

## **THÈSE**

Pour obtenir le grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES**

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

**Marine GOUBINAT**

Thèse dirigée par **Mme Le Professeur Sarah BROS**

préparée au sein du **Laboratoire Centre de Recherches  
Juridiques**  
dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques**

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

Thèse soutenue publiquement le **03 février 2016**,  
devant le jury composé de :

**Monsieur Dimitri HOUTCIEFF, Examineur**

**Monsieur Yves-Marie LAITHIER, Rapporteur,**

**Monsieur Mustapha MEKKI, Rapporteur,**

**Monsieur Philippe STOFFEL- MUNCK, Président,**

**Monsieur Étienne VERGES, Examineur.**





*« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur ».*



**À Suzanne, Marguerite et Claudine,  
Vous n'êtes plus où vous étiez mais vous êtes partout là où je suis.**



---

# REMERCIEMENTS

---

À ma directrice de thèse, Madame le Professeur Sarah Bros, pour m'avoir fait confiance, pour ses précieux conseils, sa disponibilité et surtout sa bienveillance.

Qu'elle trouve ici l'expression de ma profonde gratitude,

À Messieurs les Professeurs Dimitri Houtcieff, Yves-Marie Laithier, Mustapha Mekki, Philippe Stoffel-Munck et Étienne Vergès pour avoir accepté de faire partie de mon jury de thèse.

À Louis,

À Iago,

À ma famille et belle-famille,

Aux amis,

Aux correcteurs...

Pour l'affection que vous m'avez portée et votre soutien indéfectible.



---

# LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

---

<i>Adde</i>	Ajouter
Al.	Alinéa
AJ Famille	Actualité juridique, droit de la famille
AJ Pénal	Actualité juridique, droit pénal
APD	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée Plénière
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ. civiles	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly soc.	Bulletin Joly Sociétés
<i>c/</i>	contre
C. ass.	Code des assurances
C. cass	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com	Code du commerce
C. conso	Code de la consommation
C. travail	Code du travail
CA	Cour d'appel
CCC	Revue Contrats, Concurrence, Consommation
CCE	Revue Communication- Commerce Électronique
CCH	Code de la construction et de l'habitation
Concl.	Conclusions
Cons. Consti.	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Conv.EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme

CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CVIM	Convention de vente internationale de marchandises
D.	Dalloz
DC	Décision du Conseil Constitutionnel
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
Doct.	Doctrine
Dr. et pat.	Revue Droit et patrimoine
Dr. famille	Revue Droit de la famille
Dr. pénal	Revue Droit pénal
Dr. soc.	Revue Droit social
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
J-CI	Jurisclasseur, LexisNexis
JCP Ent et Aff.	Jurisclasseur périodique, édition entreprise et affaires
JCP G	Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP N	Jurisclasseur périodique, édition notariale
JO	Journal Officiel
Jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
pan.	Panorama de jurisprudence
PDEC	Principes du Droit européen du Contrat
Préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France

Procédures	Revue Procédures
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue Critique de Droit international Privé
<i>RDC</i>	Revue Droit des Contrats
RD imm.	Revue droit immobilier
RDP	Revue Droit Public
RDPC	Revue de Droit Pénal et Criminologie
Rép. civ.	Répertoire Civil Dalloz
Rép. min.	Réponse Ministérielle
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédures civiles Dalloz
Req.	Cour de cassation, Chambre des Requêtes
Rev. dr. travail	Revue Droit du Travail
Rev. Proc. Coll.	Revue des Procédures collectives
Rev. Soc.	Revue des Sociétés
RID Comp.	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDE	Revue Internationale de Droit Économique
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RSC	Revue des sciences criminelles
RRJ	Revue de la Recherche Juridique (droit prospectif)
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	Sirey
s.	Suivant(e)s
SLC	Société de Législation Comparée
somm. comm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
Trib.	Tribunal
T.	Tome
Trad.	Traduction
Trav. Asso. H. Capitant	Travaux de l'association Henri Capitant
V.	Voir
Vol.	Volume



---

# SOMMAIRE

---

## **PREMIÈRE PARTIE : LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS, UNE NOTION EN CONSTRUCTION**

### **TITRE PREMIER : LES MANIFESTATIONS DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS**

Chapitre Ier : Étude critique des textes européens et internationaux concernant l'introduction de principes directeurs du droit des contrats

Chapitre II : Étude critique des projets français concernant l'introduction de principes directeurs du droit des contrats

### **TITRE SECOND : LE CONCEPT DE PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS**

Chapitre Ier : L'originalité normative des principes directeurs du droit des contrats

Chapitre II : Les caractères et fonctions des principes directeurs du droit des contrats

## **SECONDE PARTIE : LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS, DES EFFETS À PRÉCISER**

### **TITRE PREMIER : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA PROCÉDURE CONTRACTUELLE**

Chapitre Ier : La jurisprudence contractuelle, source de droit

Chapitre II : Un renouvellement dans la méthodologie de l'acte de juger

### **TITRE SECOND : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA SUBSTANCE CONTRACTUELLE**

Chapitre Ier : Les principes directeurs comme fil d'Ariane dans le labyrinthe du droit spécial des contrats

Chapitre II : Les principes directeurs et la rénovation du droit commun des contrats



---

# INTRODUCTION :

---

**1 – L'impossible « principe directeur »** – « Le principe directeur ». « Le principe directeur » ? D'un côté le « principe » dans son aspect juridique, c'est-à-dire, « une *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »<sup>1</sup>. De l'autre, « directeur » pris comme adjectif, « *qui conduit, qui dirige* »<sup>2</sup>, « *qui donne l'orientation générale* ». Mais le « principe directeur ? ». L'alliance de ces deux notions semble à première vue paradoxale puisqu'on accole une notion honorable « le principe » à un adjectif flou « directeur ». Présentée ainsi, cette alliance semble *a priori* impossible et pourtant elle a fait son apparition en 1971 en matière civile avec les « principes directeurs du procès civil » avant d'être consacrée en procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000. Mais en matière contractuelle, l'expression « principes directeurs » est très récente.

**2 – Apparition récente de l'expression** – Depuis 2008, les différents projets de réforme du droit des contrats innovent par la mise en lumière de « principe » et l'idée d'ériger des « principes directeurs » a été proposée. Ce concept, novateur en matière contractuelle, fait pourtant figure d'objet juridique non identifié.

En effet, en droit contractuel, la notion de « principes directeurs » a tout d'abord émergé en doctrine en s'introduisant discrètement dans les manuels de droit des obligations<sup>3</sup> sans qu'elle ne soit jamais définie. Le principe directeur, dénommé également fondateur, était apparemment synonyme de commencement, d'origine, de fondement. Par l'emploi de ce vocable, les auteurs souhaitaient simplement expliquer les fondements du droit des contrats<sup>4</sup>. Ont ainsi été qualifiés de principes directeurs la liberté contractuelle, la force obligatoire, la

---

<sup>1</sup> V. « Principe » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

<sup>2</sup> V. « Directeur » in <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/directeur>.

<sup>3</sup> J. GHESTIN (dir), *La formation du contrat, T. - Le contrat – Le consentement*, Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; M. FAVRE-MAGNAN, *Droit des obligations*T.1 : Contrat et engagement unilatéral, collection Thémis, PUF, DL 2013.

<sup>4</sup> Dans les autres manuels et traités où il n'est pas fait référence à la notion de principes directeurs, les auteurs exposent les « fondements et évolutions » du droit des contrats sans avoir à recourir à l'expression.

bonne foi, ainsi que l'utilité et la justice. La notion de principe directeur est donc à l'origine essentiellement descriptive et se retrouve uniquement dans certains discours doctrinaux. Cette immixtion discrète des principes directeurs dans la littérature juridique du droit des contrats s'est ensuite amplifiée : d'un vocable descriptif, la notion s'est transformée pour être proposée comme une nouvelle catégorie juridique dans les différents projets de réforme du droit des contrats élaborés par la Chancellerie. De cette mise en lumière, la doctrine s'est fait naturellement le relais et de nombreux articles<sup>5</sup> et colloques<sup>6</sup> sur le thème ont vu le jour.

**3 – Le caractère polémique des principes directeurs du droit des contrats** – Ce concept a suscité un grand intérêt et les commentateurs ont majoritairement porté un regard très critique<sup>7</sup> sur cette éventuelle introduction. Plus rarement, cette dernière a provoqué une certaine approbation<sup>8</sup>. Les opposants s'interrogèrent car chacun avait pu constater que la notion ne correspondait à aucune catégorie dans la hiérarchie des normes, ils se sont rapidement questionnés sur ses conséquences concrètes. Ils soulignèrent également que si le concept venait à être consacré, les principes directeurs proposés auraient besoin d'être interprétés. Or comme le notait le Doyen Carbonnier, « *de l'interprétation à la désobéissance, il n'y a qu'un pas* » que certains craignent de voir franchi. En tant qu'outil potentiel de désobéissance, les principes directeurs ont fait naître une crainte importante chez les juristes. Au contraire, les zéloteurs de cette notion louèrent le pragmatisme de ces principes en tant qu'outil de transparence et de clarté de la conception française du contrat et relevèrent qu'ils ne feraient que consacrer les dernières évolutions du droit.

---

<sup>5</sup> V. entre autres P. ANCEL, P. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARE et S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP*, 2008, n° 48, p. 18 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, pp. 113-118 ; R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *Doctrine étude I 190*, *JCP*, n° 40, p. 17 ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, études et commentaires », *D.* 2008, n° 37, p. 2609 ; PH. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *Doctrine étude 204*, *JCP*, 2008, n° 44, p. 17 ; P. MALINVAUD, « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008, p. 2551 ; D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : Haro en Hérault, sur le projet ! », *Études et commentaires, D.*, 2008, n° 38, p. 2675.

<sup>6</sup> V. notamment le colloque sur « les principes directeurs du droit des contrats » de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012. Les actes ont été publiés dans la *Revue des contrats*, du 01 janvier 2013, n° 1, p. 311 et s.

<sup>7</sup> R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *op. cit.* ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, études et commentaires », *op. cit.*

<sup>8</sup> V. notamment D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : Haro en Hérault, sur le projet ! », *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats, un très bon projet », *JCP G*, 2008, I, 199.

L'objet de la présente recherche consiste à approfondir le concept de principes directeurs du droit des contrats *pris en tant que catégorie juridique* car après les premières questions liées à la curiosité scientifique, doivent venir les recherches portant sur la science des principes directeurs du droit des contrats. Et si la notion est aujourd'hui fréquemment utilisée, son concept demeure énigmatique, aucun consensus ne s'étant opéré sur le sens même à lui donner<sup>9</sup> et sur ses effets. La notion présente ainsi de nombreuses zones d'ombre. Il s'agira, dans cette introduction, de revenir sur la genèse de la catégorie juridique des principes directeurs (§ I), avant d'approcher la définition de principes directeurs du droit des contrats (§ II).

### § I. La genèse de la catégorie juridique des principes directeurs.

**4 – Annonce de plan** – En droit positif, le droit des contrats ignore la catégorie juridique de principes directeurs. La notion s'est d'abord dessinée sous la plume de différents processualistes et a été conceptualisée en premier lieu en procédure civile avant d'apparaître en procédure pénale. L'emprunt fait aux principes directeurs issus de la procédure peut *a priori* surprendre car l'esprit du droit des contrats et celui de la procédure civile sont fondamentalement différents. Dans la procédure civile le juge est au cœur de la relation. Les principes directeurs se présentent comme une charte de répartition des pouvoirs offerts au juge, de ses prérogatives en lui donnant un rôle actif dans la conduite du procès. Différent est l'esprit du droit des contrats puisque fondamentalement le contrat est la chose des parties. Les principes directeurs viendraient modifier la conception du contrat qui échapperait à la main des parties pour voir son contenu apprécié par le juge. Le contrat basculerait dans un domaine qui n'est le sien, le judiciaire. Cette différence justifierait qu'une comparaison entre les principes directeurs du procès et ceux issus du droit des contrats ne soit pas pertinente. Deux raisons encouragent pourtant à ce rapprochement. Tout d'abord, la Chancellerie invitait à cette comparaison dans son rapport de présentation du projet de réforme rendu en juillet 2008 : « *l'émergence de tels principes offre un pendant cohérent au code de procédure civile qui traite des principes directeurs du procès* »<sup>10</sup>. Ensuite, les principes directeurs, pris en tant que catégorie juridique, n'existent actuellement qu'en matière processuelle, dès lors, il semble indispensable de s'arrêter sur le seul précédent existant pour comprendre son élaboration et

---

<sup>9</sup> Y.-M. LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1.

<sup>10</sup> Voir le rapport de présentation du projet de réforme du droit des contrats proposé par la Chancellerie en juillet 2008, p. 3.

son fonctionnement en tant que catégorie juridique. La comparaison offre ainsi une base de réflexion pour l'élaboration d'une nouvelle catégorie juridique en matière contractuelle. Il est donc nécessaire de revenir sur les principes directeurs du procès civil et pénal pour les rapprocher des principes directeurs du droit des contrats.

À cet effet, il convient d'observer, à titre liminaire, des différences entre les principes directeurs du procès civil et ceux issus du procès pénal. Ainsi des divergences existent sur leur méthode d'élaboration et sur les fonctions qu'ils poursuivent.

Sur la méthode, tout d'abord, deux modes d'élaboration des principes directeurs ont été adoptés. Pour les principes directeurs du procès civil, l'empirisme a été privilégié avec l'énoncé de règles essentiellement techniques sans qu'un effort de conceptualisation n'ait été initialement fait. Au contraire, pour les principes directeurs du procès pénal, a été choisie la voie de la systématisation dans laquelle un effort intellectuel de construction est noté. De cette façon, dans le Code de procédure pénale ont été regroupées dans un même ensemble des règles générales, conceptuelles, fondamentales constituant une construction positive réservée en principe à la doctrine.

Sur les finalités ensuite, l'objectif poursuivi par les principes directeurs du procès civil a été précisé par H. MOTULSKY : « *tracer en présence d'une doctrine divisée et surtout d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties* »<sup>11</sup>. Il s'agit d'une charte de répartition des rôles entre les différents acteurs du procès traduisant une fonction technique, organisationnelle même. En matière pénale, l'article préliminaire poursuit un but différent. Il rappelle, dans la loi, « *la soumission de la procédure pénale aux principes du droit au procès équitable (...). Parce qu'elle est conçue avant tout comme l'instrument de la répression exercée par la société à l'encontre d'un délinquant, la procédure pénale doit d'abord satisfaire à la protection des droits de la défense. Cette fonction- là est moins technique que politique* »<sup>12</sup>. Du reste, on trouve souvent la référence à des « principes philosophico-politiques ». Il est vrai que les principes directeurs de la procédure pénale possèdent un contenu socio-axiologique véhiculant des valeurs qui prédominent un temps donné et laissent apparaître l'orientation idéologique du procès pénal.

---

<sup>11</sup> H. MOTULSKY, « prolégomènes... », article précité, n° 6.

<sup>12</sup> L. CADIET, « Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *Etudes offertes à Jacques Normand*, Justice et droits fondamentaux, p. 71, spéc. n° 22.

Dès lors, pour comprendre la genèse des principes directeurs et leurs modes de fonctionnement, sera menée une étude des politiques législatives des principes directeurs du procès (A) puis leur force normative sera observée (B).

## **A. La politique législative menée pour les principes directeurs du procès**

**5 – Division** – Il convient de distinguer la politique législative menée pour les principes directeur du procès civil (1) de celle conduite pour les principes directeurs du procès pénal (2).

1. La politique législative menée pour les principes directeurs du procès civil.

**6 – Les origines des principes directeurs du procès civil** – Il a fallu attendre le XX<sup>ème</sup> siècle pour que l'on dégage un « *corpus* » de principes généraux<sup>13</sup> en partant de l'ensemble des règles techniques de la procédure civile. La notion de principes généraux se transforme alors en principes directeurs et sera mise en avant par CORNU et FOYER<sup>14</sup> : « *nul texte ne les a établies, et tout le monde admet pourtant, l'existence de ces lois qui régissent le mouvement du procès civil, dont les règles de procédure ne sont que des applications. Et comme le mécanisme du procès n'est pas un automatisme aveugle (...) mais une activité volontaire, ces principes directeurs du procès sont, en réalité, des lois pour la volonté de l'homme* ». MOTULSKY fut également un fervent défenseur de la notion<sup>15</sup>. Son association avec le Doyen CORNU<sup>16</sup> permit aux principes directeurs de devenir réalité en accédant au droit positif. Le décret n° 65-872 du 13 octobre 1965 aménagé par la suite par le décret n° 67-1072 du 7 décembre 1967 avait pour but de mettre fin à la représentation du juge vu comme « *un automate à qui l'on fournit les matériaux pour retirer ensuite un jugement* »<sup>17</sup> et lui substituer

---

<sup>13</sup> H. BONFILS, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3<sup>ème</sup> éd. refondue par L. BEAUCHET, LGDJ, Paris, 1901 ou encore R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1935, p. 7 et suiv. Ces auteurs parlent des principes généraux de la procédure civile.

<sup>14</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, Paris, 1958, p. 364 et suiv.

<sup>15</sup> Il nommait explicitement les principes directeurs dans son célèbre commentaire du décret du 13 octobre 1965.

<sup>16</sup> V. l'hommage rendu par le Doyen CORNU à H. MOTULSKY in « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chronique p. 91 : « *maître et ami, science et douceur, Henri Motulsky vivra dans la mémoire de ses étudiants, de ses disciples, de ses assistants, de ses collègues, de ses compagnons de labeur. Même au-delà, la mort – qui n'atteint pas la lumière- pourrait-elle dérober à son œuvre l'hommage de ceux qui viendront ?* ».

<sup>17</sup> A. TISSIER, *RTD Civ.* 1906, 626.

une collaboration entre juge et parties pour parvenir à une solution aussi juste que possible du conflit. Ce décret a été qualifié de « *pierre d'attente* »<sup>18</sup>. Afin de construire un nouveau code pénal, une commission de réforme est instituée en 1969 sous la présidence de l'Ancien Garde des Sceaux Jean FOYER. Dès 1971 un premier décret déclare que les nouvelles règles qu'il édicte sont destinées à constituer partie d'un nouveau code. La première partie intitulée « *dispositions liminaires* » comporte un chapitre premier relatif aux principes directeurs découpé à l'origine en vingt et un articles (pour finalement parvenir au chiffre de vingt-quatre articles) sur l'instance, l'objet du litige, les faits, la preuve, le droit, la contradiction, la défense, la conciliation, le débat et enfin l'obligation de réserve. Une seconde partie régit la procédure devant le tribunal de grande instance, devant son président et fournit des indications précises telles que constitution d'avocat, conclusion, désignation des juges etc. Des textes feront suite et seront regroupés dans un décret de codification du 5 décembre 1975 « *instituant un nouveau Code de procédure civile* ». Ces principes directeurs deviennent alors l'image de marque de ce code et resteront au-delà des nécessaires adaptations des règles techniques.

**7 – Définition des principes directeurs du procès civil** – Une définition est donnée dans le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant : « *ensemble des règles placées en tête du Code de procédure civile qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice, ainsi nommées, bien qu'ayant la même valeur positive que les autres règles (toute cette valeur, seule cette valeur), en raison du rayonnement que leur donnent d'une part leur généralité d'application, d'autre part, la légitimité intrinsèque que leur infuse l'esprit de justice et d'équité qui les anime, et donc leur aptitude, en tant que maximes résumant la conception française du procès civil et porteurs de l'esprit de la loi, à guider l'interprète dans l'application du code* »<sup>19</sup>. On déplore qu'une définition n'ait pas été élaborée par MOTULSKY mais comme le notait un auteur « *par prudence, modestie, et sans doute par manque de temps, Henri Motulsky n'a pas vraiment défini la notion de principe de procédure ou de principe directeur du procès ou de l'instance* »<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », article précité.

<sup>19</sup> V. « Directeur, directrice » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadriga, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

<sup>20</sup> G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP*, 1993, I, 3693.

**8 – Exhaustivité des principes directeurs du procès civil ?** – La doctrine<sup>21</sup> serait plutôt favorable à la reconnaissance de principes directeurs nouveaux comme le principe de loyauté (dans la recherche de la preuve notamment), de dialogue entre les parties, et de célérité. Ce seraient les principes directeurs de demain traduisant « *une démocratie procédurale* »<sup>22</sup>. Ces principes peu étudiés seraient néanmoins dans l'esprit des praticiens, ce que l'on retrouve dans certains discours de rentrée<sup>23</sup> et protocoles de fonctionnement des juridictions<sup>24</sup>. D'ailleurs un auteur notait que « *malgré le guide que constituent les « dispositions liminaires », il y a incertitude sur le champ et le nombre des principes* »<sup>25</sup>.

**9 – Pertinence des principes directeurs nouveaux en procédure civile** – La démarche est intéressante mais il faut s'interroger sur sa pertinence car, à force de multiplier – à l'excès – les principes de procédure, il existe un risque de noyer ceux élaborés dans le code : plus ils sont nombreux, plus ils perdent en force et en valeur. C'est ainsi que « *quand tout devient fondamental, plus rien ne l'est et quand tout devient directeur, on finit par se perdre* »<sup>26</sup>. Prosaïquement, dans les manuels figurent les principes directeurs exprimés dans le Code de procédure civile bien que la doctrine fasse émerger des principes nouveaux.

**10 – Réception des principes directeurs du procès civil** – Ce premier titre relatif aux dispositions liminaires a reçu majoritairement un écho favorable, avec une rédaction limpide, concise et d'une richesse étonnante<sup>27</sup>. Avec le recul, plus de 40 ans étant passés, et sans nier le rôle considérable qu'ils jouent encore, certaines critiques formelles peuvent toutefois être

---

<sup>21</sup> S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour le procès de demain ? », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, éd. Bruylant, 2004, p. 201 – Pour une redéfinition des principes directeurs, V. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71.

<sup>22</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, 7<sup>ème</sup> éd. Précis Dalloz, janvier 2013, n° 541, p. 957.

<sup>23</sup> V. notamment discours de rentrée, 18 décembre 2001 par E. BARADUC, *Annonces de la Seine*, 27 décembre 2001.

<sup>24</sup> V. par ex. Protocole d'octobre 2003 du TGI de Paris « tendant à l'amélioration du fonctionnement des chambres civiles ».

<sup>25</sup> G. ROUHETTE, « L'influence en France de la science allemande du procès civil et du Code de procédure civile allemand », cité in L. CADIET, « Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux* préc., p. 71, spéc. p. 80, note de bas de page n° 57.

<sup>26</sup> J. HERON et TH. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 244, pp. 205-206.

<sup>27</sup> Tous les auteurs ne furent pas aussi dithyrambiques. M. BERTIN a pu ainsi écrire, non sans ironie, que « le travail consiste à avoir condensé en formules lapidaires, pour l'édification des futurs étudiants en droit, la satisfaction des juristes et la joie des puristes, les immortels principes de la procédure qui résulteraient plus ou moins de textes épars, de la jurisprudence et de la sagesse des nations » in « Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile », *Gaz. Pal.* 1971, 2, doctrine p. 551. Preuve s'il en est que les principes directeurs irriteront toujours certains auteurs.

apportées: certains principes sont oubliés (le doublé degré de juridiction consacré par la jurisprudence), d'autres sont simplement l'énoncé de règles techniques et à ce titre il est regrettable qu'un effort de systématisation n'ait pas été entrepris.

2. *La politique législative menée pour les principes directeurs du procès pénal.*

**11 – Influence entre principes directeurs du procès civil et procès pénal** – L'apparition des principes directeurs en matière civile a-t-elle influé sur la procédure pénale ? À première vue, la procédure civile évolue loin des considérations politiques et de la médiatisation au contraire de la procédure pénale qui évolue plus rapidement. Comme le pensent certains auteurs<sup>28</sup>, il pourrait y avoir une hésitation à transposer des modes civilistes de règlement des différends même si les deux procédures reposent aujourd'hui sur des principes communs. La force d'attraction qu'exercent les principes directeurs du procès civil devrait être nuancée, le procès pénal n'étant nullement une matière disponible qui s'autorégulerait. Les intérêts en jeu dépassent les intérêts privés pour concerner l'ordre public et l'État. D'autres auteurs<sup>29</sup>, au contraire, militent contre « la doctrine séparatiste » qui défend le particularisme de la procédure pénale vis-à-vis de la procédure civile. Après un examen plus approfondi, les divergences qui correspondaient à une réalité historique sont aujourd'hui révolues. Ainsi au-delà des apparences, les procès civil et pénal présentent des similitudes nombreuses et convergent vers un modèle procédural commun. À trancher, il est vrai que les deux types de procès ne poursuivent pas le même but et n'ont pas la même philosophie, ce qui se ressent sur l'élaboration des principes directeurs. Les principes civilistes ont trait à la répartition des rôles entre le juge et les parties alors que les principes relatifs au procès pénal rappellent, pour l'essentiel, le droit à un procès équitable et l'exigence du respect des droits de la défense découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH). Les principes de droit privé portent sur l'organisation du procès alors que les principes posés par le Code de procédure pénale tendent, eux, à promouvoir une justice de qualité. Pourtant, les deux procédures ont évolué l'une vers l'autre sous l'influence des principes européens au point que les fonctions du juge et des parties se sont progressivement rapprochées : « *elles constituent des procédures accusatoires assorties de certains correctifs issus de la procédure*

---

<sup>28</sup> V en ce sens F. BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur le procès pénal », *RSC*. 2007/1, p. 39.

