légal <i>ab initio</i> .....	p.31
B. La part de la jurisprudence.....	p.32
Conclusion.....	p.33
Bibliographie .....	p.35
Table des matières .....	p.42

\*  
\* \*