<sup>29</sup> E. VERGÈS, « Procès civil et procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D*. 2007, p. 1441.

*inquisitoriale* »<sup>30</sup>. Le droit européen a aussi influé sur la naissance et la construction des principes directeurs en matière pénale.

**12 – La naissance des principes directeurs du procès pénal** – En dehors du code, une tentative a été initiée en 1989 et 1990 par la commission « *justice pénale et droits de l'homme* » présidée par Madame DELMAS-MARTY avec l'énoncé de dix principes directeurs : principe de légalité, garantie des libertés, principe de proportionnalité, présomption d'innocence, respects des droits de la défense, égalité des justiciables, dignité de la personne humaine, égalité des armes, célérité de la procédure et accès des victimes à la justice pénale. Par ailleurs certains auteurs présentaient déjà des principes directeurs en ouverture d'un manuel de procédure pénale<sup>31</sup> avant même leur introduction dans le code. Le pas est franchi avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 qui introduit un article préliminaire dans le Code de procédure pénale ayant « *pour mérite de recadrer l'action législative et de nos tribunaux dans un ensemble de principes fondamentaux dont notre droit avait bien besoin, à titre symbolique au moins, sans parler de l'ignorance dans laquelle certains étaient de la jurisprudence européenne* »<sup>32</sup>. L'article s'articule autour de trois paragraphes, le premier étant consacré à la procédure elle-même, le deuxième aux droits de la victime et le troisième aux droits des suspects ou poursuivis :

*« I. - La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.*

*Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.*

*Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*

*II. - L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.*

*III. - Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et*

---

<sup>30</sup> F. BUSSY, *op. cit.*, n° 2.

<sup>31</sup> PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, A. Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, n° 32, p. 17 dans lequel les auteurs présentent l'unité de la justice civile et de la justice pénale, la présomption d'innocence et la séparation des autorités de poursuite et de jugement.

<sup>32</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, 7<sup>ème</sup> éd. Précis Dalloz, janvier 2013, n° 539, p. 1239.

*réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

*Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.*

*Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.*

*Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.*

*Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction<sup>33</sup> ».*

Ainsi il est prévu dans la partie I que la procédure doit être *équitable*, respecter le *contradictoire*, l'*équilibre entre les parties* et la *séparation des fonctions de poursuite et de jugement*. L'*égalité des justiciables* doit aussi être garantie. La partie II comporte un seul principe, la reconnaissance des *droits des victimes*. La partie III est une accumulation de principes et règles divers relatifs aux droits de la personne poursuivie. On recense la *présomption d'innocence*, la *dignité de la personne*, le *droit au recours*. Au final, certains principes ont été oubliés : « *on s'étonnera de voir un principe aussi essentiel que celui des droits de la défense négligé dans cet article préliminaire* »<sup>34</sup>.

**13 – La réception des principes directeurs du procès pénal** – Plusieurs auteurs se sont interrogés sur le rôle et l'intérêt de l'article préliminaire. En effet l'idée de regrouper des principes directeurs en matière pénale était tout d'abord peu fréquente. Les belges y avaient renoncé, de même que le législateur canadien. Les codes récents en Europe ne contenaient pas de telles dispositions même si, en Italie, on trouvait un code de procédure pénale précédé d'une loi dite de délégation qui énumérait cent cinq principes techniques<sup>35</sup>. Ensuite, il leur a été reproché d'être inutiles dans le sens où les mêmes principes se retrouvent consacrés à la

---

<sup>33</sup> Article modifié par la Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 - art. 1 qui a ajouté cette phrase : « *En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ».

<sup>34</sup> E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 5, p. 20.

<sup>35</sup> V. en ce sens J. PRADEL, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039.

fois dans la Déclaration de 1789, dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950<sup>36</sup>. Pourquoi redire ce qui était déjà dit ? Il a été également reproché à ces principes directeurs une incomplétude. En effet, pourquoi les avoir choisis et en avoir omis d'autres ? « *Auraient pu figurer ici les principes d'impartialité, ou encore de séparation de fonctions d'instruction et de jugement* »<sup>37</sup>. Les principes directeurs ont ainsi fait l'objet d'une reconnaissance doctrinale puis positive plutôt difficile. Une certaine réticence s'est également manifestée et des divergences sont apparues quant au nombre de principes directeurs<sup>38</sup> dans la matière pénale. Néanmoins, les principes directeurs du procès pénal jouent un rôle important. Ils ne poursuivent pas qu'un but incantatoire et l'article préliminaire « *génère de nouvelles applications de ces principes* »<sup>39</sup>. Les principes directeurs du procès pénal se sont révélés être des règles de droit de nature législative et ont permis au juge d'écarter une disposition réglementaire, de favoriser telle interprétation même s'ils n'ont pas vocation à écarter une disposition législative claire. Ils ont servi également d'outils précieux de référence pour l'interprétation des dispositions du code<sup>40</sup>. Au-delà de ces fonctions, les principes directeurs du procès pénal ont cimenté une procédure en voie d'éclatement sous le feu des nombreuses règles qui apparaissent chaque année au gré des condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'actualité et du débat politique. Il convient de s'intéresser maintenant à la normativité de cette catégorie juridique.

## **B. La normativité des principes directeurs du procès**

Il sera tout d'abord question de la normativité des principes directeurs dans le procès civil (1) puis de leur normativité dans le procès pénal (2).

---

<sup>36</sup> D. N COMMARET, « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs, dispositions créatrices de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006, p. 71.

<sup>37</sup> E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000.

<sup>38</sup> J. PRADEL, « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », *Mélanges Levasseur*, Gaz. Pal./Litec, 1992, 459.

<sup>39</sup> D. N COMMARET, « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs, dispositions créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? » *op. cit.* p. 81.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 82.

## 1. La normativité des principes directeurs du procès civil

**14 – Principes directeurs du procès civil et règles de droit** – Les principes directeurs sont des règles de droit<sup>41</sup> et se distinguent ainsi des déclarations d'intention. Ce sont des règles positives d'origine réglementaire au regard des articles 34 et 37<sup>42</sup> de la Constitution française. Plusieurs conséquences en découlent : en premier lieu, la violation des principes directeurs est un motif suffisant et autonome de cassation, en second lieu, ils ont autant de valeur que les autres règles, le qualificatif de « directeur » prend sa source dans le rayonnement particulier de ces règles. En effet, ces principes directeurs sont généraux dans leur application, ils sont légitimes en tant que charte de conduite d'une bonne justice et enfin ils ont une vertu directrice leur donnant « *vocation à orienter l'interprète dans les voies qu'ils indiquent en tant qu'ils sont porteurs de l'esprit de la loi* »<sup>43</sup>.

**15 – Interprétation et création de règles** – D'après l'étude de la jurisprudence et des différents travaux, il apparaît que les principes directeurs du procès civil poursuivent une fonction fondatrice<sup>44</sup> en ce que les vingt-quatre articles permettent l'interprétation des règles techniques. Ainsi en a-t-il été dans le litige suivant, dans lequel l'employeur avait engagé un enquêteur privé afin de confondre l'un de ses salariés pour établir une faute lourde. Les droits procéduraux du salarié et de l'employeur se sont révélés antagonistes du fait qu'ils opposaient d'un côté le principe de liberté de la preuve et de l'autre, le respect du principe de loyauté. Dans sa résolution du litige, la Cour de cassation a retenu que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* »<sup>45</sup>. Pour ce faire, la Haute cour a utilisé comme visa l'article 9 du Code de procédure civile qui fut interprété comme devant concilier les intérêts de celui qui allègue et de celui à qui le

---

<sup>41</sup> G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) » *in Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 82. V aussi G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis droit privé, 1<sup>ère</sup> éd. 1958 ; 3<sup>ème</sup> éd. Refondue : 1996, p. 456 : état des questions sur l'interprétation des principes directeurs.

<sup>42</sup> Article 37 de la Constitution : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décrets que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent* ».

<sup>43</sup> G. CORNU, *op. cit.* p. 85 – V. également G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis droit privé, 1<sup>ère</sup> éd., 1958 ; 3<sup>ème</sup> éd. refondue : 1996, n° 96 ainsi que Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, V. « directeurs du procès (principes) ».

<sup>44</sup> V. les travaux d'E. VERGÈS sur les fonctions des principes directeurs du procès, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000.

<sup>45</sup> Cass. soc. 4 février 1998, n° 95-43.421, *Bull. civ.* n° 64, p. 47.

mode de preuve pourrait nuire. Une fonction de complétude peut également être relevée puisque les principes directeurs peuvent également être un instrument créateur de nouvelles règles. Par exemple, si le principe de conciliation connaissait quelques applications avant son introduction en tant que principe directeur, sa consécration a permis la création de nombreuses procédures amiables.

**16 – La valeur des principes directeurs du procès civil** – Concernant la valeur des dispositions liminaires, il a été affirmé que ce sont des règles de droit ordinaires qui n'ont pas de force normative supérieure aux autres dispositions spécifiques prévues dans le code même si on leur reconnaît une vertu directrice en raison du rayonnement des principes directeurs. Ce sont des règles de droit mais au regard « *du rayonnement naturel que leur confèrent la généralité de leur application (...), la légitimité intrinsèque que leur imprime l'esprit de justice et d'équité qui les anime, et leur vertu directive de maximes qui leur insuffle vocation à orienter l'interprète, en tant qu'ils sont porteurs de l'esprit de la loi* »<sup>46</sup>, ces règles ont malgré tout une originalité qui leur donne, au moins dans l'esprit des juges et praticiens, une valeur supérieure. En réalité, cette question est plus complexe<sup>47</sup> car après examen il est apparu qu'il existait une disparité normative entre les principes directeurs du procès car si certains ont bien la valeur d'une simple règle de droit, d'autres se sont vu reconnaître une valeur législative voire constitutionnelle<sup>48</sup>, de sorte qu'il n'existe pas une valeur mais des valeurs aux dispositions liminaires.

**17 – Synthèse sur la normativité des principes directeurs de la procédure civile** – Les dispositions liminaires du Code de procédure civile explicitent en vingt-quatre articles les principes directeurs de l'instance. L'intitulé de principes directeurs n'est qu'un choix de politique législative même si les règles prévues au frontispice du Code de procédure civile méritent leur nom en raison de leur rayonnement particulier. Le vocable est surtout descriptif : les principes directeurs sont un ensemble cohérent de règles de droit d'origine réglementaire mis en avant pour éclairer, guider et organiser le procès civil, au sein duquel on trouve résiduellement quelques principes de droit. Par ailleurs, ces principes directeurs doivent être lus ensemble, ce faisant, les vingt-quatre articles ne sont pas autonomes, leur valeur normative en est amoindrie. En effet, la lecture révèle que ces règles n'énoncent jamais des « *règles de*

---

<sup>46</sup> G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, n° 96, pp 435-436.

<sup>47</sup> V. *infra* n° 86.

<sup>48</sup> Il s'agit du « droit de la défense » et du « principe de la contradiction ». Voir les décisions du Conseil Constitutionnel du 19-20 janvier 1981, n° 80-127 et du 13 août 1993, n° 93-325.

*droit individuelles et définitives*»<sup>49</sup> et que «*chacune est indissociable d'une autre et immédiatement contredite par elle*»<sup>50</sup>. Les principes directeurs doivent être lus ensemble et il y a lieu de les combiner. D'autre part, le pragmatisme souhaité par H. MOTUSLKY, engendre un effet négatif : certaines règles ne font qu'énoncer des « directives », par exemple l'article 24 impose aux parties de « *garder en tout le respect dû à la justice* », la portée juridique de certains de ces principes est incertaine. On voit mal comment sa violation pourrait fonder un pourvoi en cassation, or un principe de droit privé doit être « *une machine à casser des arrêts s'il est foulé aux pieds par les juges du fond* »<sup>51</sup>. C'est ainsi que l'on peut estimer que les principes directeurs du procès sont essentiellement des règles de droit ordinaires de valeur réglementaire, à la réserve de certains articles qui ont acquis une force normative supérieure<sup>52</sup>.

## 2. La normativité des principes directeurs du procès pénal.

**18 – Principes directeurs du procès pénal et règles de droit** – Les principes directeurs du procès sont des normes juridiquement obligatoires, ils ordonnent, défendent, permettent et punissent, ils sont assortis d'une contrainte étatique, leur violation étant un chef de cassation, provenant d'une source légale, et se caractérisent par des règles générales s'appliquant à tous par des formules du type « *toute personne* », « *quiconque* » et absolues poursuivant une finalité sociale.

**19 – Normativité des principes directeurs du procès pénal** – D'après l'étude de la doctrine, plusieurs positions sont recensées. La doctrine sceptique<sup>53</sup>, en premier lieu, considère qu'il est difficile pour l'article préliminaire de prévaloir sur les autres dispositions du Code de procédure pénale puisque ce dernier ne fait qu'affirmer des principes généraux servant d'appui aux dispositions particulières contenues dans le code. Un autre argument pèse pour l'absence de normativité spécifique des principes directeurs en raison de la concurrence avec les autres textes notamment internationaux et constitutionnels. La première circulaire<sup>54</sup> ayant suivi la publication de la loi du 15 juin 2000 semble refuser toute force normative aux principes directeurs du procès pénal : « *il convient d'indiquer que l'inscription dans la loi des*

---

<sup>49</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Droit privé, Paris, 1999 p. 525.

<sup>50</sup> P. MORVAN, *op. cit.*, p. 525.

<sup>51</sup> P. MORVAN, *op. cit.*, p. 528.

<sup>52</sup> Principe du contradictoire et principe des droits de la défense.

<sup>53</sup> V. R. MERLE, A. VITU, *Traité de procédure pénale*, Cujas, 2001, n° 147.

<sup>54</sup> Circulaire CRIM.2000-16 F1/20-12-2000 NOR : JUSD0030220C.

*principes fondamentaux du procès pénal n'a en soi aucune conséquence juridique, dans la mesure où ces principes préexistaient à la loi du 15 juin 2000, le nouvel article préliminaire du Code de procédure pénale n'ayant pour objectif que de les rendre plus accessibles* ». La doctrine optimiste, en deuxième lieu, reconnaît, au contraire, une normativité spécifique aux principes directeurs : « *ils deviennent principes appliqués et fournissent les fondements mêmes des règles subséquentes, déterminant la manière dont elles doivent être lues, interprétées ou réinterprétées* »<sup>55</sup>. Cette doctrine reconnaît une fonction interprétative à l'article préliminaire, vu comme un « *guide déontologique* »<sup>56</sup>. Il a une fonction directrice en indiquant la voie à suivre notamment au législateur. C'est en ce sens que le Sénat a introduit un recours contre les décisions de la Cour d'assises dans le projet de loi renforçant la présomption d'innocence<sup>57</sup>. L'article préliminaire qui n'imposait rien a ainsi servi de guide au législateur, qui lui a reconnu une force normative tacite. Une dernière fonction, créatrice encore appelée action fondatrice<sup>58</sup>, est reconnue : « *le juge peut interpréter une règle technique à la lumière d'un principe directeur, le juge peut étendre le champ d'application d'une règle technique conforme à un principe, ou à l'inverse, restreindre le champ d'application d'une règle technique contraire à un principe, le juge peut utiliser un principe pour créer de nouvelles règles techniques, soit pour combler les lacunes du code, soit pour remettre en cause les règles existantes* »<sup>59</sup>.

**20 – Rôle interprétatif et créatif des principes directeurs du procès pénal** – Par conséquent, un auteur<sup>60</sup> constate que même si la Cour de cassation indique qu'il n'existe pas de hiérarchie entre l'article préliminaire et les autres dispositions du Code, les principes directeurs sont toutefois sources de règles techniques, et poursuivent des fonctions interprétative et créatrice. Plus précisément, dans son rôle interprétatif, l'article préliminaire aide à la clarification d'une disposition expresse<sup>61</sup> ou sert à étendre le champ d'application

<sup>55</sup> P. COUV RAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Une nouvelle procédure pénale ? », *RSC*. 2001, p. 139.

<sup>56</sup> P. TRUCHE, « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2001/1, n° 23, p. 7.

<sup>57</sup> V. notamment l'article de CH. JOLIBOIS, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : l'apport du Sénat », *RSC*. 2001, p. 65.

<sup>58</sup> V. en ce sens la thèse d'E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 385, p. 376.

<sup>59</sup> E. VERGES, « Principes directeurs du procès pénal – origine et force normative des principes directeurs », *J-Cl.*, LexisNexis, Fascicule 20, n° 30.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, n° 33 à 47.

<sup>61</sup> Comme exemple l'auteur note que l'article L.121-3 du Code de la route a été interprété en se fondant sur le principe de la présomption d'innocence lorsque la Cour de cassation affirme que « *le Code de la route n'a*

d'une disposition conforme à un principe<sup>62</sup>. Quant à la création, l'article préliminaire permet de créer des obligations et droits nouveaux découlant d'un principe<sup>63</sup>, de créer des règles en absence de textes<sup>64</sup>, voire de remettre en cause des règles préexistantes<sup>65</sup>.

**21 – Valeur des principes directeurs du procès pénal** – Au regard de la conception traditionnelle de la hiérarchie des normes, l'article préliminaire a une valeur légale et aurait une force normative équivalente aux dispositions spéciales. Mais, à l'examen de la nature spéciale de ces principes directeurs, il est possible de penser que ces normes ont « *dans l'esprit des juges, une valeur supérieure à celle des normes techniques* »<sup>66</sup>. Ce particularisme se retrouve alors devant le Conseil constitutionnel qui s'inspire des principes directeurs pour contrôler la conformité des lois vis-à-vis des principes qui composent l'article préliminaire.

---

*institué, relativement à la contravention d'excès de vitesse, aucune présomption légale de culpabilité à l'égard des propriétaires de véhicules* ». V. Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-88.010.

<sup>62</sup> Le Code de procédure pénale prévoit des règles techniques de séparation des fonctions, qui interdisent au juge d'instruction ou au juge des libertés et de la détention de participer au jugement des affaires qu'ils ont connues en cette qualité. L'article préliminaire, quant à lui, définit le principe de séparation des fonctions de façon restrictive. Il dispose que la procédure « *doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement* ». Mais l'article préliminaire précise également que la procédure pénale doit être équitable, renvoyant ainsi, plus généralement, à l'article 6 de la Convention européenne et au principe d'impartialité des juridictions. En combinant l'article préliminaire du Code de procédure pénale et l'article 6, § 1 de la Convention, la Cour de cassation a pu décider que « *ne peuvent faire partie de la chambre des appels correctionnels les magistrats qui, dans l'affaire soumise à cette juridiction, ont composé la chambre de l'instruction ayant examiné la valeur probante de déclarations à charge qui servaient de fondement aux poursuites* », *op. cit.*, n° 38. V. Cass. crim., 15 septembre 2004, n° 03-86.110.

<sup>63</sup> V. notamment le droit au recours de l'assureur du prévenu avec l'arrêt Cass. crim. 7 octobre 2003, n° 02-88383. Se fondant sur le principe du droit au recours, la Haute juridiction étend son application à l'assureur civilement responsable de la personne condamnée. Elle ajoute que le droit au recours bénéficie aux personnes qui n'ont pas été parties en première instance. Ce faisant, la Cour de cassation déduit de la généralité du principe du droit au recours deux règles techniques nouvelles. Elle ouvre la voie d'appel dans des hypothèses qui n'avaient pas été prévues par le code, conférant des droits nouveaux aux personnes impliquées dans un procès pénal (et pas seulement aux parties), *ibid*, n° 40.

<sup>64</sup> V. sur la question de la procédure de réexamen des décisions pénales consécutives au prononcé d'un arrêt de condamnation de la CEDH Cass. comm. Réexamen, 16 octobre 2003, n° 03RDH005 : « *vu l'article préliminaire du Code de procédure pénale ; Attendu, selon ce texte, que la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties et que l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale ; (...) Qu'il en résulte (que) les parties civiles qui en font la demande peuvent, en audience publique devant la Commission de réexamen, présenter des observations orales ou écrites* ». Ainsi le juge dégage une nouvelle règle de droit à partir de l'article préliminaire : le droit pour les parties civiles de présenter des observations orales ou écrites devant la commission de réexamen. Cette nouvelle règle qui comble une lacune est issue de la combinaison de deux principes directeurs de l'article préliminaire : les droits des victimes "garantie des droits" et l'équilibre des droits des parties.

<sup>65</sup> V. sur cette action *contra legem*, l'arrêt relatif à une demande de mise en liberté devant être examinée par la chambre de l'instruction Cass. crim. 13 juin 2007, n° 07-82.392. La haute cour estime que « *lorsqu'elle est détenue, la personne doit pouvoir adresser son mémoire à la chambre de l'instruction soit par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par télécopie ou par l'intermédiaire du chef de l'établissement pénitentiaire* ». La juridiction élabore ici une règle dérogeant à l'article 198 du Code de procédure pénale qui prévoit normalement que le mémoire soit déposé au greffe de la chambre de l'instruction et visé par le greffier du jour et date du dépôt.

<sup>66</sup> E. VERGES, *op. cit.*, n° 48.

En atteste la décision du 13 juillet 2011<sup>67</sup> qui reconnaît que l'article 186 du Code de procédure pénale peut imposer une liste limitative de décisions du juge d'instruction qui peuvent faire l'objet d'un appel du mis en examen mais que « *les dispositions de l'article 186 du Code de procédure pénale ne sauraient, sans apporter une restriction injustifiée aux droits de la défense, être interprétées comme excluant le droit de la personne mise en examen de former appel d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention faisant grief à ses droits* ». Le Conseil Constitutionnel dessine l'équilibre des droits des parties en s'appuyant sur l'article préliminaire et les droits de la défense. Il reconnaît une force particulière aux principes directeurs du procès pénal.

**22 – La catégorie juridique des principes directeurs du procès pénal** – Depuis la loi du 15 juin 2000, les dispositions de l'article préliminaire entrent dans la catégorie des principes directeurs. Pourtant, lorsqu'une observation plus approfondie est menée, il ressort que, parmi les principes directeurs du procès, certaines dispositions ne sont qu'un rappel de principes (présomption d'innocence, double degré de juridiction...) alors que d'autres se sont vues élevées au rang de principes directeurs en tant qu'« *éveilleurs de conscience juridique* »<sup>68</sup> (principe d'indépendance et d'impartialité, charge de la preuve sur la partie poursuivante, éthique de la preuve...). Par ailleurs, il est également nécessaire de remarquer que ces principes directeurs ont une force juridique différente puisque certaines dispositions sont consacrées par des conventions internationales, d'autres par le bloc de constitutionnalité et les dernières ont une valeur législative. En conséquence, un même principe peut-être directeur, général et fondamental de sorte que les principes directeurs du procès pénal sont juridiquement des caméléons : « *on serait tenté de dire que les principes sont aux juristes ce que les lampadaires sont aux ivrognes : ils fournissent bien plus un appui qu'un éclairage, alors même que nous savons que lorsqu'on s'y appuie exagérément, ils finissent par céder* »<sup>69</sup>.

**23 – Conclusion sur les principes directeurs du procès pénal** – Les principes que l'on trouve présents dans l'article préliminaire émanent de la tradition française et du droit européen, et sont à la fois l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. On y trouve la

---

<sup>67</sup> Cons. consti., Décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011.

<sup>68</sup> J.-P. MARGUENAUD, « la dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, Chr. P. 255.

<sup>69</sup> F. CASORLA, « Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de classification » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006 p. 53 et spéc. p. 69.

séparation des fonctions, la présomption d'innocence, la garantie des droits des victimes, la dignité de la personne, le délai raisonnable, ou encore le droit au recours. Leur réception doctrinale et positive difficile rend ainsi le concept de principe directeur du procès pénal imprécis. Pour autant, ils poursuivent des fonctions interprétative et créatrice importantes, ce qui leur confère un rôle non négligeable.

**24 – Conclusion sur l'examen des principes directeurs du procès judiciaire** – Ces remarques amènent plusieurs conclusions. Premièrement, sur la méthode d'élaboration des principes directeurs du procès civil, l'empirisme a été choisi avec l'énoncé de règles essentiellement techniques sans qu'un effort de conceptualisation ne soit fait. Au contraire pour les principes directeurs du procès pénal, a été choisie la voie de la systématisation dans laquelle on note un effort intellectuel de construction. Deuxièmement, sur les finalités, les principes directeurs du procès judiciaire servent tous deux de charte. Charte de répartition des rôles entre le juge et les parties pour la procédure civile, ce qui traduit une fonction technique et organisationnelle ; charte avec des principes philosophico-politiques pour la procédure pénale traduisant une orientation idéologique du procès pénal et poursuivant une fonction plus politique. C'est la concrétisation des droits fondamentaux. Troisièmement, sur la normativité des principes directeurs il a pu être relevé que les principes directeurs du procès civil se caractérisent comme des règles de droit d'origine réglementaire mais avec l'énoncé de deux « super-principes » qui ont acquis une normativité supérieure. Les principes directeurs du procès pénal, quant à eux, sont des règles de droit d'origine légale et sont constitués principalement de principes de droit privé. Certains d'entre eux ont aussi acquis une normativité supérieure. Cette articulation normative est due essentiellement au phénomène de constitutionnalisation du droit processuel dans le souci de protéger les droits et libertés fondamentaux. Au final, et quels que soient les principes directeurs, une ambiguïté assez forte se remarque. Les principes directeurs possèdent une autorité morale puissante en raison de leurs caractères et fonctions : généraux, légitimes, ils ont vocation à diriger le juge dans l'interprétation de l'ensemble des dispositions. Pourtant, ces principes directeurs se résument bien souvent à des règles de droit ordinaires<sup>70</sup>, et résiduellement à quelques principes. Les rédacteurs ont trouvé un intérêt à isoler un ensemble de règles en tête d'un code puisque le

---

<sup>70</sup> V. en ce sens pour les principes directeurs du procès civil, le Doyen CORNU qui écrivait : « *chacun ne vaut ni plus ni moins que les autres dispositions du Code* » in G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd. 1996, p. 456.

rôle principal des principes directeurs en matière processuelle consiste à orienter et guider l'activité du législateur et du juge, ce qui s'avérerait nécessaire au moment des réformes.

De ces diverses conclusions, il apparaît que l'assimilation entre les principes directeurs du procès et ceux issus du droit des contrats ne peut être totale. En effet, s'il existait un intérêt à créer une catégorie juridique en procédure civile et pénale, on peut douter, à ce stade de l'étude, de la pertinence de principes directeurs en droit des contrats, matière qui appartient fondamentalement aux parties. Pourquoi créer une charte de répartition organisationnelle et donner aux juges un pouvoir grandissant de contrôle des conventions alors qu'il n'intervient que de manière ponctuelle, en cas de litige ? Toutefois, les principes directeurs du droit des contrats pourraient être la traduction d'une charte politique énonçant l'identité culturelle du droit des contrats français. En ce sens, la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi pourraient être retenues comme des principes directeurs. Cette charte contractuelle idéologique serait ainsi gravée dans le marbre. Le choix d'ériger ou non des principes directeurs apparaît alors comme un choix de politique législative. Actuellement, si la catégorie juridique n'existe pas en droit des contrats, la notion se multiplie dans les projets et discours doctrinaux.

**25 – Apparition de l'expression en droit international et européen** – C'est d'abord en droit international et européen que les principes directeurs du droit des contrats sont apparus dans les différentes codifications savantes. On retrouve ainsi des principes dénommés « généraux », « directeurs », « sous-jacents » :

- dans les « Principes de Droit Européen des Contrats » élaborés par le groupe de travail présidé par le Professeur Ole Lando pour une première version de 1995,
- dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international avec une première version publiée en 1994,
- dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises adoptée le 11 avril 1980 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988),
- dans les travaux ayant mené au projet de cadre commun de référence notamment dans l'ouvrage « *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs* » élaboré par le groupe réunissant l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et la Société de législation comparée publié en 2008,
- dans la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente publiée

par la Commission le 11 octobre 2011.

Dans une perspective comparée, il convient de souligner l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2015 du Code civil et commercial argentin<sup>71</sup>. Le livre relatif au contrat comprend des « dispositions générales ». Parmi ces dernières, on retrouve à l'article 958 la liberté contractuelle, à l'article 959, la force obligatoire et à l'article 961, la bonne foi. Le Code civil et commercial argentin poursuit, à travers la refonte de ce code, deux objectifs<sup>72</sup> : protéger la justice contractuelle et promouvoir la volonté contractuelle. En leur qualité, les règles que l'on retrouve dans les dispositions générales irradiant l'ensemble des dispositions applicables au contrat et représentent des piliers du temps contractuel argentin. Le rayonnement particulier de ces règles ont conduit certains auteurs<sup>73</sup> à les qualifier de « principes directeurs ».

Plus spécifiquement, la Cour Suprême du Canada a reconnu explicitement un principe directeur de bonne foi. Dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, (2014 CSC 71) livré le 13 novembre 2014, le juge Cromwell retient que l'exécution de bonne foi des contrats constituait « *un principe directeur général de la common law en matière de contrats, qui sous-tend et alimente les diverses règles par lesquelles la common law reconnaît actuellement les obligations d'agir de bonne foi* ». Il découle de ce principe directeur que les parties doivent exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable et qu'elles doivent « prendre en compte comme il se doit » les intérêts légitimes de son partenaire contractuel.

**26 – Apparition de l'expression dans les projets de réforme de droit interne** – En droit français, plusieurs projets font état, à l'heure actuelle, de principes directeurs ou principes généraux:

- le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie datant de juillet 2008 (1<sup>er</sup> projet),
- le projet de réforme du droit des contrats dirigé par F. TERRE en date de novembre 2008,

---

<sup>71</sup> R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil et commercial argentin : l'éclatante réussite d'un audacieux pari », *D.* 2015, p. 2397.

<sup>72</sup> V. en ce sens, M. MEKKI, « Le droit des contrats dans le Code civil et commercial argentin : regard candide d'un juriste français », *RLDC* 2016/1, n° 133.

<sup>73</sup> R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil et commercial argentin : l'éclatante réussite d'un audacieux pari », *article précité* et M. MEKKI, « Le droit des contrats dans le Code civil et commercial argentin : regard candide d'un juriste français », *article précité*.

- l'avant-projet de réforme du droit des contrats proposé par la Chancellerie établi le 23 octobre 2013, publié en partie le 15 janvier 2014.
- Une dernière version de l'avant-projet de réforme a été publiée suite à l'article 8 de la loi n° 2015-177 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2015 et publié le 16 février 2015 qui habilite le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Les manifestations de cette notion étant constatées, il convient de mener une première approche sur la définition à donner aux principes directeurs du droit des contrats.

## § II. Première approche de la définition de principes directeurs du droit des contrats.

**27 – Première approche de la notion de principe directeur** – Comme toute institution juridique, son analyse s'appréhende d'abord par sa notion. Quel sens doit-on donner à l'expression « principe directeur » ? Dans un premier temps, le choix de séparer les termes pour en cerner les caractéristiques premières a été fait afin de réunir, dans un second temps, les termes et extraire une définition.

**28 – Le « principe » : une notion courante** – Dans toutes les disciplines de la connaissance, le mot principe est utilisé, la science et le droit en possèdent de multiples. L'expression principe est employée abondamment alors que bien souvent ces principes n'expriment rien et ont avant tout une fonction rhétorique, de nombreux orateurs en appellent par exemple « *aux grands principes* » ou aux « *principes directeurs* »<sup>74</sup>. Les principes connaissent un succès considérable en raison de leur banalisation mais se retrouvent sans signification et sans valeur. En droit, ce vocable se manifeste également et comme dans toute

---

<sup>74</sup> V. en ce sens, la lettre du Ministre de l'intérieur, M. Manuel VALLS, parvenue le 25/07/2013 au Président de la République, M. François HOLLANDE, pour dénoncer le projet de réforme pénale mené par Mme la Garde des Sceaux, Christiane TAUBIRA : « *ainsi, compte tenu de la sensibilité de ce sujet et des enjeux entourant la réforme pénale, je souhaite à ce stade que nous définissions collectivement les principes directeurs de cette réforme, autant que les modalités de son déploiement* »..

matière, il lui est reconnu essentiellement une valeur littéraire : « *l'emploi du mot principe à la place de celui de règle solennise la matière* »<sup>75</sup>.

**29 – Les définitions du principe** – Étymologiquement, le terme de principe provient du latin « *principium* » dérivé de « *primo* » (premier) et de « *capere* » (prendre). Le « *princeps* » est celui qui prend la première place. Il est le « commencement ».

**30 – Définition du principe en droit** – De façon sommaire, deux sens du principe en droit ont été explorés : 1. « *règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* ». 2. « *Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »<sup>76</sup>. Ces diverses acceptions se retrouvent dans la littérature doctrinale, dans le discours législatif et dans les décisions de justice.

**31 – Variété des acceptions dans la doctrine** – Trois sens<sup>77</sup> mettent ainsi l'accent sur la supériorité du principe.

1°. Le « principe » désigne des choses, des entités, des objets traités comme supérieurs en valeur<sup>78</sup>. Il s'agit principalement des principes du droit naturel, ou bien encore du principe de l'autonomie de la volonté qui s'apparente plus à un dogme de philosophie juridique et moins à une norme juridique positive.

2°. Le principe peut viser « *les lignes de force ou les tendances de l'évolution d'un segment du droit positif* »<sup>79</sup>. Bien souvent accompagné d'un adjectif qualificatif « général », « directeur », « fondamental », le principe n'est pas, ici, un élément normatif mais une description des règles juridiques. On visera ainsi les principes directeurs de telle réforme, les principes de telle matière etc.

3°. Le principe est aussi utilisé par la doctrine pour qualifier certains énoncés normatifs pour dire leur importance, souligner leur valeur ou leur force. C'est notamment le cas du « *principe*

---

<sup>75</sup> G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 12<sup>ème</sup> éd. 1992, T.I, p. 479. A cet effet, les auteurs notent que « *le terme "principes généraux" qui, dans la jurisprudence administrative, désigne une catégorie de source du droit, n'est dans la jurisprudence constitutionnelle, qu'une commodité de langage sans référence à une source de droit originale* ».

<sup>76</sup> V. « Principe », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

<sup>77</sup> A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, dirigé par S. CAUDAL, *Économica*, Etudes juridiques, 30, 2008, p. 49, spéc. p. 53.

<sup>78</sup> A. JEAMMAUD, *loc. cit.*

<sup>79</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 54.

*de non-rétroactivité de la loi* », ou bien du « *principe de la force obligatoire* » énoncé par l'article 1134 alinéa 1 du Code civil et du « *principe de l'effet relatif des conventions* » à la lecture de l'article 1165 du Code précité, du principe « *de la liberté contractuelle* », principe implicite tiré des articles 6 et 1101 du Code civil. Il s'agit alors de règles de droit que le commentateur souhaite glorifier.

**32 – Variété des sens dans le discours législatif** – L'examen des textes constitutionnels, législatifs, et réglementaires démontre deux acceptions du terme principe :

1°. Certains textes formant le bloc de constitutionnalité, appellent et qualifient de « principes » les règles qui les composent. Ainsi en est-il dans le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lorsque sont qualifiés les dix-sept articles de « *principes simples et incontestables* ». De même, le point 1 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 réaffirme les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ». En l'occurrence, les « principes » désignent des règles de droit qui s'imposent avec une autorité supérieure.

2°. Dans les différents codes, se retrouve à plusieurs reprises la référence à des « *principes généraux* ». L'article 1584 alinéa 3 du Code civil renvoie pour certains effets de la vente aux « *principes généraux des conventions* », l'article 1<sup>er</sup> de la loi 1901 traite des « *principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* ». Autre illustration avec la loi du 4 mars 2002 qui a introduit en ouverture, un paragraphe « *principes généraux* »<sup>80</sup> bien que les dispositions soient au final de « simples » règles de droit. On retrouve également des « *principes fondamentaux de la politique forestière* » dans le livre préliminaire du Code forestier, et des « *principes généraux de prévention des risques professionnels* »<sup>81</sup> dans le Code du travail<sup>82</sup>. Dans ces textes, le recours au terme de « principe » est essentiellement descriptif, et renvoie plutôt à l'ordonnancement des matières exposées (droit des contrats, politique forestière, droit du travail). Le principe est ici plutôt synonyme de « fondement » et sert à guider l'interprète.

---

<sup>80</sup> V. la section I, « De l'exercice de l'autorité parentale », qui débute avec l'article 372 du Code civil issu de la LOI n° 2002-305 du 4 mars 2002, modifiée par la LOI n° 2011-1862 du 13 Décembre 2011.

<sup>81</sup> Article L. 4121-2, modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 - art. 7.

<sup>82</sup> L'ancien garde des Sceaux, Robert BADINTER et le Professeur Antoine LYON-CAEN ont proposé la promulgation d'une cinquantaine de principes en droit du travail dans l'ouvrage *Le travail et la loi*, paru le 17 juin 2015 chez Fayard. L'entreprise poursuivie est de simplifier un droit du travail devenu complexe. En effet, selon leurs calculs le code du travail serait passé de 600 articles à 8.000 depuis 1974.

**33 – Variété des sens dans les décisions des juridictions suprêmes** – On recense, là encore, plusieurs références aux « principes » dans les décisions des cours suprêmes. Il est impossible de ne pas évoquer les « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » découverts par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Aramu* du 26 octobre 1945. Cette « théorie » des principes généraux consiste en « *la reconnaissance de règles juridiques non écrites dont le juge constate l'existence et dont il pose le respect à l'administration* »<sup>83</sup>. Les principes généraux seraient alors « créés » par le juge administratif bien que cette création n'ait rien d'arbitraire : « *le Conseil d'Etat s'inspire en effet de l'esprit des lois en vigueur et de l'opinion générale. Il a le souci de ne faire application d'un principe général que pour autant que son existence peut se déduire de la législation existante et repose sur un large consensus* »<sup>84</sup>. Le Conseil constitutionnel reconnaît plusieurs catégories de principes : « *les principes politiques, économiques, sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* », « *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » ainsi que les « *les principes à valeur constitutionnelle* »<sup>85</sup> sans se référer à aucun texte. Le principe s'analyse alors comme une règle juridique destinée à inspirer des applications et qui s'imposent avec une autorité supérieure. La Cour de cassation utilise un certain nombre de « principes » avec la technique du « visa de principe » que l'on retrouve à l'article 1020 du Code de procédure civile. La pratique s'est banalisée<sup>86</sup> en plus de l'identification de certains « principes généraux » guidant telle matière. Un auteur<sup>87</sup> distingue ainsi pas moins de sept usages de la qualification de « principe ». On reviendra uniquement sur les usages utiles à notre matière.

1° La Cour de cassation utilise le terme de « principes » en évoquant des règles dépourvues de support textuel mais présentées comme des énoncés positifs décrits ou désignés par des adages. La Cour se réfère ainsi au « *principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* » ou « *aux principes qui régissent l'enrichissement sans cause* »<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> P. BRUNET, « A quoi sert la théorie des principes généraux du droit ? », *Les principes en droit*, Economica, 2008, spéc. p.178.

<sup>84</sup> B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire Contentieux administratif Dalloz*, octobre 2004, § 32.

<sup>85</sup> Décision Cons. Consti. n° 79-105 GDCC du 25 juillet 1979, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003, n° 27 concernant la continuité du service public.

<sup>86</sup> V. notamment la thèse de P. MORVAN, « le principe de droit privé », thèse précitée, spéc. n° 75 et s.

<sup>87</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 63 et s.

<sup>88</sup> La Cour de cassation l'a consacré à titre principal et autonome dans le célèbre arrêt *Boudier* rendu par la Chambre des requêtes le 15 juin 1892, *DP* 92. 1. 596 ; *S.* 93. 1. 281, note LABBÉ ; *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile* (ci-après « *GAJC* »), T. II, n° 239, 12<sup>ème</sup> éd., 2008 : « *l'action de in rem verso n'ayant fait l'objet d'une réglementation législative et dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment*

2° La Cour de cassation retient les « principes » pour désigner les normes à valeur constitutionnelle. Par exemple, « le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>89</sup>, « le principe du respect des droits de la défense »<sup>90</sup>, « le principe de la séparation des pouvoirs »<sup>91</sup>, etc.

3° La Cour de cassation qualifie de « principes » des normes dont la positivité relève de l'évidence : aussi on relève le « principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » (avant que l'article 16-7 du Code civil ne soit créé avec la loi du 29 juillet 1994) pour fonder l'illicéité du recours aux mères porteuses<sup>92</sup>.

4° Le dernier usage des « principes », particulièrement intéressant, concerne le contenu de certaines dispositions qui sont jugées emblématiques et auxquelles on cherche à donner un poids supérieur, une autorité qui ne leur est pas originellement conférée. Ce modèle se retrouve dans le « principe de l'unicité de l'instance prud'homale »<sup>93</sup>.

**34 – Le principe en droit** – En conclusion, le principe en droit apparaît comme une règle juridique, établie par un texte ou par la jurisprudence, en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications, permettant la déduction de normes et s'imposant avec une autorité supérieure.

---

*d'autrui, il s'ensuit que son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée et que, pour sa recevabilité, il suffit que la partie qui l'intente allègue l'existence d'un avantage qu'elle aurait, par un sacrifice ou par un fait personnel ; procuré à celui contre lequel elle agit* ». L'action de *in rem verso* portait ici sur des engrais chimiques que la partie appauvrie avait fournis à un tiers et qui avaient été employés sur le domaine de la partie enrichie pour servir aux ensemencements dont ce dernier a profité.

<sup>89</sup> Ex : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, I, n° 249 : « attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ».

<sup>90</sup> Ex. Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, n° 94-20302, *Bull.* 1995 A. P. n° 4 p. 7 : « vu le principe du respect des droits de la défense ; Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention ; Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à la commission d'office d'un avocat pour la présentation, par M. X..., d'une requête en rabat d'arrêts, le conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation a énoncé, par une décision du 23 juillet 1992, que la demande, tendant à engager une procédure hors des cas où elle est limitativement admise, alors que, de surcroît, l'irrégularité invoquée n'existait pas, se trouvait dépourvue d'objet ; En quoi il a méconnu le principe susvisé ».

<sup>91</sup> Ex. Cass. soc., 14 février 2007, n° 05-40.213, *Bull.* 2007, V, n° 23.

<sup>92</sup> Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.* 1991 AP., n° 4, p.5.

<sup>93</sup> Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-42.379, *Bull.* 2007, V, n° 49.

**35 – Le principe directeur dans le dictionnaire** – Pris en tant qu'adjectif, est directeur celui « *qui dirige* »<sup>94</sup>, « *qui conduit* »<sup>95</sup>. Est directif ce qui « *dirige, imprime une direction, une orientation mais sans l'imposer* »<sup>96</sup>. Une règle directive se dirait ainsi d'une « *règle souple destinée à orienter les sujets de droit ou à guider l'interprète dans la poursuite d'une certaine fin, sans enfermer sa mise en œuvre dans des prescriptions de détail* »<sup>97</sup>. La caractéristique de l'adjectif « directeur » est sa vocation à ne pas prescrire et à ne pas s'imposer. Il dirige, oriente mais n'impose pas. En cela, il ressemble au droit souple<sup>98</sup> qui prévoit des règles de droit non obligatoires ce qui est *a priori* contraire à l'essence du droit. Selon un auteur<sup>99</sup>, le droit souple aurait deux sens : droit mou et droit doux qui viennent affecter soit la force obligatoire de la norme soit sa force contraignante. Cela souligne alors pourquoi l'association des notions de principe et de directeur peut sembler paradoxale à première vue. L'expression se révèle embarrassante en raison de son adjectif qui rend périlleuse toute tentative de définition.

**36 – Les principes directeurs, simple argument rhétorique ?** – Une conclusion peut être tirée de cette première approche de la notion : l'expression « principe directeur » n'est juridiquement pas la plus opportune. Elle laisse à penser que le contenu sera imprécis et non impératif alors que l'examen du droit positif des principes directeurs du procès civil et pénal démontre que ces dispositions dites directrices sont, pour la plupart, précises et toutes contraignantes. La première approche de la notion est donc inefficace pour comprendre ce concept qui passe pour un « *label incontrôlé* »<sup>100</sup>. Dans cette perspective, aucune conséquence concrète n'ait attendue des principes directeurs. Ils se présenteraient simplement comme un instrument rhétorique<sup>101</sup> conférant une force persuasive plus importante aux règles formant les

---

<sup>94</sup> V. « directeur, trice », *Le petit robert de la langue française*, 2016.

<sup>95</sup> V. « directeur, trice », *Le petit Larousse illustré*, 2016.

<sup>96</sup> V. « directif, ive », *Le petit robert de la langue française*, 2016.

<sup>97</sup> V. « Directif, ive », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

<sup>98</sup> V. notamment sur cette question : P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association H. CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, T. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p 113 ; C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association H. CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, T. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p. 93 ; H. PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », *JCP administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912 et plus généralement M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginaires du droit, le relatif et l'universel*, coll. La couleur des idées, Le seuil, 2004.

<sup>99</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginaires du droit, le relatif et l'universel*, op. cit.

<sup>100</sup> « Un label incontrôlé » : expression du Professeur Molfessis utilisée dans son article « droit fondamental- label incontrôlé », *JCP G.* 2009, n° 25.

<sup>101</sup> La rhétorique « a pour objet l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment », V. en ce sens, Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA,

principes directeurs. Le juge conférerait ainsi plus de solennité à l'argumentaire développé. En s'arrêtant à ces réserves, l'intérêt d'une consécration des principes directeurs est nul. Une définition plus ambitieuse pour les principes directeurs du droit des contrats mérite d'être proposée si l'on souhaite trouver un intérêt à une telle consécration. Cette proposition s'inscrit alors dans une démarche prospective, comme « ce qui pourrait être » et non pas comme « ce qui est ». Cette définition ne sera donc pas construite autour de la réalité du droit positif mais comme un droit futur potentiel même si dernièrement<sup>102</sup> le gouvernement semble avoir abandonné l'ambition de créer une catégorie juridique des principes directeurs.

**37 – Définition de la catégorie juridique des « principes directeurs du droit des contrats »** – Les *principes directeurs du droit des contrats* peuvent être présentés comme un ensemble de règles de droit placé en tête de la partie relevant des contrats ou des obligations conventionnelles en général ayant pour objet essentiel d'orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et d'établir certaines garanties de bonne justice contractuelle. Leur appellation proviendrait du rayonnement que leur conférerait leur généralité d'application et de leur légitimité intrinsèque du fait qu'ils sont porteurs de la conception française du contrat. Ils serviraient de guide à l'interprète du contrat.

Cette définition s'inscrit dans une tendance socialisante et moralisante du contrat. En effet, traditionnellement, la question de la justice contractuelle ne pose guère de difficulté dans la théorie qui réduit le contrat à l'échange des consentements des parties puisque le contrat traduit leur volonté commune. La convention ne peut qu'incarner la justice contractuelle. Le contrôle judiciaire des conventions ne porte alors ni sur l'équité ni sur l'équivalence des prestations, mais seulement sur l'intégrité du consentement, sur la licéité du contenu et sur les conséquences de l'inexécution. La justice contractuelle appartient ainsi aux parties. Cette conception volontariste et individualiste du contrat s'est harmonieusement conciliée avec les théories économistes libérales. Dès lors, la fonction du contrat, dans une économie libérale marquée par la commutativité des échanges, est de permettre aux parties de créer et d'exécuter les engagements qui leur sont utiles, sous la seule réserve des restrictions apportées par la loi. Cette philosophie se caractérise pourtant parfois par le sacrifice de la

---

*Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, p. 5.

<sup>102</sup> V. la disparition de la subdivision spécifique dans le dernier état du projet de réforme du droit des contrats issu de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 ainsi que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations adoptée en Conseil des ministres le 10 février 2016, et publiée au journal officiel le 11 février 2016.

justice contractuelle au profit de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions. Les conventions sont parfois des instruments d'exploitation des faibles, des sources d'injustices. Au XXème siècle, le juge a joué un rôle prépondérant en ajoutant dans la loi contractuelle des obligations nouvelles, et en en réduisant d'autres. Aujourd'hui ou demain, le législateur pourrait assurer une meilleure justice contractuelle sans renier la fonction utilitaire-économique du contrat. La justice contractuelle contemporaine conduirait alors à suivre la volonté des parties, incarnée dans la loi privée. En conséquence, si le choix d'instaurer des principes directeurs était fait, il serait primordial de reconnaître la liberté contractuelle comme règle de conduite, règle de droit et principe directeur. Cette liberté devrait toutefois être limitée car elle peut conduire à une injustice trop importante. L'encadrement pourrait passer par la reconnaissance d'un principe directeur de bonne foi.

Ainsi compris, l'objectif d'une « bonne justice contractuelle » se manifeste par l'exigence du respect de l'économie prévu initialement au contrat dans les limites fixées par la loi. De tels principes directeurs accepteraient et intégreraient les altérations de la rationalité des contractants en protégeant leur volonté et exigeraient des opérateurs économiques des standards de conduite élevés. Les principes directeurs ne semblent donc pas s'opposer frontalement à la fonction utilitaire du contrat, ils lui apportent seulement des tempéraments dans un souci de meilleure éthique contractuelle. Les deux axes du contrat seraient reconnus : l'un d'ordre éthique qui représente le devoir-être (bonne foi), l'autre d'ordre économique qui s'insère dans la relation promise (liberté contractuelle).

**38 – Des principes directeurs, oui mais pour quelle vision du contrat?** – Si des principes directeurs peuvent être envisagés en matière contractuelle, une hésitation demeure sur leur champ d'application: de quel contrat s'agit-il? Celui de 1804 guidant le « *bon sauvage contractant* »<sup>103</sup>, ou celui du code de la consommation guidant la partie jugée faible? Autrement dit, se réfère-t-on au contrat dans sa définition classique, à savoir un accord de volonté destiné à produire des effets de droits<sup>104</sup> qui repose sur le dogme de l'autonomie de la volonté<sup>105</sup> ou bien au contrat contemporain qui se veut, la plupart du temps, réglementé, imposé, dicté? La réponse ne va pas de soi.

---

<sup>103</sup> J. HAUSER, « La roue », édito, *JCP G*, n° 16 du 20 avril 2015, 462.

<sup>104</sup> G. ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965, n° 88, p. 339.

<sup>105</sup> E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.

En effet selon G. ROUHETTE, « *s'il est, dans la littérature juridique française, un pont aux ânes, c'est bien que l'autonomie de la volonté constitue le principe fondamental qui domine le régime du contrat* »<sup>106</sup>. L'auteur s'attachera dans sa thèse à démontrer que la conception volontariste est irréaliste et illogique<sup>107</sup>. Irréaliste d'une part car dans l'esprit des rédacteurs du Code civil et de ses inspirateurs, l'intervention prescriptive et coercitive de l'autorité publique se prouve aisément, que l'on songe à l'article 6 du Code civil, à la force obligatoire réservée aux « *contrats légalement formés* », soulignant ainsi que la volonté nue n'est jamais suffisante, elle doit respecter les conditions de validité que la loi impose. Illogique d'autre part, car la conception volontariste du contrat n'explique pas pourquoi une volonté passée, morte peut primer sur une volonté présente, vivante. Le débiteur n'est pas lié parce qu'il l'a voulu, il l'est, selon l'auteur, en raison de la légitime confiance que le créancier a donnée. L'auteur note également une résistance à la doctrine volontariste avec le développement du droit de la consommation: « *l'un des intérêts – non le moindre- du droit de la consommation serait qu'il constitue l'aveu, par le législateur même, que les présupposés d'une autonomie de la volonté digne de ce nom – l'efficacité juridique propre du vouloir individuel – manquent en fait* »<sup>108</sup>. Enfin, l'auteur invoque le droit constitutionnel au soutien de l'inefficacité du dogme du vouloir individuel en rappelant que le Conseil constitutionnel a toujours refusé<sup>109</sup> de considérer la liberté contractuelle comme un principe à valeur constitutionnelle. Au vu de cette critique de l'autonomie de la volonté, il est légitime de douter de l'opportunité d'une consécration de la liberté contractuelle et de la force obligatoire comme principes directeurs puisqu'ils représentent des facettes de ce dogme du vouloir individuel. Si la volonté ne représente ni l'âme, ni l'esprit du contrat, quelles en sont les valeurs consubstantielles? Qu'incarne le contrat à la française? En réalité, le rejet du volontarisme contractuel n'a pas conduit l'auteur à nier la valeur de la force obligatoire des conventions: « *c'est trop peu dire qu'elle constitue un principe fondamental; dans une économie de marché, elle est consubstantielle à la notion même de contrat, constitue le fondement du contrat (au sens de ce qui lui donne sa raison d'être), le postulat du droit des*

---

<sup>106</sup> G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat. Observations critiques », in D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27, n° 1.

<sup>107</sup> F. CHENEDE, « Contrat », in *Hommages à Georges Rouhette*, sous l'égide de l'association Henri Capitant, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 25, spéc., p. 30.

<sup>108</sup> F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 8, p. 32.

<sup>109</sup> Ce n'est plus le cas aujourd'hui depuis la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, JO du 16 juin 2013 qui a reconnu la liberté contractuelle comme un principe à valeur constitutionnelle.

contrats »<sup>110</sup> ni celle de la liberté contractuelle puisque son absence dans l'avant-projet de réforme Catala lui semblait être « *une considérable et regrettable lacune* »<sup>111</sup>.

Cette foi professée en la reconnaissance de la liberté contractuelle comme principe directeur peut toutefois apparaître suspecte : la doctrine ne projette-t-elle pas ses propres convictions ? La question de l'opportunité d'un principe directeur de liberté contractuelle mérite d'être soulevée au vu de l'érosion du droit commun des contrats et de l'émancipation des dispositions spéciales<sup>112</sup>. En effet alors que les rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas préoccupés de la qualité des contractants, le législateur est intervenu pour secourir les parties jugées faibles au contrat<sup>113</sup>, pour diriger<sup>114</sup> et imposer<sup>115</sup> des contrats, de sorte que « *de plus en plus, les pouvoirs publics interviennent dans la naissance, dans la vie et dans la mort du contrat tandis qu'à l'inverse le rôle joué par les volontés des parties devient de plus en plus secondaire et effacé ; par un paradoxe singulier, le contrat devient de moins en moins contractuel ; en lui le côté social tend à prédominer sur le tempérament individuel* »<sup>116</sup>.

Dans une société qui tend à se contractualiser, le législateur a succombé à la tentation du détail<sup>117</sup> en réglementant toutes sortes de contrats mais ces aveux de faiblesses de la liberté contractuelle ne doivent pas condamner toute tentative d'élaboration d'un principe directeur. En effet, il semble préférable de « *fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence* »<sup>118</sup>. Dès lors, même si la multiplication des textes spéciaux semble avoir réduit à une peau de chagrin la liberté contractuelle, il ne faut pas oublier que c'est à l'aune de ce principe qu'a été favorisé le mouvement de spécialisation des contrats<sup>119</sup> notamment en matière de sociétés. Le droit des contrats, qu'il s'agisse de son

---

<sup>110</sup> G. ROUHETTE, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009. 739, n° 22.

<sup>111</sup> G. ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007-4. 1371, n° 40 et s.

<sup>112</sup> CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, T. 509, 2009, n° 285, p. 361.

<sup>113</sup> M. FONTAINE, J. GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ, BDP, T. 261, 1996.

<sup>114</sup> L. JOSSERAND, *DH*, 1933, chron. 89.

<sup>115</sup> V. notamment MOREL, « les contrats imposés », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, études offertes à Georges Ripert*, 1954, T. II, p. 116.

<sup>116</sup> L. JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », *DH*, 1940, chron. 5.

<sup>117</sup> C. DE MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, éd., A. Lefèvre, chez A. Lemerre éditeur, 1873, Lettre LXXXIX : « *ils se sont jetés dans des détails inutiles, ils ont donné dans les cas particuliers : ce qui marque un génie étroit qui voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale* ».

<sup>118</sup> J-E-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, 1968, T.1.

<sup>119</sup> F. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 9<sup>ème</sup> éd.,

droit commun ou de ses dispositions spéciales, évolue de manière cyclique. Aujourd'hui, il est mis en exergue « *la prolifération de statuts contractuels spéciaux* »<sup>120</sup>, « *le patchwork des contrats spéciaux* »<sup>121</sup>, « *le foisonnement surabondant des espèces du règne contractuel* »<sup>122</sup>. À l'occasion de la réforme du droit des contrats, il conviendrait d'inverser le mouvement de balancier et de restaurer l'emprise du droit commun des contrats<sup>123</sup> afin de pallier les lacunes des règles spéciales, d'assurer un « rôle ordonnateur »<sup>124</sup> au sein du droit des contrats pour favoriser l'édiction de dispositions cohérentes et surtout de tempérer les effets pervers de certaines règles spéciales<sup>125</sup>. À cet effet, le droit commun des contrats doit être le gardien des principes. Pour offrir une cohérence d'ensemble à la matière contractuelle, le droit commun des contrats doit alors être conçu, selon nous, comme « *une matière première* »<sup>126</sup>, « *un matériau malléable offert au juge* »<sup>127</sup> en sus d'avoir vocation à exprimer le droit normalement applicable. Ainsi, dans un contexte de réforme, bien que la liberté contractuelle et, dans une moindre mesure, la force obligatoire paraissent en déclin, le mouvement pendulaire de la matière contractuelle peut donner le pas au rétablissement du droit commun des contrats *via* des principes directeurs pour orienter et guider parties et juges dans la conduite des relations contractuelles. La liberté contractuelle et la force obligatoire apparaissent fondamentalement justifiées. Il sera donc question dans cette thèse de ***l'étude des principes directeurs du droit commun des contrats***, toutefois la doctrine consacrant l'expression principes directeurs du droit des contrats, par commodité de langage, cette dernière expression sera utilisée tout au long de ce travail.

---

2011, n° 5, p. 7.

<sup>120</sup> D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295, spéc. p. 297.

<sup>121</sup> A. BÉNABANT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, Paris, 2004, p. 245.

<sup>122</sup> L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, p.1.

<sup>123</sup> V. en ce sens, CH. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 285 et s. (Partie II de la thèse).

<sup>124</sup> F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », aspects contractuels du droit des affaires, *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 925.

<sup>125</sup> CH. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 294, p. 372. Dans sa thèse, l'auteur prend pour exemple le droit de la consommation qui offre des illustrations d'exploitation de ses failles par des consommateurs peu scrupuleux : « *le consommateur peut exploiter la lettre des dispositions consuméristes, en en trahissant l'esprit, pour obtenir la sanction de son cocontractant, alors qu'il était pleinement conscient de l'engagement qu'il prenait. En exploitant les incohérences du droit de la consommation pour alléger son engagement, le consommateur témoigne d'une maîtrise des règles difficilement compatible avec l'inaptitude présumée dont le pare le Code de la consommation* ».

<sup>126</sup> *Op. cit.*, n° 11, p. 18.

<sup>127</sup> *Ibid.*

**39 – Une volonté ferme du législateur** – Les principes directeurs du droit des contrats mettent en exergue la volonté du législateur de promouvoir l'étendard politique d'une théorie générale française du contrat dans un contexte de concurrence européenne afin de rendre son droit attractif. Si l'objectif du législateur se comprend, il pourrait néanmoins être dangereux car avec l'introduction de principes directeurs, le législateur accorde également un pouvoir croissant de contrôle des conventions aux juges. Les principes directeurs pourraient constituer en quelque sorte des « petits chevaux de Troie » pour influencer sur le contrat. Les principes directeurs s'ancrent alors dans l'une des perspectives modernes qui offre aux juges le pouvoir d'amender les contrats légalement formés, voire de les bouleverser. Ainsi compris, un cousinage apparaît avec de nombreux ouvrages contemporains qui ont souhaité renouveler la théorie générale du contrat avec la bonne foi<sup>128</sup>, la proportionnalité<sup>129</sup>, la cohérence<sup>130</sup>, le raisonnable<sup>131</sup>, la confiance<sup>132</sup>, le solidarisme<sup>133</sup>, l'économie du contrat<sup>134</sup>.

**40 – Variété des questions autour des principes directeurs du droit des contrats** – Ce mouvement social et moral est ainsi redouté par une partie de la doctrine contractualiste. De nombreuses critiques peuvent être recensées sur les principes directeurs proposés dans les différents projets et de nombreux doutes habitent le juriste : Qu'est-ce qu'un principe directeur du droit des contrats ? Du point de vue de leur force normative, à quelle catégorie juridique appartiennent-ils ? Présentent-ils une forme originale ? Si ce n'est pas le cas, pourquoi les nommer « principes directeurs » ? Forment-ils déjà du droit positif ? Si oui, quels intérêts le législateur trouverait-il à créer cette catégorie juridique inconnue en droit contractuel ? Quelles fonctions poursuivraient-ils ? Comment les juges les utiliseraient-ils ? Quels en seraient les conséquences juridiques ? Des réponses devront être trouvées.

---

<sup>128</sup> B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préface de J. MESTRE, PUAM, 1997 ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. De l'institut de droit des affaires, 2012.

<sup>129</sup> S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

<sup>130</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

<sup>131</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.

<sup>132</sup> B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007 ; V-L. BENABOU et M. CHAGNY (sous dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008.

<sup>133</sup> L. GRYNBAUM et M. NICOT, (dir.), *le solidarisme contractuel*, coll. Etudes juridiques, Économica, 2004 ; CH. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9ème conférence Albert Mayrand, 2005, éd. Thémis ; A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2006.

<sup>134</sup> S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Préface J. BEAUCHARD, PUAM, 2004.

**41 – Les risques de l'étude** – Le caractère polémique des principes directeurs du droit des contrats étant avéré, un auteur prenait note des critiques qui seraient adressés à tout prétendant désireux de les étudier : « *présenter objectivement les principes directeurs du droit français des contrats est scientifiquement impossible : tout prétendant expose irrésistiblement sa propre philosophie du droit des contrats, (...) Arrêter des principes directeurs implique encore de l'universitaire qu'il se prête à une imposture en convoitant ostensiblement la place du législateur ! Appeler de ses vœux des principes directeurs, c'est enfin – et peut-être surtout ! – courir le risque de s'attirer les foudres des plus illustres représentants de la doctrine civiliste française qui tirent parfois à vue sur le label principes directeurs* »<sup>135</sup>. Subjectivisme, imposture et dangerosité, il s'agit des trois maux contre lesquels il faudra lutter.

**42 – Le subjectivisme avoué** – Toute étude portant sur le contrat n'est pas neutre. Elle est naturellement influencée par les prises de position de son auteur. Or le concept de principes directeurs du droit des contrats appelle à la controverse. Certains redoutent un tsunami contractuel s'ils venaient à être consacrés tandis que d'autres jugent la notion inopérante et sans conséquence concrète. Plus rarement, une doctrine minoritaire appelle à sa reconnaissance. La démarche de l'étude entreprise consistera à observer les principes directeurs dans une perspective positive et constructive pour appréhender le potentiel de cette catégorie juridique incertaine.

**43 – L'imposture rejetée** – Certes, le chercheur et l'universitaire partageront l'ambition de contribuer à l'amélioration du droit en mettant leur science au service du législateur. Cela n'a rien d'exceptionnel, la doctrine étant consubstantielle au droit<sup>136</sup>. On ne compte plus les universitaires consultés ou présidant l'élaboration de projets : c'est ainsi que le Doyen CARBONNIER s'est mis au service de l'art législatif dès les années 1960 pour les réformes successives du droit de la famille<sup>137</sup>, de même l'ancien Professeur et Garde des sceaux, Jean FOYER, initia la réforme de la procédure civile et fut nommé par la suite président de la

---

<sup>135</sup> PH. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1, n° 1, p. 387.

<sup>136</sup> P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique : Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 8 mai 2013.

<sup>137</sup> On lui a ainsi donné le titre de jurilateur en tant qu'auteur des avant-projets de réforme du droit de la famille : 1964 pour la tutelle et l'administration légale, 1965 pour les régimes matrimoniaux, 1968 pour les incapables majeurs, 1970 pour l'autorité parentale, 1972 pour la filiation, 1975 pour le divorce.

commission de révision du Code de procédure civile avec les éminentes participations du Doyen CORNU et du Professeur MOTULSKY. En droit des contrats, ce sont les gouvernements successifs et plus précisément la Chancellerie dans le cadre de la Direction des affaires civiles<sup>138</sup>, qui ont encouragé les travaux de groupe de travail avec de nombreux universitaires. Le vice d'imposture, qui se définit comme l'action de tromper par de fausses apparences ou des allégations mensongères, de se faire passer pour ce qu'on n'est pas, ne semble pas s'appliquer à l'universitaire ou au chercheur, dans la mesure où ces derniers ne font que contribuer à l'amélioration du droit et ne prennent en rien la place du législateur. Ils ne font qu'orienter et guider l'action du législateur en proposant des projets, en commentant les articles tout en prenant en compte les attentes des praticiens du droit et des divers secteurs de la vie économique. On pourrait ainsi penser que les universitaires consultés dirigent l'action du législateur vers une voie à suivre... en cela ils sont directeurs !

**44 – La dangerosité du sujet** – Il est vrai qu'un tel sujet s'avère très risqué au vu de son caractère polémique puisqu'il renvoie au débat éternel de la place du juge dans l'interprétation et la création du droit dans une matière où le juge est *a priori* exclu du couple formé par les parties. Les principes directeurs peuvent donc se heurter au scepticisme de la doctrine qui voit apparaître une notion nouvelle aux effets inconnus. Ils sont facteurs de déstabilisation.

**45 – Plan** – Pour étudier la science des principes directeurs du droit des contrats, il faudra saisir leur existence et rechercher s'il existe une originalité conceptuelle à cette notion ; décrire ses effets et son emprise potentielle sur l'ordre juridique contractuel, en d'autres termes, d'observer :

- La notion de principes directeurs du droit des contrats (1<sup>ère</sup> partie)
- avant que de décrire :
- Les effets des principes directeurs du droit des contrats (2<sup>ème</sup> partie)

---

<sup>138</sup> V. la lettre du garde des sceaux, Pascal CLEMENT adressée au Professeur F. TERRE le 13 mars 2006 reproduite in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

PREMIERE PARTIE : LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS,  
UNE NOTION EN CONSTRUCTION

TITRE I : Les manifestations des principes directeurs du droit des contrats

TITRE II : Le concept de principes directeurs du droit des contrats

DEUXIEME PARTIE : LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS,  
DES EFFETS A PRECISER

TITRE I : L'avenir des principes directeurs sur la procédure contractuelle

TITRE II : L'avenir des principes directeurs sur la substance contractuelle



---

# PREMIERE PARTIE- LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS, UNE NOTION EN CONSTRUCTION

---

**46 – Division** – Les principes directeurs peuvent être envisagés comme une science<sup>139</sup>, en ce sens, ils ont pour objet les principes généraux du droit, ses règles fondamentales constituant les assises du droit, ses fondements, sa substance « intime et profonde ». Comme science, les principes directeurs doivent être assimilés par le praticien qui doit en avoir acquis l'intuition, les ressentir de façon à comprendre l'esprit et l'âme de la matière pour ne pas rester désarmé et faible devant l'application du droit. Pourtant, le législateur les a pendant très longtemps ignorés<sup>140</sup>, refusant de les conceptualiser dans une loi écrite. En droit interne, l'essor de la notion s'est manifesté tout d'abord avec l'introduction explicite et solennelle en frontispice du Code de procédure civile d'un ensemble de principes essentiels inspirant des dispositions légales et assurant une cohésion au code, dénommé « principes directeurs du procès ». Dispositions que l'on retrouve ensuite dans le Code de procédure pénale aux articles 1 à 10 et dans le Code de justice administrative aux articles L1 à L11 bien que l'appellation « principes directeurs » ne se retrouve pas. L'engouement du législateur pour cette notion ne s'est pas amoindri puisque se recensent depuis 2008 plusieurs projets de la Chancellerie proposant l'introduction de « principes directeurs » ou de « principes généraux » en tête du livre III du Code civil relatif *aux contrats et aux obligations conventionnelles en général*. Ce mouvement d'expansion implique qu'aujourd'hui la notion soit connue des juristes. Si en droit processuel, plusieurs travaux se sont intéressés à cette étude<sup>141</sup>, en droit des contrats, la notion a donné lieu, à notre connaissance, à une seule thèse dans une perspective de droit

---

<sup>139</sup> H. BONFILS, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3<sup>ème</sup> éd. refondue par L. BEAUCHET, LGDJ, Paris, 1901, préface de la 2<sup>ème</sup> édition, p. VII cité par E. VERGÈS in *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 1.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> V. par exemple E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique, op.cit.*; M. DEGUERGUE, « Les principes directeurs du procès administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, 2011, p. 549.

comparé<sup>142</sup>. Les principes directeurs du droit des contrats, pris en tant que catégorie juridique, ne forment pas encore une réalité du droit positif. Ils ne sont pas consacrés et pourtant ils existent déjà. En effet, depuis 1804, les fondements du droit des contrats sont bien connus : liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi. Le contenu des principes directeurs préexiste à une reconnaissance éventuelle de la catégorie juridique des principes directeurs. Il convient alors de revenir sur les manifestations des principes directeurs du droit des contrats (*Titre I*) via une mise en lumière de leur apparition progressive dans les différents textes et projets doctrinaux. Une fois constatées les multiples manifestations de cette notion, il s'agira de s'intéresser à une étude du concept de principes directeurs (*Titre II*).

---

<sup>142</sup> R. KHORIATY, *Les principes directeurs du droit des contrats, regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, Panthéon-Assas, septembre 2011.

---

# TITRE I – LES MANIFESTATIONS DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

47 – **Division** – Le cheminement vers une consécration des principes directeurs du droit des contrats s'annonce sinueux tant la notion a suscité de débats<sup>143</sup> et fait naître, chez certains, un rejet épidermique. Pourtant, on ne peut manquer de remarquer qu'il s'agit d'une notion dans l'air du temps. Son existence s'illustre par des manifestations, plus ou moins remarquables, dans les différents textes internationaux et européens ainsi que dans les différents projets de réforme de droit interne. Le support des principes directeurs du droit des contrats est celui des codifications doctrinales. Il s'agira alors de revenir d'abord sur l'historique des textes et projets internationaux et européens concernant l'introduction de principes directeurs (*Chapitre I*) puisque c'est à ce premier niveau que les principes jugés comme essentiels et fondateurs ont été mis en avant. Cette antériorité s'explique par le fait que les autorités européennes et internationales souhaitent faciliter et sécuriser les échanges commerciaux transnationaux. En ce sens, les principes directeurs s'avèrent être des outils très efficaces à destination des parties et des juges pour appréhender et concevoir un droit transnational qui ne propose pas à proprement parler de théorie générale du contrat. Les principes directeurs apparaissent ainsi comme des outils primordiaux pour l'interprétation des textes. Ces divers textes et projets présentent un intérêt doctrinal incontestable, en conséquence, un historique en sera dressé. Ce retour permettra de tirer plusieurs conclusions, d'une part sur la terminologie choisie pour désigner ces principes essentiels et fondateurs, d'autre part sur le contenu des principes choisis.

Ensuite, il s'agira de retracer l'historique des projets français proposant des principes directeurs (*Chapitre II*). En effet, la France s'est inspirée du développement des principes généraux en droit des contrats internationaux et européens. Ces propositions d'introduction de principes directeurs s'insèrent d'ailleurs dans un contexte favorable à une nouvelle codification du droit des contrats puisque le livre III, titre III - *Des contrats ou des obligations*

---

<sup>143</sup> V. notamment les différents commentaires doctrinaux portant sur le premier projet de la Chancellerie (mai 2008) : D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, Chron. 2675 ; R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* I, 190 ; Ph. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, I, 204 ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *JCP G* 2008, I, 199 ; C. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, I, point de vue 2441. ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, Chron. 2609 ; P. MALINVAUD, « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008, Point de vue 2551.

*conventionnelles en général* n'a connu aucune réforme majeure depuis 1804 ce qui explique pourquoi une très grande place a été laissée à la jurisprudence dans l'interprétation des règles prévues. Le législateur, quant à lui, a œuvré dans le développement de règles nombreuses en droit de la consommation, de la concurrence, régissant ainsi plusieurs pans de matières civiles et commerciales. Cet état a provoqué un mouvement favorable à une nouvelle codification du droit commun des contrats car sur le fond, le Code civil ne répond plus aux situations actuelles. De nouveaux contrats sont apparus, la durée des contrats s'est modifiée, de nouvelles constructions complexes et diverses tels que les ensembles contractuels, sont apparues. Pour toutes ces raisons, une nouvelle codification est envisagée depuis maintenant une dizaine d'années. Dans un tel contexte, les gouvernements successifs ont demandé à des groupes de travail de se pencher sur une réforme du droit des contrats. Différents projets ont été présentés dans lesquels ont été introduits des principes directeurs. Ces principes ont vocation à être destinés aux juges en tant qu'outil d'interprétation et de création de règles spécifiques mais pourraient également servir aux parties pour les pousser à adopter des comportements attendus dans les relations contractuelles. Là encore, cet historique mettra en lumière le ou les choix terminologique(s) pour désigner ces principes jugés comme essentiels et fondateurs et le contenu qui en est sélectionné.

---

# CHAPITRE I : ÉTUDE CRITIQUE DES TEXTES EUROPEENS ET INTERNATIONAUX CONCERNANT LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

**48 –Division –** Lors de l'étude des textes européens et internationaux, la présence de principes essentiels interpelle car bien qu'ils ne soient pas revendiqués comme une catégorie juridique, la liberté, la sécurité et la bonne foi reviennent de façon constante. On peut alors s'interroger sur leur présence : pourquoi reconnaître explicitement des principes qui semblent être des évidences en droit des contrats ? La réponse se trouve, à notre sens, dans deux éléments. D'une part, ils répondent à un besoin d'ordonnement juridique : le principe va favoriser la clarté et la nécessité de rationalisation du droit. En effet, comme il a pu être noté<sup>144</sup> : « *ce qui crée l'ordre, c'est la systématisation et non le code, qui n'est que son possible vecteur. La systématisation repose pour une large part sur la reconnaissance de principes. Il s'ensuit que les principes apparaissent comme un substitut à la codification* ». D'autre part, la reconnaissance de tels principes est un acte de pouvoir pour deux autorités : le juge et la doctrine. En effet le juge est en mesure de contrôler la conformité de la loi aux principes consacrés et il est également en mesure d'édicter des principes *contra legem*. La doctrine est animée par une volonté d'orienter l'évolution du droit positif, de privilégier certaines valeurs au-delà de la technique juridique. Cette recherche d'ordre et de puissance se concrétise alors par la manifestation de principes bien qu'ils ne soient pas tous compris de la même façon et qu'une identité des principes ne signifie pas une identité des solutions. Un retour chronologique sur ces différents textes et projets sera mis en œuvre : par conséquent, seront traités les projets initiaux (*Section I*), la proposition de cadre commun de référence (*Section II*), la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente (*Section III*), enfin les textes internationaux consacrant des principes généraux-directeurs (*Section IV*).

---

<sup>144</sup> Y.-M. LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1, n° 1.



## SECTION I. LES PROJETS INITIAUX

---

**49 – Contexte** – Depuis de nombreuses années, les autorités bruxelloises souhaitent élaborer un droit européen des contrats, commun à tous les États Membres. Le but est de faciliter les échanges contractuels internes à l'Union européenne. Cette proposition était déjà en germe avant la seconde guerre mondiale dans l'esprit des Professeurs CAPITANT, RIPERT et COLIN, ces derniers ayant procédé à la rédaction d'un code franco-italien ayant donné lieu à une publication en 1929<sup>145</sup>. Après-guerre, le vœu d'un code des obligations européen était présent mais n'a pu être concrétisé. Il a fallu attendre 1974, à l'occasion d'une conférence à Copenhague réunissant des universitaires et des fonctionnaires européens, pour que le projet d'harmonisation du droit des contrats soit réellement lancé. A partir de cette date, plusieurs stratégies ont été adoptées par les institutions européennes pour qu'aboutisse ce projet ambitieux.

Se sont ainsi constitués divers groupes de travail pour réfléchir à un projet de code européen. Deux groupes parmi eux, se sont illustrés : le premier dirigé par le Professeur Giuseppe GANDOLFI avec un projet de code européen des contrats<sup>146</sup>, le second par le Professeur Ole LANDO qui a élaboré les Principes du droit européen des contrats dénommés PDEC<sup>147</sup>. Ces travaux servent depuis de modèle aux groupes de travail qui ont pris le relais. Les résolutions du Parlement européen du 26 mai 1989 et du 6 mai 1994, incitaient les Etats membres à travailler de concert sur la rédaction d'un code européen des contrats mais face aux difficultés, ce projet a été réorienté vers un projet de moindre ampleur : c'est aujourd'hui une harmonisation du droit des obligations qui est recherchée plus qu'une véritable unification. En effet la Commission a lancé, le 11 juillet 2001<sup>148</sup>, une consultation sur « *l'opportunité de mettre en place un droit européen des contrats* ». Les réponses à cet appel, y compris celles des agents économiques directement intéressés par l'élaboration de règles communes applicables à tous les contrats européens, ont majoritairement été défavorables à l'adoption d'une codification unique. Suite à cet échec, une communication de la Commission

---

<sup>145</sup> Projet de code des obligations et des contrats, Paris, Imprimerie nationale, 1929.

<sup>146</sup> Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, avant-projet, établi sous la direction de G. GANDOLFI, Milan, 2004 ou European Contract Code. Preliminary Draft, Université de Pavie, 2001. V. J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 21 et 22 février 2003, p. 240 et s.

<sup>147</sup> PDEC, Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, SLC, 2003.

<sup>148</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM (2001) 398 final, 11.07.2001.

a été rendue en février 2003<sup>149</sup> dans laquelle elle s'est orientée vers la mise en place d'un « *instrument optionnel* »<sup>150</sup> regroupant un acquis communautaire. Dans cette optique d'harmonisation européenne, plusieurs systèmes juridiques étrangers ont réformé leur droit des obligations. L'Allemagne a ainsi réformé son droit des obligations, le BGB, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002, pour faire du droit allemand des contrats un modèle et un précurseur de l'unification du droit des contrats.

**50 – Absence de principes directeurs dans l'avant-projet Gandolfi pour un code européen des contrats** – Le groupe de travail a choisi de renoncer à l'énoncé de principes « *dont la portée, parfois aussi vaste qu'indéterminée, est en réalité un obstacle à l'unification effective, tant les déductions et mises en œuvre se révèlent ultérieurement tributaires des mentalités et traditions nationales, si tant est que les formulations elles-mêmes n'aient pas été rendues ab ovo impossibles par des présupposés conceptuels différents* »<sup>151</sup>. Les rédacteurs de l'avant-projet ont préféré proposer des règles « *pratiques et homogènes* »<sup>152</sup> et se passer de principes jugés comme sortant de la matière concrète et délimitée. On retrouve pourtant un livre I relatif aux dispositions préliminaires dans lequel un article 2<sup>153</sup> est consacré à l'autonomie contractuelle. Ainsi, il peut en être déduit que, dans l'esprit des rédacteurs, l'autonomie contractuelle qui reconnaît ici aux parties la liberté de déterminer le contenu du contrat dans les limites imposées, est considérée comme une règle de droit « *pratique et homogène* » ne relevant pas « *des mentalités et traditions nationales* » ce qui peut apparaître comme critiquable car cette liberté s'appuie sur des présupposés conceptuels différents d'un État à un autre. De même, les limites posées ne sont pas identiques. Par exemple, dans le cadre des négociations contractuelles, les pays issus de la Common Law les considèrent comme une phase de risque et adopte en conséquence un principe de liberté contractuelle

---

<sup>149</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM (2003) 68 final, 15.03.2003.

<sup>150</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM (2004) 651 final, 20.01.2005. V. l'annexe II de la communication de 2004 intitulée, paramètres relatifs à un instrument optionnel- Pour la poursuite du débat sur l'utilité d'un tel instrument ».

<sup>151</sup> J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 21 et 22 février 2003, p. 240 et s.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Article 2 sur l'autonomie contractuelle : « 1. Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées par les règles impératives, les bonnes mœurs et l'ordre public, comme elles sont fixées dans le présent Code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des États membres de l'Union européenne, pourvu que par là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui. 2. Dans les limites de l'alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats qui ne sont pas soumis à la réglementation du présent Code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes ».

absolu<sup>154</sup> alors qu'elles sont régies dans les droits romano-germaniques par un socle de règles qui limite la liberté contractuelle et engendre une « *déontologie précontractuelle* »<sup>155</sup>.

**51 – Dispositions générales dans les Principes du Droit Européen des Contrats (PDEC)** – Là encore, il n'existe pas de principes directeurs mais des « *dispositions générales* », parmi lesquelles figure la liberté contractuelle, à l'article 1 : 102<sup>156</sup> qui est représentée ici comme la liberté de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu sous réserves de certaines limites. Par ailleurs, est mentionnée la bonne foi au titre des « *devoirs généraux* » à l'article 1 : 201<sup>157</sup> ainsi que la collaboration à l'article 1 : 202<sup>158</sup>. La bonne foi s'illustre comme une exigence impérative attendue dans le comportement des parties. La collaboration poursuit, ici, une visée économique puisque elle doit permettre au contrat de produire son plein effet, ce qu'on peut supposer être l'opération économique désirée par les parties. Il est intéressant de noter que la bonne foi est présentée de façon subjective comme une exigence de comportement alors que la collaboration poursuit une visée objective, la réalisation de l'opération économique. Enfin, le caractère raisonnable se trouve sous la section « *terminologie et autres dispositions* » à l'article 1 : 302<sup>159</sup> et renvoie notamment à la bonne foi. La sécurité contractuelle n'est cependant pas consacrée dans le projet bien que de nombreuses dispositions font application de ce principe<sup>160</sup>.

**52 – Conclusion** – Cet examen amène à la conclusion suivante : la catégorie juridique des principes directeurs dans les projets doctrinaux initiaux ne se retrouve pas. Cependant, l'avant-projet Gandolfi, réfractaire à l'idée d'énoncer des principes, met à l'honneur l'autonomie contractuelle dans ses « *dispositions préliminaires* ». Les PDEC, quant à eux,

---

<sup>154</sup> R. MONZER, Responsabilité précontractuelle, régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, *RIDC* 3-200, p.523.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> PDEC Art. 1 : 102 : « (1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes. (2) Les parties peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement ».

<sup>157</sup> PDEC Art. 1 : 201 : « (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. (2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ».

<sup>158</sup> PDEC Art. 1 : 202 : « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ».

<sup>159</sup> PDEC, Art. 1 : 302 : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activités concernées ».

<sup>160</sup> V. par exemple les articles 6 : 111, 9 : 201 et 10 : 101 qui emploient le terme « tenu » : « une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse » ou encore « une partie tenue d'exécuter » ; « les obligations sont solidaires lorsque tous les débiteurs sont tenus d'exécuter ».

vont plus loin bien qu'ils ne présentent pas non plus de principes essentiels et fondateurs dans une rubrique particulière. Ainsi, dans cette dernière codification savante se retrouvent la liberté contractuelle, la bonne foi, la collaboration, et le raisonnable dans des subdivisions éparses : « *dispositions générales* », « *devoirs généraux* », « *terminologie et autres dispositions* ». Il semblerait que les rédacteurs n'aient pas été prêts à l'énoncé de principes essentiels et fondateurs de la matière et dont la fonction principale serait de servir de guide aux parties dans les comportements attendus et au juge dans sa mission principale de trancher des litiges.

En somme, il a été démontré que si la catégorie juridique des principes directeurs ne figure pas dans les différents projets initiaux, le contenu, lui, s'y trouve déjà.

## SECTION II. LE PROJET DE CADRE COMMUN DE REFERENCE

---

**53 – Le contexte** – Dans sa communication du 12 février 2003<sup>161</sup>, la Commission a présenté un plan d'action au terme duquel elle proposait la mise en œuvre de travaux portant sur un projet de cadre commun de référence (dit CCR) axé sur trois volets principaux<sup>162</sup> : les principes fondamentaux communs du droit européen des contrats, les définitions et une analyse terminologique des principaux termes, les règles modèles susceptibles d'être adoptées par les opérateurs.

Pour contribuer au CCR, la Commission a créé des réseaux d'universitaires ayant donné lieu à plusieurs travaux dont le « *Draft Common Frame of Reference* » (DCFR)<sup>163</sup> mis en place par le « *Study Group on A European Civil Code* », dirigé par le Professeur VON BAR. La méthode abstraite suivie et l'extension du champ de la recherche au-delà du contrat ont suscité des réserves. De plus il a été peu fait usage des Principes du droit européen des contrats élaborés par O. LANDO. Un autre groupe, membre du réseau, réunissant l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et la Société de Législation comparée, a poursuivi ses propres recherches, dont deux ouvrages sont la concrétisation : « *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle* » (vol.6)<sup>164</sup>, « *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs* » (vol.7)<sup>165</sup>. Le premier volume traite de définitions et analyse les principaux termes tandis que le second volume est relatif à l'introduction de principes directeurs du droit européen des contrats et à l'émergence de règles communes. Ces travaux ont été coordonnés par les professeurs FAUVARQUE-COSSON et MAZEAUD et ont été transmis à la Commission à la fin de l'année 2007.

---

<sup>161</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com\\_2003\\_68\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_fr.pdf). Extrait : « *les propositions tiendront compte, lorsque cela s'avèrera adéquat, d'un cadre de référence commun, que la Commission a l'intention d'élaborer au travers de la recherche et avec l'aide de toutes les parties intéressées. Ce cadre commun de référence, devrait fournir les meilleurs solutions en termes de terminologie commune et de règles, notamment, entre autres, la définition de concepts-clé et de termes abstraits tels que " contrat ,"ou "dommage ,"et des règles à appliquer, par exemple en cas d'inexécution des contrats* ».

<sup>162</sup> Pour plus de précision, V. RDC 2008/ 2, p 528, Droit comparé des contrats, P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et R. WINTGEN.

<sup>163</sup> Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, « Principles, Definitions and model Rules of European Private Law », Sellier, 2009. Accessible sur le site suivant: [ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law).

<sup>164</sup> *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Avant-propos de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Introduction par A. TENENBAUM, SLC, 2008.

<sup>165</sup> *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Avant-propos de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Introduction par J-B RACINE et G. WICKLER, SLC, 2008.

**54 – Les principes dans le DCFR** – Dans le *Draft Common Frame of Reference*, des « principes sous-jacents » se retrouvent : la liberté, la sécurité, la justice et l’efficacité. De façon plus précise, se recensent dans le livre II, l’article 1 :102 sur l’autonomie des parties<sup>166</sup>, l’article 1 : 103 sur l’effet obligatoire<sup>167</sup> et un chapitre 2 sur la non-discrimination<sup>168</sup>. La loyauté contractuelle n’est pas érigée au rang des principes sous-jacents bien qu’il soit précisé dans l’ouvrage que cela ne signifie pas que ce principe soit exclu, simplement qu’il est couvert par le plus vaste principe de justice<sup>169</sup>. La bonne foi se manifeste dans de nombreuses dispositions qui règlementent la vie du contrat, de sa formation à l’exécution : notamment à l’article 3 : 301 sur les négociations contraires à la bonne foi, aux articles 7 : 201 et 7 : 205 relatifs à l’erreur et au dol, à l’article 8 : 101 sur le droit du contrat etc. L’hypothèse de la violation de principes fondamentaux est également prévue à l’article 7 : 301<sup>170</sup>. Mais de façon générale, le DCFR n’est pas constitué de « *principes directeurs* » pour trois raisons : premièrement, il ne se cantonne pas au droit des contrats, les principes sous-jacents doivent pouvoir englober d’autres matières, deuxièmement, ils n’ont pas été jugés opportuns dans la mesure où leur fonction a été estimée essentiellement descriptive. Troisièmement, les auteurs redoutaient un affaiblissement des principes par la mise en œuvre d’exceptions et réserves des règles matérielles du projet<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> DCFR, traduction française des trois premiers livres par J. GHESTIN avec le soutien de la Fondation pour le droit continental : Art. 1 : 102 : « (1) *Les parties sont libres de conclure un contrat ou de faire un autre acte juridique et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles relatives à la bonne foi et de toutes autres règles impératives applicables.* (2) *Sauf dispositions contraires, les parties peuvent exclure l'application des règles qui suivent relatives aux contrats et aux autres actes juridiques, ou aux droits et obligations naissant de ceux-ci, ou y déroger ou en modifier les effets.* (3) *Une disposition selon laquelle les parties ne peuvent exclure l'application d'une règle, y déroger ou en modifier les effets n'empêche pas une partie de renoncer à un droit qui est déjà né et dont elle a connaissance* ».

<sup>167</sup> DCFR, Art. 1 : 103 « (1) *Un contrat valide lie les parties.* (2) *Une promesse ou un engagement unilatéral valide lie son auteur si elle a été faite ou il a été pris en vue d'être juridiquement obligatoire sans acceptation.* (3) *Le présent article ne fait pas obstacle à ce qu'un accord entre le débiteur et le créancier ou une disposition légale modifie les droits et obligations qui en résultent ou y mettent fin* ».

<sup>168</sup> DCFR, des articles 2 :101 à 2 : 105.

<sup>169</sup> Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, « *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law* », Sellier, 2009, p.13: « *for the broader purposes of the DCFR we suggest that the underlying principles should be grouped under the headings of freedom, security, justice and efficiency (rather than liberté contractuelle, sécurité contractuelle et loyauté contractuelle as in the Principes directeurs). This does not mean that the principle of contractual "loyalty" is lost. To a large extent it is covered by the wider principle of justice, without which many of the rules in the DCFR cannot be satisfactorily explained* ».

<sup>170</sup> DCFR, Art. 7 : 301 : « *un contrat est nul dans la mesure où (a) il viole un principe reconnu comme fondamental dans les droits des Etats membres de l'Union européenne (b) et où la nullité est nécessaire pour donner effet à ce principe* ».

<sup>171</sup> DCFR, extrait, n° 13.

**55 – Les principes dans le projet mené par l'Association Henri Capitant** – Ce groupe, au contraire, propose plusieurs principes directeurs qui se décomposent en trois sections traitant respectivement de la liberté contractuelle<sup>172</sup> (section I), de la sécurité contractuelle<sup>173</sup> (section II) et de la loyauté contractuelle<sup>174</sup> (section III). Pour leur identification, le groupe de travail pouvait envisager plusieurs voies : définir un corps de règles à visée régulatrice et prescriptive pouvant constituer un embryon de Code européen des contrats ou bien simplement élaborer des principes en accord avec les PDEC qui ont servi de source principale pour interpréter ce dernier et en faciliter l'application. Bien que ces règles soient autonomes, c'est la deuxième voie qui a été choisie : « *Les principes directeurs pourraient prendre utilement place en tête des Principes du droit européen du contrat, sous la forme d'un chapitre préliminaire* »<sup>175</sup>.

À cet effet, la liberté contractuelle se présente pour partie de façon classique : liberté de conclure ou non le contrat, liberté de choisir son cocontractant, liberté de déterminer le contenu du contrat et les règles de formes sous réserve du respect des règles impératives. De

---

<sup>172</sup> On trouve la liberté contractuelle aux articles 0 : 101, 0 : 102 et 0 : 103 intitulés respectivement « liberté des parties de conclure le contrat », « respect de la liberté et des droits des tiers », « liberté des parties de modifier ou de mettre un terme au contrat ». L'article 0 : 101 dispose que « *chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant. Les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et les règles de forme qui lui sont applicables. La liberté contractuelle s'exerce dans le respect des règles impératives* ». L'article 0 : 102 dispose à son tour que « *chacun ne peut contracter que pour soi-même, sauf disposition contraire. Le contrat ne peut produire effet qu'autant qu'il ne réalise pas une atteinte ou modification illégitime aux droits des tiers* ». Enfin, aux termes de l'article 0 : 103, « *par leur accord mutuel, les parties sont libres, à tout moment, de mettre fin au contrat ou de le modifier. La révocation unilatérale n'est efficace qu'en matière de contrats à durée indéterminée* ».

<sup>173</sup> L'article 0 : 201 concerne le principe de la force obligatoire et dispose que « *le contrat légalement formé a force obligatoire entre les parties. Outre l'exécution des obligations du contrat, chacune des parties est tenue de respecter les devoirs qui s'induisent du principe de loyauté contractuelle. En cours d'exécution, la force obligatoire du contrat peut être remise en cause si un changement imprévisible de circonstances compromet gravement l'utilité du contrat pour l'une des parties* ». L'article 0 : 202 est relatif au droit à l'exécution : « *chacune des parties peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ». Quant à l'article 0 : 203, il règle le devoir et les droits des tiers : « *le contrat crée une situation que les tiers doivent respecter et dont ils peuvent se prévaloir sans pouvoir en poursuivre l'exécution* ». Enfin, l'article 0 : 204 aborde la faveur pour le contrat : « *Lorsque le contrat est sujet à interprétation, ou lorsque sa validité ou son exécution est menacée, l'efficacité du contrat doit être préférée si son anéantissement nuit aux intérêts légitimes de l'un des contractants* ».

<sup>174</sup> La section sur la loyauté contractuelle renferme quatre articles relatifs au devoir général de bonne foi (art. 0 : 301), à l'exécution de bonne foi (art. 0 : 302), au devoir de collaboration (art. 0 : 303) et au devoir de cohérence (art. 0 : 304). L'article 0 : 301 dispose que « *chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ». L'article 0 : 302 se prononce en ces termes : « *Tout contrat doit s'exécuter de bonne foi. Les parties ne peuvent se prévaloir des droits et clauses contractuels que dans le respect du but qui en a justifié la stipulation* ». Il résulte de l'article 0 : 303 que « *les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat* ». Enfin, l'article 0 : 304 dispose qu'« *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder* ».

<sup>175</sup> Introduction de Principes contractuels communs, AHC et SLC, *op.cit.* spéc. p.18.

façon moins ordinaire, le projet consacre le respect de la liberté et des droits des tiers ainsi que la liberté de modifier ou de mettre un terme au contrat.

La sécurité contractuelle se manifeste par la consécration de la force obligatoire, cette dernière est toutefois couplée au principe de loyauté contractuelle, en conséquence, le projet ne consacre pas la primauté du principe de sécurité contractuelle et autorise l'imprévision.

Enfin, le principe de loyauté contractuelle se manifeste à la fois dans son volet subjectif (se comporter de bonne foi) et objectif (être de bonne foi tout au long de la relation contractuelle). Il met en œuvre également des avatars de la bonne foi avec l'obligation de collaboration lorsque cela est nécessaire à l'exécution du contrat et à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Ce principe impératif connaît toutefois une limitation : « *les parties ne peuvent se prévaloir des droits et clauses contractuels que dans le respect du but qui en a justifié la stipulation* ». Cette limite semble intéressante en vue de l'adoption d'un principe directeur de bonne foi en droit français car l'ensemble de la section consacrée à la loyauté contractuelle circonscrit de façon assez remarquable le champ d'application de la bonne foi et de ses avatars tout en posant une limite assez claire. Cette synthèse de l'application ou non du principe de bonne foi doit être soulignée.

**56 – Conclusion** – La catégorie juridique de principes directeurs ne fait pas l'unanimité, le DCFR ne souhaitant pas cette appellation, ni les conséquences attachées. Selon les membres du groupe de travail du DCFR, ces principes poursuivent une fonction essentiellement descriptive et constituent des émanations des règles modèles. Ils peuvent par ailleurs se chevaucher et entrer en conflit les uns avec les autres. Pour ces différentes raisons, le groupe de travail n'a pas souhaité consacrer cette catégorie juridique. Le choix inverse a été fait par l'Association Henri Capitant avec les « *Principes contractuels communs* ». Cette différence n'aide pas à la réception de ces textes qui ne peuvent que susciter doute et interrogation sur la notion de principes directeurs. Quant au contenu des principes directeurs, si la catégorie juridique ne se retrouve pas dans le DCFR, une attention particulière est portée à la liberté, la sécurité, la justice et l'efficacité. Dans l'ouvrage « *Principes contractuels communs* » de l'association Henri Capitant, trois principes directeurs se retrouvent : la liberté contractuelle, la sécurité contractuelle et la loyauté contractuelle. L'étude des différents travaux menés pour le projet de cadre commun de référence souligne le désaccord existant toujours sur la catégorie juridique des principes directeurs mais le contenu semble devenir incontournable.

### SECTION III : LA PROPOSITION DE REGLEMENT POUR UN DROIT COMMUN EUROPEEN DE LA VENTE

---

**57 – Contexte** – La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente<sup>176</sup> publiée par la Commission le 11 octobre 2011 fait suite à diverses communications<sup>177</sup> et s'inscrit dans la volonté de créer un véritable « *espace européen de liberté, de sécurité et de justice* »<sup>178</sup> dans une « *Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* »<sup>179</sup>. Elle constituait, avant son abandon<sup>180</sup>, une promesse importante vers un droit commun européen optionnel des contrats, invitant le consommateur européen et les petites et moyennes entreprises à voyager *via* la conclusion de contrats transfrontaliers de vente<sup>181</sup>. Formellement,

---

<sup>176</sup> COM (2011) 635 final ; sur laquelle voir les articles suivants : Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *RDC* 2011, n° 3 du 1<sup>er</sup> juillet 2011, p. 1028 ; D. PORCHERON, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats », *RLDA*, novembre 2011, p. 54 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G* 2011, p. 1376 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* n°1, du 1<sup>er</sup> janvier 2012, p. 191 ; M. LATINA, « Les derniers développements du droit européen du contrat », *RDC* n°1, du 1<sup>er</sup> janvier 2012, p. 299 ; S. PIEDELIEVRE, « Vers un nouveau droit européen de la vente », *Gaz. Du Palais* n°11-12 du 11 et 12 janvier 2012, p.7 ; A-S. CHONE-GRIMALDI, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *CCC* n° 4, avril 2012, étude 6 ; J-S. BERGÉ, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* n° 2, du 1<sup>er</sup> avril 2012, p. 569 ; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, p. 560 ; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile – Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, p. 750 ; Y. LEQUETTE, « projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? Avant-propos », *RDC* n°4, du 1<sup>er</sup> octobre 2004, p. 1393, Actes du colloque du 10 mai 2011, Paris ; M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC* n°4, du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1430 ; L. LEVENEUR, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs (suite) », *RDC* n°4, du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1441.

<sup>177</sup> V. par exemple une communication de 2001 concernant « le droit européen des contrats », COM (2001) 398, reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. Droit privé comparé, vol. 1, Paris, SLC, puis celle de 2003, « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action », COM (2003) 68. En 2010, concernant l'élaboration d'un droit européen des contrats optionnel, le livre vert de 2010 « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », énonçait pas moins de sept options pour faciliter les transactions transfrontalières. L'option n°4 notamment, préconisait l'adoption d'un règlement optionnel « qui serait conçu comme un second régime dans chaque Etat membre offrant ainsi la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats ». Finalement, le 11 octobre 2011, la Commission est parvenue à l'adoption d'une proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente ». Plus modestement, le travail a en effet été recentré sur le contrat de vente, archétype du droit des contrats.

<sup>178</sup> V. TUE, titre 5 « espace de liberté, de sécurité et de justice ».

<sup>179</sup> V. « Programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », 14449/09 JAI 679.

<sup>180</sup> V. *infra* n° 77.

<sup>181</sup> V. Exposé des motifs de la proposition, I. Contexte : « *Ainsi, les divergences entre droits des contrats, ajoutées aux coûts de transaction supplémentaires et à la complexité accrue qu'elles génèrent à l'occasion de transactions transfrontières, découragent un grand nombre de professionnels, notamment les PME, de conquérir les marchés d'autres États membres. Elles ont également pour effet de restreindre la concurrence sur le marché intérieur. La valeur des transactions commerciales transfrontières auxquelles il est renoncé chaque année,*

la proposition comporte trois parties: un règlement, une annexe I au règlement contenant les règles du droit commun européen de la vente et une annexe II comprenant un avis d'information type<sup>182</sup>. Il sera question principalement de l'annexe I. Celle-ci contient en effet des dispositions introductives en première partie, avec un chapitre premier qui énonce dans sa section 1, les principes généraux de droit des contrats que toutes les parties devront respecter dans leurs transactions, à savoir la liberté contractuelle, la bonne foi-loyauté, et la collaboration. Dans la section 2 sont énumérées diverses règles liées notamment à leur application.

**58 – Principes généraux de la vente ou du droit des contrats ?** – Les instances européennes proposent un tour d'horizon du droit de la vente autour de trois principes généraux. Toutefois, à leur lecture, on ne peut qu'être étonné du décalage entre l'objet du texte et le contenu réel puisque, dès les dispositions introductives, apparaissent des principes généraux du droit des contrats et non de ceux spécifiques à la vente<sup>183</sup>. Une distorsion s'opère entre ce que les instances européennes proposent et ce qu'elles disent proposer. N'est-ce pas la preuve que la proposition de règlement masque l'ambition contrariée de la Commission européenne de voir adopter un droit européen des obligations ? Comme a pu l'écrire de façon provocante un auteur<sup>184</sup>, la Commission semble utiliser une technique contractuelle bien connue, celle de la simulation: en créant un acte apparent, ostensible (ici la proposition) qui ne correspond pas à la réalité des choses pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération, à savoir les prémisses européennes d'une théorie générale du contrat. Les

---

*uniquement en raison des différences entre les législations contractuelles, atteint des dizaines de milliards d'euros. Les occasions manquées de faire du commerce transfrontière se répercutent également sur les consommateurs européens. Moins il y a d'échanges transfrontières, moins il y a d'importations et de concurrence entre professionnels. Il peut en résulter un choix plus limité de produits, à des prix plus élevés, sur le marché où le consommateur effectue ses achats ».*

<sup>182</sup> L'annexe II comprend l'avis d'information type sur le droit commun européen de la vente que le professionnel doit délivrer au consommateur avant la conclusion d'une convention d'application du droit commun européen de la vente.

<sup>183</sup> V. l'article d' Y. LEQUETTE, « avant-propos », actes du colloque du 10 mai 2011 à Paris, publiés dans le *RDC* n°4 du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1393.

<sup>184</sup> *Ibid.*

principes généraux proposés sont alors le cheval de Troie<sup>185</sup> d'un droit européen des contrats<sup>186</sup>.

**59 – Terminologie des principes généraux** – Des interrogations naissent également sur la dénomination des principes. En effet, on peut se questionner sur les raisons qui ont poussé à l'adoption de « *principes généraux* » alors qu'il est fait référence dans les considérants aux « *principes fondamentaux* »<sup>187</sup>. La notion de « *principes directeurs* »<sup>188</sup> a également été utilisée par la doctrine lors des travaux qui ont mené à l'élaboration de cette proposition. Ces notions sont-elles interchangeables ? Leurs emplois quasiment indifférenciés ne sont-ils pas plutôt le signe d'un problème de traduction<sup>189</sup> ? Si on revient sur l'expression « *principes fondamentaux* » utilisée un temps par la Commission, celle-ci désigne des valeurs abstraites fondamentales. Toutefois l'expression péchait par son abstraction et n'a pas été jugée opératoire dans la pratique, ce qui explique pourquoi il a été nécessaire de trouver un compromis. Quant à la notion de « *principes directeurs* » élaborée dans le projet de l'association Henri Capitant et SLC, elle n'a pas été retenue car les principes ont été jugés comme trop descriptifs. Un compromis a été trouvé avec l'élaboration des « *principes généraux* » dans la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente<sup>190</sup>. Il convient de procéder à une étude des points positifs (§ I) et négatifs (§ II) des principes généraux proposés et les propositions d'améliorations (§ III).

---

<sup>185</sup> V. en ce sens l'article de L. LEVENEUR, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC* n° 4, du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1441. Notons toutefois qu'il était impossible de bâtir un droit commun européen de la vente composé uniquement de dispositions spéciales car ce premier ne peut exister que s'il s'appuie sur un droit commun incluant l'offre, l'acceptation, les vices du consentement, la nullité etc. de façon à ce que le règlement puisse être autonome des droits nationaux.

<sup>186</sup> Y. LEQUETTE, *loc. cit.* : « *l'eurocratie – comme l'a dénommée Bruno Oppetit – vient de choisir la ruse. Ne vous inquiétez pas : ce que nous vous proposons ici n'est qu'un instrument optionnel limité au droit du contrat de vente transfrontière entre professionnels et consommateurs, voire entre certains professionnels ! Accueillez-le sans crainte dans l'enceinte de votre droit national, qui pourra coexister sans modification avec ces règles nouvelles ! Une fois la vigilance des États membres endormie, une fois ce second corps de règles introduit dans leur législation, pourront sortir de leur cachette les guerriers achéens : ce sont au premier chef les principes généraux, qui sont en réalité l'avant-garde d'un plus vaste droit européen des contrats dont les États membres ne veulent pourtant pas* ».

<sup>187</sup> V. Notamment le considérant 29 de la proposition de règlement « (...) *Les règles énoncées par le droit commun européen de la vente devraient être interprétées en s'appuyant sur ses principes fondamentaux, ses objectifs et l'ensemble de ses dispositions* ». Dans la version anglaise, on utilise les termes de « *on the basis of the underlying principles and objectives and all its provision* » donnant plutôt : une interprétation s'appuyant sur les principes sous-jacents, ses objectifs, et l'ensemble des dispositions.

<sup>188</sup> G. WICKER, J.-B. RACINE, « Projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, introduction », *RDC* 2008/1, p. 109 et s. V. notamment « Proposition de principes directeurs du droit européen du contrat » in *Principes contractuels communs* » AHC et SLC.

<sup>189</sup> V. sur cette question de traduction l'article de M. GRAZIADEL, « Rapports introductif sur la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente », *RDC* n°1 du 01 janvier 2013, p. 311 qui relève que « *le choix a porté, ici, sur l'expression « principes généraux* », en italien « *principi generali* » et en allemand, « *Allgemeine Grundsätze* » du droit de la vente.

<sup>190</sup> S. WHITTAKER, « A framework of principles for European contract law ? », *Law Quarterly Review*, 2009, 125 (Oct), 616-647.

## §I. Les points positifs

**60 – Les intérêts de recourir aux principes généraux** – Les principes généraux issus de la proposition de règlement de droit européen de la vente ont été qualifiés par le Professeur Fabre-Magnan « *d'os à ronger donnés à la doctrine* »<sup>191</sup>. Pourtant l'auteur note trois intérêts majeurs à l'élaboration de principes généraux-directeurs : des rôles symbolique, politique et technique.

**61 – Intérêt symbolique et culturel** – Il existe avant tout un intérêt symbolique et culturel à l'élaboration de principes généraux. Dans le cadre d'un règlement, ils offrent la possibilité de poser un langage commun qui représenterait l'*espéranto* du monde juridique en matière de vente. En effet, lorsqu'on revendique une interprétation autonome du Règlement, il est important de poser les bases d'un langage commun *via* des définitions et des principes généraux, permettant à tous de se comprendre. L'adoption d'une réglementation commune sur la vente au sein du marché intérieur serait le signe d'une identité commune en formation, les principes généraux serviraient alors, lentement, à la genèse d'une langue véhiculaire. Ainsi, comme il a pu être écrit « *un Code européen des contrats ne se fera pas en un jour, et la proclamation de principes directeurs a ainsi une vertu pédagogique : instituer et inculquer les jalons d'une culture juridique européenne commune et d'un droit commun européen* »<sup>192</sup>.

**62 – Intérêt politique** – Il existe ensuite un intérêt politique à voir consacrer des principes généraux de droit des contrats<sup>193</sup>. En effet, l'harmonisation du droit des contrats pose des questions relatives aux valeurs sur lesquelles doit reposer le marché intérieur. L'Union européenne cherche à donner une vision des relations économiques et sociales entre citoyens européens reposant sur une justice sociale. Un tel droit peut se construire en ayant comme pierre angulaire des principes généraux traduisant une éthique politique. Les principes

---

<sup>191</sup> M. FABRE-MAGNAN, intervention orale lors du colloque organisé par le master II droit privé général de L'université Paris II, Panthéon-Assas, le 10 mai 2012, intitulé « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? ».

<sup>192</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC* n°4, du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1430.

<sup>193</sup> V. pour une vision défavorable à l'identité européenne commune, Y. LEQUETTE *in* « Le code européen est de retour », *RDC*, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n°3, p. 1028 « *il s'agit d'œuvrer à l'émergence d'un super-État qui domine les États subordonnés et dont l'intervention dans le domaine du droit civil présente l'intérêt d'entraîner à terme la suppression des codes civils nationaux qui contribuent à la cohésion de sociétés nationales promises à la disparition. Le Code européen est alors perçu comme un levier permettant d'accroître et d'accélérer la fusion des peuples de l'Europe en une seule entité* ».

généraux sont un instrument politique pour parvenir à un plus haut degré de convergence entre les différents droits nationaux.

**63 – Intérêt technique** – Enfin, il existe un intérêt technique au recours des principes généraux dans un règlement de droit européen de la vente. En effet ils auraient pour mission d'aider le juge dans son rôle d'interprétation des règles techniques et de lui permettre de régler un litige lorsque le règlement sera resté muet sur un problème de droit. Dès lors, le juge pourrait utiliser les principes généraux, soit dans un rôle correcteur lorsque l'une des parties a contrevenu à ces principes de façon à rétablir un équilibre, c'est ainsi que la bonne foi-loyauté a permis de forger l'obligation d'information; soit dans un rôle de complément pour interpréter des règles techniques ou pour créer des règles en cas de lacune, la bonne foi étant par exemple un principe fédérateur en raison de son visage polymorphe.

Les principes généraux offrent quelques intérêts mais ceux énoncés dans la proposition de règlement recensent de trop nombreux défauts. Il est alors temps d'apprécier les points négatifs.

## § II. Les points négatifs

**64 – Le principe général de liberté contractuelle** – Le premier principe général présenté à l'article premier de l'annexe 1 est celui de la liberté contractuelle. Le 1<sup>er</sup> paragraphe en donne une vision assez classique: « *1. Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles impératives applicables* ». Il faut noter qu'il manque une dimension à la liberté contractuelle, celle de pouvoir choisir son contractant, ce qui est dommage pour un texte qui se prétend autonome. Le 2<sup>ème</sup> paragraphe est intéressant : « *les parties peuvent exclure l'application de l'une quelconque des dispositions du droit commun européen de la vente ou déroger à leurs effets ou modifier ceux-ci, sauf indication contraire de celles-ci* », ce qui signifie que certaines dispositions du règlement ne seraient que supplétives<sup>194</sup>. Le règlement semble plus clair que notre article 6 du Code civil français qui ne permet pas de connaître explicitement les articles qui sont ou non d'ordre public. Le considérant 30 de la proposition de règlement précise que « *la liberté contractuelle devrait être le principe sur lequel repose le droit commun européen de la vente. L'autonomie des*

---

<sup>194</sup> Le caractère impératif des dispositions d'une section est précisé. V par exemple l'article 22 qui prévoit que « *les parties ne peuvent, au détriment du consommateur, exclure l'application de la présente section, ni déroger à ses effets ou les modifier* ». Est ici visée la section relative aux informations précontractuelles devant être fournies par le professionnel au consommateur.

*parties ne devrait être restreinte que lorsque et dans la mesure où ceci est indispensable, notamment pour protéger les consommateurs* ». Ce considérant, bien que non contraignant, donne une vision extrêmement libérale de la liberté contractuelle et interpelle car le texte se révèle aller contre l'intérêt de la partie faible en quelques occasions. En effet, C. AUBERT DE VINCELLES<sup>195</sup> note que, concernant les obligations du vendeur, on peut particulièrement s'étonner du fait qu'une aussi grande place ait été laissée à la liberté contractuelle, autorisant des dérogations contractuelles même sur l'obligation et la définition de la conformité, non seulement entre professionnels mais également entre professionnels et consommateurs<sup>196</sup>. Autre exemple, dans les rapports de consommation, le texte institue notamment une première liste de onze clauses « toujours abusives »<sup>197</sup> et une seconde liste de vingt-trois clauses « présumées abusives »<sup>198</sup>. Ces listes sont moins protectrices que nos listes nationales.

**65 – Définition du principe général de bonne foi-loyauté** – Le deuxième principe général proposé à l'article 2 de l'annexe 1 est celui de la bonne foi-loyauté. Qu'entendre par « *bonne foi* » ? En droit français, c'est une notion insaisissable qui file dès lors qu'on s'arrête un instant pour tenter de l'appréhender : sa portée variant au gré du vent judiciaire. En réalité la bonne foi prend le sens qu'on veut bien donner au contrat et aux rapports sociaux. Son sens diffère ainsi selon les législations nationales. L'étude du droit comparé<sup>199</sup> montre que la définition donnée et sa mise en œuvre diffèrent selon les États.

Le règlement proposé prévoit en son article 2 une définition (extraite du DCFR) : « *un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question* »<sup>200</sup>. Il convient de noter

---

<sup>195</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *art. préc.*

<sup>196</sup> V. Annexe I, article 99.3 : « *Dans un contrat de vente avec un consommateur, toute convention dérogeant aux exigences des articles 100, 102 et 103 au détriment du consommateur n'est valable que si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait l'état particulier du bien ou du contenu numérique et a accepté le bien ou le contenu numérique comme étant conforme au contrat lors de sa conclusion* ».

<sup>197</sup> V. Annexe I, article 84.

<sup>198</sup> V. Annexe I, article 85.

<sup>199</sup> V. Pour une étude de droit comparé sur la bonne foi, V. notamment : B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001 ; *La bonne foi, journées Louisianaises du 14 au 17 mai 1992* organisées par l'Association Henri Capitant, Paris Litec, DL 1994 ; S. VIGNERON, « Le rejet de la bonne foi en droit anglais », forthcoming, décembre 2008, in *Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire*, S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLES (sous dir), Bruxelles, Bruylant 2008, coll. « Droit de l'Union européenne ».

<sup>200</sup> Cette définition est extraite du DCFR, version 2009. V. art.I.-1:103 du PCCR 2009 qui prévoit que : « *l'expression de bonne foi et de traitement équitable fait référence à une norme de conduite caractérisée par l'honnêteté, l'ouverture et la prise en compte des intérêts de l'autre partie à la transaction ou la relation en question* ». La reprise de cette définition dans un texte qui avait vocation à l'origine, à régir l'ensemble du droit des contrats, est un signe supplémentaire de la volonté de la Commission de donner naissance à une théorie

tout d'abord, que le choix d'intégrer une définition de la bonne foi issue d'un projet (DCFR) qui refuse les principes généraux, peut interpeller. Ensuite, les auteurs s'accordent pour souligner que la définition donnée ne convient pas<sup>201</sup>. En effet, son caractère « vague »<sup>202</sup> lui est reproché et elle est entendue très largement puisqu'elle va jusqu'à la prise en considération des intérêts de son partenaire. Le degré d'intensité de l'exigence de la bonne foi est fort discutable et ne fait pas l'unanimité. Pourquoi associer dans cet article 2 la bonne foi et la loyauté ? L'association bonne foi-loyauté accolée par un tiret n'est pas aisée à comprendre. Elle pourrait peut-être traduire la bonne foi telle qu'analysée en droit allemand. En effet, dans ce pays la bonne foi renvoie à deux figures jouant des rôles très différents<sup>203</sup> : d'une part, la croyance erronée, « *Guter glaube* », qui traduit l'ignorance illégitime de celui qui s'est cru propriétaire ou qui ne paye pas la bonne personne, d'autre part, la loyauté « *Treu und glauben* » qui traduit la norme comportementale attendue dans une relation contractuelle.

La loyauté peut potentiellement traduire la vision subjective de la bonne foi, la sanction d'un comportement de mauvaise foi, mais aussi la vision objective, l'évaluation de la norme comportementale dépassant la simple mauvaise foi. Un auteur<sup>204</sup> a ainsi pu distinguer la « *loyauté du contractant* » de la « *loyauté contractuelle* ». Si les rédacteurs souhaitent que la bonne foi soit incarnée par la loyauté, peut-être serait-il plus simple d'élaborer un principe général de loyauté.

**66 – Domaine d'application du principe général de bonne foi- loyauté** – En lisant le considérant 31 de la proposition de règlement, il est précisé que « (...) *certaines dispositions constituant des expressions spéciales de ce principe général (de bonne foi – loyauté), elles devraient prévaloir sur ce dernier. Le principe général ne saurait donc servir à modifier les droits et obligations spécifiques des parties tels qu'ils sont définis dans les dispositions spéciales* ». Les rédacteurs du projet souhaitent, avec raison, limiter la portée d'un tel principe général. Mais que penser d'une telle limitation lorsqu'elle est intégrée dans un considérant puisqu'il n'a pas *a priori* de portée contraignante ? De plus, peut-on établir un

---

générale du contrat ; volonté masquée ici dans un texte qui prétend régir uniquement le droit de la vente transfrontalière.

<sup>201</sup> G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, p. 560.

<sup>202</sup> *Ibid* : « notons encore la définition particulièrement vague et inutile de la bonne foi et de la loyauté (...). L'exercice a ses limites » point 10.

<sup>203</sup> B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001.

<sup>204</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. COUTURIER, BDP, T. 208, LGDJ, 1989 ; du même auteur, V. « Rapport de synthèse, La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation », *LPA*, 24 novembre 2011, n° 234, p. 43 et s.

parallèle avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui opère une distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance même des droits et obligations légalement convenus<sup>205</sup> ? La Cour de cassation a, en effet, initié cette distinction en décidant que la bonne foi n'autorise pas le juge « à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Ainsi seul l'usage des prérogatives, c'est-à-dire les facultés unilatérales accordées à une partie par le biais d'une clause ayant pour objet soit d'influer sur la formation du contrat (clause de dédit, de repentir) soit d'influer sur le contenu du contrat (clause de fixation du prix, modification du contrat) soit d'influer sur sa cession ou dissolution (clause d'agrément du cessionnaire, clause résolutoire) se verraient contrôlées par le juge et pourraient être sanctionnées si leur usage était réalisé de façon déloyale. Au contraire, pour les « *droits et obligations légalement convenus* », le juge serait contraint de faire exécuter le contrat tel que prévu même si les droits ou obligations ont été invoqués de façon déloyale. Ce rapprochement avec le droit français n'est cependant qu'une simple supposition, le texte mériterait d'être plus clair sur l'application de ce principe de bonne foi-loyauté.

**67 – Sanction du principe général de bonne foi-loyauté** – Enfin concernant la sanction du contractant qui contrevient au principe général de bonne foi, la proposition prévoit que : « *la violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie* ». Ainsi le principe général de bonne foi permettrait soit de neutraliser la force obligatoire du contrat qui permettait à la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense, soit d'invoquer la responsabilité contractuelle lorsqu'un manquement au principe est constaté. Les sanctions sont connues du droit français<sup>206</sup>. Demeure une question : le principe général de bonne foi deviendrait-il une fin de non-recevoir qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir ?

---

<sup>205</sup> Cass. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 168, *D.* 2007, p. 2839 note PH. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD Civ.* 2007, p.773, obs. B. FAGES ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *RTD Com.* 2007, p.786 ; *JCP* 2007. II. 10154, commentaire D. HOUTCIEFF ; *JCP Ent et Aff.* 2007, 2394. commentaire D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD – V. dans le même sens : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 mars 2013, n° pourvoi : 12-14.870.

<sup>206</sup> P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat (Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007) », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 61.

**68 – Le principe général de collaboration** – Le dernier principe consacré par la proposition à l'article 3 est le principe général de collaboration : « *les parties sont tenues de coopérer l'une avec l'autre pour l'exécution de leurs obligations contractuelles dans la mesure qui peut être attendue* ». L'utilité d'un principe s'inscrivant dans le temps semble inutile pour le contrat de vente, archétype du contrat instantané. L'intérêt d'un tel principe ne se perçoit que face au contrat de prestation de service<sup>207</sup> et contrats cadres. En plus de son inutilité, son intérêt ne se fait pas ressentir car si on peut aisément comprendre que dans certains types de contrats, les parties aient intérêt à collaborer, le principe de bonne foi-loyauté est suffisant pour encourager les parties à une coopération. Le principe de collaboration est superfétatoire. La mise en œuvre de ce principe se verra également compliquée par l'obligation faite au juge de recourir à l'article 5 de l'annexe pour « *apprécier si raisonnablement les parties ont collaboré dans la mesure attendue* ». Cette appréciation, en l'absence d'intervention de la CJUE risque de conduire à une casuistique importante et différenciée suivant les cultures juridiques particulières à chaque État membre.

**69 – Conclusion sur les points négatifs des principes généraux proposés** – Trois principes directeurs sont proposés :

- « Libre de contracter, tu seras »,
- « De bonne foi et de façon loyale, tu te comporteras »,
- « Coopérant dans la mesure du possible, tu seras ».

Ainsi énoncés, les oublis de certains principes sont soulignés, *quid* de la force obligatoire du contrat de vente ? Pourquoi ne constitue-t-il pas un principe général ? Est-il simplement considéré comme un effet du contrat de vente ? La difficulté d'application de ces principes est également à relever puisqu'il n'est pas fait état des limites qui devraient être apportées à la liberté contractuelle et à la bonne foi-loyauté. Quant au principe de collaboration, cette règle n'aura vocation à jouer que de façon exceptionnelle et se révèle inutile, d'autant plus qu'une référence à la collaboration pourrait être faite à l'intérieur de la bonne foi.

En plus de ces défauts portant sur le fond des principes directeurs, il faut rappeler qu'il serait peut-être opportun de définir ce que les rédacteurs entendent par la notion de « principes généraux » et à quoi ils la destinent ... Ces quelques remarques soulignent les aspects négatifs

---

<sup>207</sup> L. LEVENEUR, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC* 2012/4, p. 1441.

incontestables des principes généraux évoqués. Si la proposition devait être entérinée en l'état, le citoyen européen qui souhaiterait entrer dans ce commerce transfrontalier risquerait de voyager au bout de la nuit.

**70 – Conclusion** – Un auteur<sup>208</sup> relève que ces brèves explications déclenchent les critiques contre les principes directeurs qui « *seraient source d'insécurité juridique puisque toute intervention du juge dans le contrat serait irrémédiablement condamnable comme portant atteinte aux prévisions des parties* »<sup>209</sup>. L'objectif d'amélioration du commerce transfrontalier ne doit pourtant pas faire oublier qu'il existe des valeurs à respecter et que la fin ne justifie pas les moyens : « *la loyauté, la justice commutative et distributive, la confiance, ou encore le respect de la parole donnée* »<sup>210</sup> doivent être recherchées. Ainsi se révèle l'importance de ces principes généraux qui véhiculent des valeurs et des objectifs à poursuivre, guidant les parties dans les conduites individuelles et guidant le juge dans sa mission de juger. Les principes généraux auraient, certes, quelques intérêts mais ceux proposés pèchent par leur inappropriation. Il est nécessaire que les instances européennes poursuivent la réflexion sur des principes opératoires pour le juge. Quelques propositions ont été faites.

### § III. Les propositions d'amélioration

**71 – Des principes généraux spécifiques à la vente** – Avant tout, il serait logique de réfléchir à des principes généraux spécifiques aux droits de la vente. Un auteur<sup>211</sup> proposait notamment des principes relatifs aux produits achetés : droit à un produit de qualité, droit à un produit durable et conformité aux droits fondamentaux. Par exemple en matière de vente, ce serait imposer aux fabricants la conception de produits selon des conditions sociales satisfaisantes respectant les droits fondamentaux. Mais si cette suggestion a le mérite d'édicter des normes sociales du droit de la consommation qui concernent le produit, est-il de la mission du droit et des principes généraux d'imposer des normes éthiques ? Plus strictement entendus, des principes relatifs aux droits d'actions en matière de vente pourraient être édictés : droit à des actions individuelles et à des actions de groupe.

---

<sup>208</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *art. précité*.

<sup>209</sup> M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> *Ibid.*

**72 – Des principes généraux axés sur l'exécution du contrat** – Dans la proposition de règlement, l'accent a été mis sur la formation du contrat, or, en matière de vente, ce qui importe à l'acquéreur, ce n'est pas tant de pouvoir sortir du contrat que d'obtenir un produit de qualité. Les principes directeurs devraient dès lors s'orienter aussi vers l'exécution du contrat et favoriser par exemple le principe de force obligatoire et les atténuations-exceptions qu'il connaît nécessairement.

**73 – Confirmation d'un principe général de bonne foi** – Il semble opportun de retenir le principe général de bonne foi qui vaut tant lors de la formation que de l'exécution du contrat. La proposition sur ce choix est pertinente car c'est un principe essentiel en matière de vente et de commerce international en raison de ses enjeux et de l'éloignement des parties. La bonne foi est d'ailleurs considérée comme une exigence fondamentale dans les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international<sup>212</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a également classé « *la loyauté des transactions commerciales* » comme une « *exigence impérative* » faisant obstacle au principe de libre circulation des marchandises<sup>213</sup>. Par ailleurs, l'analyse économique du droit<sup>214</sup> montre que la loyauté permet de réduire les coûts d'autoprotection des agents et que « *dans les sociétés à haut niveau de confiance, les individus sont incités à moins dépenser pour leur protection contre d'éventuels comportements opportunistes de la part de leurs contractants* »<sup>215</sup>. La consécration de ce principe est opportune pour l'amélioration des échanges transfrontaliers.

**74 – Définition de la bonne foi à trouver** – Il est cependant nécessaire de revoir la définition donnée par les rédacteurs de la proposition qui n'est pas satisfaisante en matière de

---

<sup>212</sup> Art. 1-7, 1. Des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

<sup>213</sup> V. par exemple CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*. L'affaire prend son origine avec l'interdiction de l'importation d'une liqueur au cassis d'origine française par l'administration fédérale allemande du monopole des alcools au motif que la teneur en alcool de la liqueur n'était pas conforme aux prescriptions en vigueur en Allemagne. La cour estima que les restrictions à la libre circulation des marchandises ne pouvaient être autorisées que de manière exceptionnelle lorsqu'elles sont nécessaires pour satisfaire des exigences impératives. En l'espèce, il a été estimé que la teneur en alcool de la liqueur ne pouvait nuire à l'intérêt général, le produit pouvait donc être autorisé en Allemagne. V. ainsi la motivation liée aux exigences impératives : « *qu'en l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* ».

<sup>214</sup> V. Notamment E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.

<sup>215</sup> M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », Actes du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce consacrés à l'impartialité et la loyauté, reproduction dans la *Gazette du palais* du 23 et 24 mai 2012, p. 34 et s.

vente. Pourquoi ne pas faire référence comme c'est le cas dans les principes Unidroit à la « *bonne foi dans la vente transfrontalière* » ? Il ne faudrait pas appliquer le concept selon les critères habituellement adoptés dans les différents systèmes juridiques, à moins qu'ils ne soient révélés acceptés parmi eux. Cette bonne foi, spécifique, implique un examen d'après les conditions spéciales de la vente internationale, cela afin de promouvoir l'uniformité d'une notion de *bonne foi ad hoc*. Cette application de la bonne foi peut s'illustrer dans l'exemple suivant : « *en vertu d'un contrat de vente de matériel de haute technologie, l'acquéreur perd le droit de se prévaloir d'un défaut des marchandises s'il ne communique pas au vendeur la nature exacte du défaut sans retard après qu'il ait découvert ou aurait dû découvrir le défaut. A, acquéreur opérant dans un pays où ce type de matériel est utilisé de façon habituelle, découvre un défaut dans le matériel après l'avoir fait fonctionner mais, dans la notification qu'il envoie à B, le vendeur du matériel, il donne des indications erronées quant à la nature du défaut. A perd son droit de se prévaloir du défaut puisque'un examen plus attentif du défaut lui aurait permis de donner à B les précisions nécessaires* »<sup>216</sup>. En revanche, si A opère dans un pays dans lequel ce type de matériel est inconnu ou peu connu, A ne perdra pas son droit de se prévaloir du défaut car B, s'il est de bonne foi, ne pouvait pas attendre de A, qui n'a pas les connaissances techniques suffisantes, qu'il détermine correctement la nature du défaut.

**75 – Un principe général du raisonnable ?** – Un autre principe général envisageable est celui du raisonnable<sup>217</sup>. Ce principe trouve de nombreuses applications durant toute l'existence du contrat de vente. Quantitativement, on recense quatre-vingts utilisations pour un texte de cent quatre-vingt-neuf articles, la proposition en faisant une intense application : raisonnable dans les effets de l'annulation, dans la détermination du prix, dans le partage des responsabilités lorsque le débiteur n'est pas responsable du préjudice subi par le créancier alors que ce dernier aurait pu réduire son dommage en prenant des mesures raisonnables, dans les contrats conclus à durée indéterminée avec un préavis raisonnable, dans certaines clauses contractuelles présumées abusives, dans le délai raisonnable relatif au changement de circonstances, dans le choix du consommateur entre la réparation et le remplacement, dans le droit de suspension d'exécution de l'acheteur ou du vendeur, dans les obligations de moyens, dans la prévention de la survenance du dommage, dans l'indemnisation raisonnable des frais

---

<sup>216</sup> <http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-dunidroit-2010-fr/421-chapitre-1-dispositions-generales/1306-article-1-7-bonne-foi>.

<sup>217</sup> V. CH. BORTOLUZZI, *La persistante autorité des Principes du Droit Européen des Contrats, de l'importance des principes généraux du chapitre 1 des PDEC*, éd. Universitaires européennes, 2012, pp.44-50 sur le caractère du raisonnable.

de recouvrement, etc<sup>218</sup>. Ce principe aurait vocation à régir l'ensemble du droit de la vente, et il semble utile pour l'uniformité des décisions que le législateur européen fixe les attentes sociales d'un acquéreur et vendeur européens raisonnables. Par ailleurs, le concept de raisonnable est fréquemment utilisé dans le commerce international<sup>219</sup> et joue de jour en jour un rôle considérable même s'il est difficile à discerner. Plus les contrats-types se concluront, plus les conventions internationales et sources formelles se développeront, plus il y a aura de chance de voir appliquer le raisonnable. C'est aussi le cas pour les sources informelles du droit international privé (principes généraux, arbitrages), par exemple « *une grande partie des arbitres cherchent à justifier leur sentence en droit ou en équité, et en appellent au « raisonnable » pour rendre plus acceptable leur décision* »<sup>220</sup>. Le principe du raisonnable semble avoir toute sa place en tant que principe général du contrat de vente. Il aurait vocation à s'appliquer dans des hypothèses autres que celles applicables pour le principe de bonne foi et participerait à un mouvement d'uniformisation des comportements dans la vente internationale en fixant des attentes légitimes et raisonnables.

**76 – Conclusion sur les principes généraux dans la proposition** – Pour justifier la fonction unificatrice des principes généraux ou directeurs, des principes transversaux semblent pertinents pour régir l'ensemble des règles s'appliquant au contrat de vente, depuis les négociations jusqu'au règlement de sa rupture. Mais à côté de ce volet transversal, un autre élément importe, celui de son adéquation avec la vente. En effet, ce qui importe au consommateur c'est d'une part de s'engager en connaissance de cause avec des informations exactes, adéquates et loyales et d'autre part d'obtenir satisfaction avec un produit qui répond à ses attentes. En conséquence, il lui importe souvent moins de sortir du contrat que d'obtenir un produit conforme à ce qui était prévu au contrat. Pour toutes ces raisons, il semblerait bénéfique de développer les principes généraux suivants dans la proposition de règlement:

- La liberté contractuelle: ce principe revêt une importance fondamentale dans un contexte de commerce international. Celui-ci faisant l'unanimité, ses différentes manifestations devraient être proclamées et ses limites développées, à savoir les règles impératives et la loi comprenant l'ordre public et les droits fondamentaux.

---

<sup>218</sup> V. Respectivement les articles 54, 73 et 74, 163, 77, 85, 89, 111, 113, 137, 148, 149, 169 de l'annexe 1 de la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente.

<sup>219</sup> G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, Thèse, Paris II, 2003.

<sup>220</sup> *Op. cit.*, n° 28.

- La force obligatoire du contrat : ce principe semble également fondamental en matière de vente. Il apparaît judicieux de l'instaurer comme un principe directeur-général. Il faudrait aussi prévoir des dispositions spécifiques pour privilégier, dans la mesure du possible, la satisfaction en nature plutôt que celle par équivalent ou par une sortie du contrat.
- La bonne foi dans la vente transfrontalière : ce principe pourrait reprendre dans sa définition ses deux visages, à savoir la loyauté et la collaboration. À cela devrait s'ajouter une grille de critères permettant de créer une notion *ad hoc* de la bonne foi dans la vente transfrontalière prenant en compte la nature et l'objet du contrat, la situation des parties, les usages et pratiques commerciales etc.
- Le raisonnable dans la vente transfrontalière: là encore une définition devrait être trouvée ainsi qu'une grille de lecture : par exemple, ce principe devrait être jugé en fonction de parties de bonne foi placées dans la même situation et tous les facteurs devraient être pris en considération : usages et pratiques commerciales, nature et objet du contrat etc.

**77– Une proposition finalement abandonnée** – En l'état, cette proposition a fait l'objet de nombreuses critiques énumérées dans la lettre du 28 novembre 2014<sup>221</sup> adressée à la Commissaire européenne chargée de la justice suite à l'initiative commune des ministres de la justice de la France, de l'Allemagne, du Royaume-Uni, de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Finlande. La première critique concerne la compétence de l'Union européenne pour adopter un tel texte<sup>222</sup>, la deuxième relève de la technique du droit international privé, la proposition permettant d'échapper à l'application de l'article 6 du règlement du 17 juin 2008 dit « Rome I », la troisième concerne l'absence d'études sérieuses sur les conséquences concrètes de la proposition pour les consommateurs et petites et moyennes entreprises, la quatrième est relative aux problèmes d'articulation entre la proposition en tant qu'instrument optionnel et les droits nationaux, la dernière critique porte enfin sur la baisse du niveau de protection du consommateur. Au vu des nombreuses critiques et du peu d'enthousiasme que la proposition a suscités, le programme de travail de la Commission européenne pour l'année 2015<sup>223</sup> a prévu le retrait de la proposition de règlement et a annoncé « *une proposition modifiée afin*

<sup>221</sup> Le texte de la lettre en allemand est reproduit à la ZeuP 2015. 433, in J-S. BORGHETTI, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.* 2015, p. 1376.

<sup>222</sup> L'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne suffit pas.

<sup>223</sup> Rendu public en décembre 2014 : Com (2014) 910 final, 16 décembre 2014, annexe 2, pt 60.

*d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique* ». Officiellement, il ne s'agit pas d'un véritable abandon mais le droit des contrats européens harmonisé et d'application large n'est plus à l'ordre du jour.



**78 – Historique des principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international** – L’institut international pour l’unification du droit privé fut créé en 1926 comme un organe auxiliaire à la Société des Nations (SDN), basé à Rome. Il fut rétabli en 1940 après la disparition de la SDN sur la base d’un accord multilatéral<sup>225</sup> et devint une organisation intergouvernementale indépendante. Son objet est d’étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé et, en particulier, le droit commercial entre les États en élaborant des instruments de droit uniforme, des principes et des règles. Il est géré par un Secrétariat, organe exécutif d’Unidroit chargé de la mise en œuvre quotidienne de son programme de travail, un Conseil de direction qui détermine les moyens d’atteindre les objectifs statutaires de l’Institut et l’Assemblée générale, organe de décision qui vote le budget annuel, approuve le programme de travail et nomme les membres du Conseil. En 1994, sont publiés les « Principes relatifs aux contrats du commerce international »<sup>226</sup>. Formellement, il s’agit d’une compilation privée à vocation internationale qui ne constitue une source du droit que dans la mesure où les parties à un contrat s’y seraient référées. Ils n’ont pas la valeur obligatoire d’une loi ou convention internationale même s’il est vrai que les arbitres et les juges nationaux peuvent s’en inspirer pour résoudre les litiges qui leur sont soumis<sup>227</sup>. Les principes Unidroit sont dépendants de la volonté des parties et de la loi du contrat.

**79 – Les principes au sein d’Unidroit** – Très classiquement, dans les Principes Unidroit, on retrouve la liberté contractuelle aux articles 1.1<sup>228</sup> ; 1.2<sup>229</sup> ; la force obligatoire à

---

<sup>224</sup> Pour une comparaison des deux textes, voir l’article « La modélisation au service de la fonction normative de la C.N.U.D.C.I. : La modélisation comme instrument » de PH. KHAN, *LPA*, 18 décembre 2003 n° 252, p. 59.

<sup>225</sup> V. le statut organique d’Unidroit : <http://www.unidroit.org/french/presentation/statute-main.htm>. Pour les Etats-membres, v. : <http://www.unidroit.org/french/members/main.htm>.

<sup>226</sup> V. notamment les articles suivants : V. J.-P. BERAUDO, « Les principes d’Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995, I. 3842 ; J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d’Unidroit, une nouvelle lex mercatoria », *LPA*, 10 novembre 1995, p. 8 ; CH. LARROUMET, « La valeur des Principes d’Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I., 4011.

<sup>227</sup> CH. LARROUMET, « La valeur des Principes d’Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I., 4011, n° 3.

<sup>228</sup> Unidroit, Art. 1.1 : « *Les parties sont libres de conclure un contrat et d’en fixer le contenu* ».

<sup>229</sup> Unidroit, Art. 1.2 : « *ces Principes n’imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins* ».

l'article 1.3<sup>230</sup>, la bonne foi à l'article 1.7<sup>231</sup>, et l'interdiction de se contredire à l'article 1.8<sup>232</sup>. S'agissant de la bonne foi, elle est spécifique au commerce international comme le précise le commentaire qui suit l'article : « *la formule utilisée implique qu'il faut analyser la bonne foi à la lumière des conditions spéciales du commerce international. Les critères de pratique des affaires peuvent, en effet, différer beaucoup d'une branche à une autre et, même dans une seule branche, ils peuvent être plus ou moins stricts selon l'environnement socio-économique dans lequel les entreprises opèrent, leur taille, compétence technique, etc.* »<sup>233</sup>. Quant à l'interdiction de se contredire, elle constitue, d'après les commentaires, une application générale du devoir de bonne foi et oblige une partie à ne pas désavantager son cocontractant en agissant en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée et sur la base de laquelle il s'est fondé pour agir. Cet empêchement peut créer des droits pour le cocontractant désavantagé ou faire perdre ou suspendre des droits à la partie qui a agi en contradiction. Il existe par ailleurs plusieurs moyens de créer une attente à laquelle une personne a raisonnablement cru, par une démarche active (fait positif), ou bien par un silence ou mensonge lorsqu'une partie s'attendait à ce que le cocontractant rectifie une erreur ou un malentendu sur lequel la victime de la contradiction s'est fondée pour agir. Ces dernières remarques font écho aux différents vices du consentement développés aux articles 3.2.1 et suivants.

Ces différents principes sont regroupés sous le chapitre intitulé « Dispositions générales ». A leur lecture, il apparaît que les principes Unidroit ont été conçus pour énoncer des principes généraux propres à régir les contrats du commerce international. L'objectif n'était pas forcément la concrétisation de règles techniques propres à gouverner le commerce international mais de donner une grille de lecture aux parties, aux arbitres et aux juges étatiques, soit aux personnes susceptibles d'être confrontées à ces stipulations.

---

<sup>230</sup> Unidroit, Art. 1.3 : « *le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes* ».

<sup>231</sup> Unidroit, Art. 1.7 : « *1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

<sup>232</sup> Unidroit, Art. 1.8 : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ».

<sup>233</sup> V. le commentaire sous l'article 1.7, spéc. p. 21 :

<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>.

**80 – Historique de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises** – Elle est le résultat d'un long processus d'uniformisation<sup>234</sup> entamé dès avril 1930 par l'Institut International pour l'Unification du Droit privé. Un comité d'experts se voit confier alors la tâche de préparer un avant-projet de loi uniforme qui fut terminé en 1934 et soumis à l'examen de la Société des Nations. Une version révisée fut adoptée en 1939. Mais, interrompu par la guerre, il fallut attendre l'adoption de deux conventions à la Haye du 1<sup>er</sup> au 15 avril 1964 pour que le processus se concrétise. Malheureusement, ces deux conventions (Loi uniforme sur la formation du contrat de vente internationale des objets mobiliers corporels et la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels) n'ont pas connu un grand succès ; les USA et l'URSS les ont par exemple rejetées. Il leur a été reproché un « *excès de dogmatisme et de complexité* »<sup>235</sup>. Face à cet échec, la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) a constitué un nouveau groupe de travail. En 1975, un avant-projet fut présenté et approuvé ; ainsi une conférence internationale a pu être organisée à Vienne du 10 mars au 11 avril 1980 ce qui a donné naissance à la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980<sup>236</sup>. Elle réunissait les représentants de soixante-deux Etats et huit organisations internationales. La Convention s'ouvre sur un préambule de trois paragraphes instaurant les principes et objectifs poursuivis : l'instauration d'un nouvel ordre économique international, l'égalité et la réciprocité des avantages, ainsi que l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux, ce qui n'est pas sans rappeler la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente<sup>237</sup>.

**81 – Réception de la CVIM** – Elle a été ratifiée par un grand nombre d'Etats et connaît un franc succès auprès des arbitres internationaux<sup>238</sup>. Elle a également servi de modèle aux principes Unidroit et aux PDEC dirigé par le Professeur O. LANDO. Plusieurs

---

<sup>234</sup> V. sur cette question, B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 2000 ; P. SCHECHTIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

<sup>235</sup> B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1990, spéc. p. 7, n° 5.

<sup>236</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>

<sup>237</sup> V. en ce sens l'exposé des motifs, I. contexte de la proposition, p. 2 : « *Les différences entre les droits des contrats des États membres freinent les professionnels et les consommateurs qui souhaitent prendre part aux échanges commerciaux transfrontières au sein du marché intérieur. Les obstacles créés par ces divergences dissuadent les professionnels, notamment les petites et moyennes entreprises (PME), d'exercer des activités commerciales transfrontières ou de conquérir les marchés de nouveaux États membres. Ils empêchent en outre les consommateurs de profiter des produits qu'offrent des professionnels établis dans d'autres États membres* ».

<sup>238</sup> V. J.-P. BERAUDO, « La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et de l'arbitrage », *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Mai 1994, p. 61.

droits nationaux s'en sont inspirés, notamment l'Allemagne et les Pays-Bas pour réformer leur droit des contrats et leur droit de la vente. La directive communautaire du 25 mai 1999 transposée en France le 17 février 2005 relative à la garantie de conformité due par le vendeur au consommateur reprend les dispositions de la convention sur les obligations du vendeur. Certains auteurs<sup>239</sup> soulignent toutefois les lacunes du texte, notamment l'article 4 alinéa 2 qui invite à se référer aux principes généraux dont elle s'inspire et à défaut, seulement, aux règles de droit international privé.

**82 – Les principes au sein de la convention** – Schématiquement, on relève des dispositions relatives à la primauté de la volonté des parties, à son interprétation et aux lacunes du texte. Ainsi, quant à la primauté de la volonté, l'article 6<sup>240</sup> dispose que les parties peuvent exclure l'application de la convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier le texte. Il ressort que la liberté contractuelle n'est pas consacrée expressément mais de façon implicite. Les parties sont libres d'appliquer la convention mais aussi de prévoir des stipulations qui s'écartent de cet instrument. C'est ce que l'on retrouve dans la note explicative du secrétaire de la CNUDCI au point 12 lorsqu'il est décrit que « *le principe fondamental de la liberté contractuelle dans la vente internationale de marchandises est reconnu par la disposition qui autorise les parties à exclure l'application de la présente Convention ou à déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou à en modifier les effets. Cette exclusion se produit par exemple si les parties choisissent la loi d'un État non contractant ou la loi nationale matérielle d'un État contractant comme loi applicable au contrat. Il y a dérogation à la Convention à chaque fois qu'une disposition du contrat énonce une règle différente de celle qui figure dans la Convention* ».

S'agissant de l'interprétation de la volonté des parties, a été consacrée la bonne foi à l'article 7<sup>241</sup> et le caractère raisonnable à l'article 8<sup>242</sup>. Au demeurant, la formulation de

---

<sup>239</sup> V. E. LAMAZEROLLES, « Convention de Vienne du 11 avril 1980 – Vente internationale de marchandises », Fasc. 405, *J.-Cl. Int.*, n° 3.

<sup>240</sup> Convention de Vienne, art 6 : « *Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets* ».

<sup>241</sup> Convention de Vienne, art. 7 : « *1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. 2) Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ».

<sup>242</sup> Convention de Vienne, Art. 8 : « *1) Aux fins de la présente Convention, les indications et les autres*

l'article 7 est assez « *insolite* »<sup>243</sup> car la bonne foi ne vise pas ici le comportement des parties mais l'interprétation qu'il faut donner à la convention. Il est certain que la bonne foi irrigue l'ensemble de la convention<sup>244</sup>, cette formulation semble n'être que « *la conséquence de vicissitudes dans les travaux préparatoires* »<sup>245</sup>. L'interprète est invité à s'abstenir de rechercher la signification des dispositions de la convention dans les solutions de son droit national et comme pour les principes Unidroit, un concept *ad hoc* de la bonne foi est recherché. On encourage les juges et les arbitres appliquant la convention à une étude interprétative de la convention, chacune des dispositions s'appréciant à la lumière des autres et si cela ne suffit pas, il faudra procéder à une étude de droit comparé pour dégager la solution la plus répandue<sup>246</sup>. Le concept de « *bonne foi dans le commerce international* » reste très intéressant en tant « *qu'invitation à introduire une certaine souplesse dans l'application des règles conventionnelles* »<sup>247</sup> et apparaît être le fruit d'un compromis entre les représentants du système romano-germanique, plutôt favorable à la reconnaissance d'un principe général de bonne foi, et ceux du système de la *Common law*, opposés à cette reconnaissance. L'article 8 mêle, quant à lui, des critères subjectifs : relations suffisantes pour que l'intention de l'une des parties puisse être connue de l'autre, et des critères objectifs : caractère abstrait de l'homme raisonnable tempéré par la prise en considération de sa qualité et des circonstances pertinentes (négociation, habitudes, usages, comportement ultérieur). C'est ainsi qu' « *un vendeur européen proposant un prix en dollars à une personne établie en dehors des Etats-Unis doit préciser qu'il s'agit de dollars américains ; et si la monnaie du pays du destinataire est également le dollar (Canada, Hong-Kong), le destinataire est fondé à considérer qu'il s'agit de sa monnaie* »<sup>248</sup>. S'agissant des lacunes de la convention, elles devront être résolues au regard des principes généraux dont s'inspire la convention ou à

---

*comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. 2) Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné. 3) Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ».*

<sup>243</sup> V. sur ce point, B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, *op. cit.*, spéc. p. 49, n° 53

<sup>244</sup> V. notamment les articles suivants : 29, 35.3, 38, 40, 44, 46, etc.

<sup>245</sup> V. sur ce point, B. AUDIT, *op.cit.* spéc. p. 49, n° 53.

<sup>246</sup> V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, GLN Joly éditions, 1992, spéc. p. 79, n° 95

<sup>247</sup> V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 79, n° 95.

<sup>248</sup> J.-P. BERAUDO et PH. KHAN, « Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises, Marchés internationaux », *CCIP*, août-septembre 1989, p. 54.

défaut, des règles du droit international privé. Parmi les principes généraux, un auteur<sup>249</sup> relève le principe de bonne foi, le principe suivant lequel les parties doivent adopter une attitude raisonnable, le principe suivant lequel le maintien du contrat doit toujours être préféré à sa résolution en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations. On remarquera toutefois que ni la force obligatoire ni la sécurité juridique ne sont citées dans le texte de la convention.

**83 – Conclusion** – Dans les principes Unidroit, on retrouve la liberté contractuelle, la force obligatoire, la bonne foi dans le commerce international, et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui dans la catégorie large de « *dispositions générales* ». Dans la convention de vente internationale de marchandises, figure également la catégorie des « *dispositions générales* » qui soulignent implicitement la liberté contractuelle, et de façon plus explicite la bonne foi dans le commerce international, et le caractère raisonnable. Une comparaison de ces deux textes amène à penser que l'objectif n'était pas tant de promouvoir des principes généraux ou directeurs que de donner une grille de lecture à l'interprète pour résoudre les litiges.

---

<sup>249</sup> V. HEUZE, *op.cit.* p. 80, n° 95.

---

## CONCLUSION DE CHAPITRE

---

**84 – Conclusion de chapitre** – Ce retour sur les différents projets et textes internationaux et européens permet de tirer plusieurs conclusions.

Premièrement, la catégorie juridique de principes directeurs n'existe pas. Les codifications les plus anciennes retiennent les dénominations suivantes : « dispositions générales », « dispositions préliminaires », « devoirs généraux ». Seuls les projets les plus récents exposent des principes généraux (dans la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente), et des principes directeurs (dans les principes contractuels communs produits par le groupe de l'association Henri Capitant et SLC au sein du projet de cadre commun de référence). En conséquence, il semblerait que la volonté d'instauration d'un étendard politique, symbolique et technique des principes généraux soit récente. Ce changement pourrait trouver une explication dans la politique d'uniformisation des droits nationaux menée par les instances européennes. Toutefois, si ces dernières ont marqué un intérêt poussé pour le développement d'un droit européen uniforme en matière contractuelle, tout reste, à ce jour, à l'état de projet. De même, les projets favorisent le droit très spécial au détriment du général, ce qui peut apparaître comme paradoxal car dans le très spécial, se développe du général *via* les principes généraux. Cette catégorie juridique reste embryonnaire même si elle a certainement vocation à s'amplifier dans le futur. Il semblerait que ce soit le groupe constitué de membres majoritairement français qui souhaite l'élaboration d'une catégorie juridique des principes directeurs au niveau européen, probablement par mimétisme avec le droit interne procédural.

Deuxièmement, après examen des différents principes retenus<sup>250</sup>, des principes incontestables apparaissent : la liberté contractuelle et la bonne foi figurent dans l'intégralité des projets. D'autres principes reviennent fréquemment : la force obligatoire, le raisonnable, la cohérence *via* l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, la collaboration. Les définitions ne sont, en revanche, pas identiques. Ainsi, bien que les différents textes et projets mettent en avant des principes récurrents, leurs applications et leurs effets ne donnent pas

---

<sup>250</sup> Pour un exposé des principes issus des projets internationaux, européens et interne, V. les annexes.

forcément lieu aux mêmes résultats et la catégorie juridique n'existe pas encore bien qu'elle soit émergente.

Une étude de l'introduction des principes directeurs dans les différents projets français du point de vue historique doit être effectuée.

---

## CHAPITRE II : ÉTUDE CRITIQUE DES PROJETS FRANÇAIS CONCERNANT L'INTRODUCTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

**85 – Division** – Si le XIX<sup>ème</sup> siècle a été « *le temps du volontarisme* »<sup>251</sup>, le XX<sup>ème</sup>, « *le temps de la réglementation* »<sup>252</sup>, le XXI<sup>ème</sup> siècle pourrait être le « *temps du renouvellement pour un monde contractuel plus équilibré* ». En effet, le contrat est en crise<sup>253</sup>. Mais de quelle crise s'agit-il vraiment ? « *d'une crise de vieillesse, prélude à la mort, ou d'une crise de croissance qui obligerait la théorie générale à mourir à elle-même pour renaître à une vie élargie ?* »<sup>254</sup>. Le doyen CORNU qualifiait « *d'espérance doctrinale* »<sup>255</sup> l'ambition de dégager une évolution générale en matière contractuelle. Pour autant, l'apparition de principes directeurs pourrait permettre un renouvellement du contrat. Ce renouvellement s'opérerait par la formulation de principes latents dans le droit positif. Dans un tel contexte de réforme du droit des contrats, plusieurs projets<sup>256</sup> ont été élaborés ces dernières années. On trouve ainsi chronologiquement le projet de la Chancellerie (*Section I*) de juillet 2008<sup>257</sup> introduisant trois principes directeurs : la liberté contractuelle, la sécurité juridique et la bonne foi. Ce projet, très largement inspiré de l'avant-projet Catala<sup>258</sup>, fut toutefois modifié en mai 2009 par un nouveau projet au sein duquel les principes disparurent. Le chef du bureau du droit des

---

<sup>251</sup> M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Cours, LMD, 2012, p. 83.

<sup>252</sup> M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 86.

<sup>253</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, édition 2007, n° 44, p. 48 et H. BATIFFOL, *La crise du contrat*, archives philosophiques du droit, T. XIII, 1968, p. 13.

<sup>254</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ* 1997, p. 357.

<sup>255</sup> G. CORNU, *L'évolution du droit des contrats en France*, Journée de la société des législations comparées, 1979, p. 448 cité par J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées SAVATIER, 1985, p. 41.

<sup>256</sup> Pour une comparaison des différents projets (Catala, Chancellerie, Terré), V. D. MAZEAUD « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber Amicorum CH. Larroumet*, textes réunis par S. BROS et B. MALLET-BRICOUT, Economica, 2010, p. 329.

<sup>257</sup> Le projet de la Chancellerie est disponible notamment à l'adresse suivante : [http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme\\_all.pdf](http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf).

<sup>258</sup> P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, la documentation française*, 2006. V. notamment les actes du colloque du 25 octobre 2005, « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », *RDC*. 2006, p.3 ; P. CATALA, « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D*. 2006, p. 535 ; B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDU*. 2006. n° 1, p. 103, A. LEVASSEUR, « Les maux des mots en droit comparé. L'avant-projet de réforme du droit des obligations en anglais », *RID Comp*. 2008, n° 4, p. 819 ; G. ROUHETTE, « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*. 2007, n° 4, p. 1371.

obligations à la direction des affaires civiles et du sceau affirma cependant publiquement que seule la première version engageait le ministère. Le deuxième projet est constitué des réflexions et propositions du groupe de travail dirigé par M. le Professeur TERRE, sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques (*Section II*). Ces travaux<sup>259</sup> remis à la fin de l'année 2008 comprennent quatre articles sur les principes directeurs<sup>260</sup> suivants : liberté contractuelle, ordre public et droits fondamentaux, bonne foi et cohérence. Enfin un troisième projet a été initié suite à la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Selon l'article 8 de la loi précitée, des principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle sont affirmés (*Section III*).

---

<sup>259</sup> F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

<sup>260</sup> V. les articles 3 à 6 du projet.

## SECTION I. LE PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS PRESENTE PAR LA CHANCELLERIE EN 2008.

---

**86 – Origine** – Le projet rendu par la Chancellerie en juillet 2008 fait suite à l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription conçu sous le parrainage de l'Association Henri Capitant et des amis de la culture juridique française. L'avant-projet était alors dirigé par M. le Professeur P. CATALA, qui l'a remis le 22 septembre 2005 au Garde des Sceaux. Cela donna lieu à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Dans la continuation de ce mouvement de réforme, la Chancellerie a rendu public son projet de réforme<sup>261</sup> en juillet 2008, « *en catimini, dans la douce torpeur de l'été* »<sup>262</sup> dans lequel elle introduit pour la première fois des principes directeurs. Quatre articles ont été pensés :

- Article 15 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ».
- Article 16 : « *La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat* ».
- Article 17 : « *Le contrat légalement formé s'impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement. Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ».
- Article 18 : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi. Toutefois il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.* »

Une étude critique des principes de la liberté contractuelle (*Section I*), de la sécurité juridique (*Section II*) et de la bonne foi (*Section III*) sera menée.

---

<sup>261</sup> V. les articles suivants : P. ANCEL, PH. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE et S. PIMONT, « points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, I. 213 ; R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* 2008, I. 190 ; PH. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2008, I. 204 ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP G* 2008, I. 199 ; D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! » *D.* 2008, chron. 2675 ; C. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441. ; A. GOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, chron. 2609 ; PH. MALINVAUD, « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008. 2551 ; L. LEVENEUR, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *CCC*, 2008, n°11, p. 1 ; J. GHESTIN (dir), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 12 février 2009 ; D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 308 ; C. PERES, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie », *D.* 2009, chron., p. 381.

<sup>262</sup> R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* 2008, I. 190.

## § I. Étude critique du principe directeur de la liberté contractuelle

**87 – Examen critique** – La liberté contractuelle repose sur l'accord de volontés des parties, « moteur du contrat ». Il faut que deux volontés se rejoignent librement pour former un contrat. Plusieurs conséquences en découlent alors : les parties sont libres de nouer et dénouer le lien contractuel (article 15), elles sont libres de choisir leur cocontractant et sont libres de déterminer le contenu du contrat (article 16). Une particularité est à noter, en tant que principe, tous les effets juridiques qui sont attachés à la liberté contractuelle sont susceptibles d'exception. Le principe n'est la règle qu'en l'absence de règles dérogatoires.

Article 15 : « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ». – L'article 15 reprend la première conséquence tirée de la liberté contractuelle : la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Par principe, personne ne peut être obligé de conclure un contrat, de poser une offre ou de l'accepter. De plus, les parties sont libres de révoquer le contrat par consentement mutuel. L'article ne fait qu'énoncer, de façon très générale, le premier effet juridique attendu du principe. Si personne ne conteste le principe de la liberté contractuelle, puisqu'il apparaît d'ailleurs dans tous les projets internes ou supranationaux<sup>263</sup>, cette trop grande généralité pourrait être source de contentieux. En ce sens, un auteur<sup>264</sup> note que ce principe peut rapidement devenir le fondement de prétentions « *fourre-tout, n'arrangeant en rien l'engorgement des tribunaux, d'une part et la cohérence du droit des contrats, d'autre part* ». A cela, on peut arguer, que cette liberté de nouer et dénouer le lien contractuel existe *de facto* depuis l'existence du Code civil et qu'une application raisonnable en est faite par les juges.

Article 16 : « *la liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat* ». – La lecture de cet article soulève trois questions. Premièrement, est-il pertinent de poser le principe de liberté de choix du cocontractant ? Une réponse positive peut être apportée au regard de la signification du principe de la liberté contractuelle : l'évidence de la liberté contractuelle aurait pu conduire à l'omettre mais lorsque le choix est fait de consacrer la liberté contractuelle, alors il faut

---

<sup>263</sup> Principes de Droit Européen des contrats (art 1 : 102) ; Unidroit (art. 1-1) ; Code Gandolfi (art. 2) ; Principes AHC – SLG ( art.0 : 101).

<sup>264</sup> M. MEKKI, « Observations sur les principes directeurs du projet de Chancellerie », *LPA* 12 février 2009, n° spécial, p. 104.

circonscrire avec précision son champ d'application. Il est préférable d'être clair et transparent quant aux significations à donner au principe. Pour autant, si ce choix est compréhensible, l'article 16 ne semble pas suffisamment explicite car cette liberté de choix heurte le principe de non-discrimination. Par comparaison, le Draft Common Frame of Reference instaure une limite à la liberté contractuelle dans son article 2 :101 que « *chacun a le droit de ne pas subir une discrimination fondée sur le sexe, l'ethnie ou l'origine raciale à l'occasion d'un contrat ou d'un autre acte juridique dont l'objet est de donner accès ou de fournir des biens ou des services qui sont à la disposition du public.* » Cette restriction à la liberté de choix du cocontractant est importante car les principes directeurs sont censés exprimer les préoccupations actuelles. Or la personne humaine est une donnée à prendre en compte comme l'exprime l'article 16 du Code civil. Ce nouvel « *humanisme juridique*<sup>265</sup> », pourrait justifier une disposition spécifique sur les rapports entre libertés fondamentales et contrat puisqu'il existe des confrontations entre les deux. D'autant que le législateur est intervenu ponctuellement pour prohiber les discriminations dans le contrat de travail<sup>266</sup> et le contrat de bail<sup>267</sup> par exemple. La jurisprudence également a pu juger que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* »<sup>268</sup>. La conciliation entre les deux se fait alors au cas par cas par un contrôle de proportionnalité<sup>269</sup>. En réalité, c'est dans une grande majorité des situations contractuelles que les discriminations sont juridiquement condamnables. Cet état pourrait ainsi justifier l'introduction d'une référence aux droits fondamentaux. La proposition suivante a été faite par le Professeur MEKKI : « *Toute atteinte aux droits et libertés fondamentaux est prohibée, sauf, exceptionnellement, à être justifiée et strictement proportionnée au but poursuivi* »<sup>270</sup>. Cet apport nous semble intéressant et pourrait faire l'objet d'un alinéa dans l'article 16, ce qui donnerait l'énoncé suivant :

---

<sup>265</sup> M. MEKKI, *op. cit.*, p. 104, cela rappelle les formules employées pour les droits relatifs consacrés par la Conv. EDH sur le modèle proclamation/ limitation.

<sup>266</sup> Article L. 122-45 C. Travail.

<sup>267</sup> L. 6 juillet 1989, article 1 dans sa version modifiée par la loi du 24 mars 2014 : « *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du code pénal* ».

<sup>268</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° pourvoi 01-00519, *Bull.* 2002, III. n° 262 p. 227 ; obs. R. LIBCHABER, *RTD Civ* 2003. p. 575.

<sup>269</sup> Pour un exemple tiré de l'application d'une clause de non-concurrence : Cass. Soc 10 juillet 2002, n° pourvois : 99-43334 99-43336 et 00-45387 ainsi que 00-45135 : « *Une clause de non concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

<sup>270</sup> M. MEKKI, *op.cit.* p. 105.

*Article 16 : « la liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant. Toutefois, toute atteinte aux droits et libertés fondamentaux est prohibée, sauf, exceptionnellement, à être justifiée et strictement proportionnée au but poursuivi ».*

Deuxièmement, est-il opportun de poser en principe que la liberté contractuelle emporte celle de déterminer le contenu du contrat ? Selon certains auteurs<sup>271</sup>, l'importance pratique des limitations<sup>272</sup> à ce principe fait douter de l'adéquation de l'affirmation d'un tel principe. En réalité, il s'agit d'un choix idéologique qui est fait. De plus, dans un contexte de libéralisme économique, il semble plus opportun de considérer la liberté de déterminer le contenu du contrat comme le principe et les dérogations comme des exceptions, même si « à notre époque de libéralisme économique, les dysfonctionnements du marché, dont la crise financière et économique actuelle donne une bonne illustration, rendent nécessaire un certain dirigisme étatique »<sup>273</sup>. Cette liberté est indispensable à l'efficacité économique même si celle-ci doit être évidemment régulée. Dès lors, il pourrait paraître plus juste juridiquement de poser le principe de la liberté de déterminer le contenu du contrat tout en prévoyant une forme et une mesure à d'éventuelles limitations au principe. Par exemple, la notion d'intérêt général en droit privé a déjà été mise en avant par la doctrine<sup>274</sup> pour concilier liberté contractuelle et régulation et a pu recevoir la définition suivante : « l'intérêt général est une notion ni conceptuelle ni fonctionnelle dont la définition ne peut être réduite à un contenu précis. (...) la notion est dualiste. Elle est, tout d'abord, le résultat d'un arbitrage entre les intérêts publics et/ou privés qui prend la forme d'une hiérarchie. En ce sens l'intérêt général recouvre un aspect procédural. Elle est, ensuite, un principe de légitimation (...). Cette légitimation peut d'une part être substantielle et dogmatique. La hiérarchie est alors légitimée par référence à des règles positives (légitimation formelle) et des valeurs jugées fondamentales à un moment donné, dans une société donnée (légitimation axiologique) qui sont imposées a priori, de l'extérieur et de manière impérative. La légitimation peut, d'autre part, être pragmatique et procédurale. Elle se réduit au respect d'une certaine procédure dans le classement des intérêts. La procédure peut consister dans un contrôle plus réaliste des intérêts en présence, fondée sur la méthode d'un bilan facilitant une hiérarchie posée de

---

<sup>271</sup> V. notamment, J. GHESTIN, « Sur les articles 15 à 18 du projet de Chancellerie », *LPA*, 12 février 2009, n° spécial, p. 10.

<sup>272</sup> On pense notamment aux règles impératives, d'ordre public, d'intérêt général.

<sup>273</sup> J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 10.

<sup>274</sup> J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat : le contrat, le consentement*, T. I, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 503 et s., p. 371 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

*manière casuistique a posteriori. Elle peut consister également dans une légitimité immanente en ce sens que la hiérarchie des intérêts est légitime parce qu'elle fait l'objet d'une acceptation des personnes intéressées* »<sup>275</sup>. Ainsi, la multiplication de nouvelles limitations ne rendrait pas difficile l'affirmation de la liberté de déterminer le contenu du contrat. L'article pourrait être rédigé de la façon suivante :

*Article 16 : « la liberté contractuelle emporte celle de déterminer le contenu du contrat. Toutefois, celle-ci pourra faire l'objet de dérogations et d'exceptions lorsque l'intérêt général sera atteint ».*

Troisièmement, peut-on poser le principe de la liberté de déterminer la forme du contrat ? Le consensualisme, en droit français, est le principe bien qu'il ne soit affirmé par aucun article. Il est classiquement dégagé de l'article 1108 du Code civil qui ne fait pas mention de conditions particulières de formation parmi les conditions de validité du contrat. Dès lors, il existe un « *principe d'indifférence des modes d'expression de la volonté* »<sup>276</sup>. Le contrat est ainsi efficacement formé dès l'échange de consentements sans que des formalités supplémentaires ne soient requises. Les modes d'extériorisation de la volonté, qu'il s'agisse d'un écrit, d'une parole, d'un geste, d'un silence circonstancié se valent pourvu qu'ils manifestent l'intention de contracter des parties de façon non équivoque. L'exception au consensualisme se manifeste dans le formalisme qui connaît une fortune certaine depuis de nombreuses années. Ainsi un formalisme classique commande que le consentement soit exprimé dans une forme déterminée, certains parlent de « *formalisme constituant* »<sup>277</sup> ou de « *formalisme direct* »<sup>278</sup>, ce qui correspond aux contrats solennels et réels pour lesquels une forme particulière est attachée à la validité de l'acte. En effet, la forme, dans un contrat solennel, est subordonnée, à peine de nullité absolue, à l'accomplissement de formalités déterminées par la loi (écrit, cérémonial). Par exemple, un contrat de mariage<sup>279</sup> ou une donation entre vifs<sup>280</sup> nécessitent la passation d'un acte authentique. La clause compromissoire<sup>281</sup> et le contrat d'indivision<sup>282</sup> nécessitent, quant à eux, la rédaction d'un écrit ordinaire mais indispensable pour leur validité. Dans les contrats réels, le contrat n'est

---

<sup>275</sup> M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, BDT, T. 411, 2004, n° 78, p. 67.

<sup>276</sup> J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, op.cit.*, n° 912, p. 680.

<sup>277</sup> *Op. cit.*, n° 932, p. 702.

<sup>278</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, n° 135, p.161.

<sup>279</sup> Article 1394 du Code civil.

<sup>280</sup> Article 931 du Code civil.

<sup>281</sup> Article 1443 du Code de procédure civile.

<sup>282</sup> Article 1873-2 du Code civil.

considéré comme formé qu'à la condition qu'il y ait, en plus de l'échange des consentements, la remise effective de la chose qui est objet du contrat. Cette catégorie de contrat se manifeste par exemple dans le prêt à usage<sup>283</sup>, dans le dépôt<sup>284</sup>, dans le prêt de consommation<sup>285</sup> lorsqu'il n'est pas consenti par un professionnel du crédit et se manifestait dans le gage avant l'ordonnance du 23 mars 2006.

A côté de ce formalisme « constituant ou direct », se multiplie le formalisme « *complétif ou indirect* »<sup>286</sup> dit aussi « *atténué* »<sup>287</sup> dans lequel les exigences de forme ne sont pas requises à titre de validité du contrat mais pour sa pleine efficacité, pour sa preuve ou son opposabilité. La sanction de ce formalisme n'est pas la nullité de l'acte mais sa perte d'efficacité en ce qu'il ne pourra pas déployer tous ses effets juridiques. Ainsi par exemple, l'article 1341 du Code civil impose la rédaction d'un écrit pour la preuve des actes juridiques dépassant la somme de 1500 euros. La vente d'immeuble, pour être opposable, nécessite une publicité particulière au service de la publicité foncière de façon à ce que le contrat soit opposable aux tiers. Par ailleurs, le droit contemporain favorise l'information des contractants permettant l'expansion d'un « *formalisme informatif* »<sup>288</sup> qui est considéré comme une assistance aux parties faibles : consommateur, salarié, emprunteur, locataire dans le bail d'habitation, souscripteur d'assurance etc. Ce formalisme revêt une forme particulière car il joue un rôle essentiellement préventif en ayant pour objet d'attirer l'attention des parties pour les éclairer sur des points précis, ce qui explique pourquoi son domaine croise pour une grande part les contrats d'adhésion qui se caractérisent par leur absence de négociation.

Au regard de l'histoire de la forme du contrat qui est en constante évolution et qui connaît un regain et un renouveau<sup>289</sup>, comment ne pas s'interroger sur la pertinence de poser en principe la règle du consensualisme alors que le formalisme n'a jamais été aussi fort dans notre droit ? Si les dérogations et exceptions au consensualisme se multiplient, ne devient-il pas compliqué de poser la liberté de déterminer la forme ? Mais dans ce domaine également, un choix idéologique doit être fait. Doit-on poser le consensualisme comme le principe et ses dérogations comme les exceptions ou bien affirmer le consensualisme comme une exception ?

---

<sup>283</sup> Article 1875 du Code civil.

<sup>284</sup> Article 1919 du Code civil.

<sup>285</sup> Article 1892 du Code civil.

<sup>286</sup> J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, op.cit.*, n° 960, p. 732.

<sup>287</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, n° 150.

<sup>288</sup> J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 980, p. 748.

<sup>289</sup> On pense au formalisme informatif.

Dans un contexte libéral, il semble préférable de poser la liberté de déterminer la forme du contrat comme le principe. En effet, la liberté contractuelle est un principe qui ne vaut qu'en l'absence de règles dérogatoires, dès lors, rien n'empêche de prévoir des dérogations et exceptions au principe, même si elles venaient à se multiplier, mais le principe resterait celui du consensualisme. Ainsi, consacrer un principe directeur de la liberté contractuelle apparaît pertinent mais le projet mériterait d'être retravaillé sur les manifestations du principe. Par ailleurs, un obstacle pourrait justifier *a priori* le rejet de la liberté contractuelle comme un principe directeur : ne vaut-il pas mieux laisser au Conseil Constitutionnel la délimitation du contenu de la liberté contractuelle de façon à assurer l'évolution en fonction des circonstances économiques et sociales ?

**88 – La constitutionnalisation de la liberté contractuelle, un obstacle à sa reconnaissance en tant que « principe directeur » ?** – La valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle a été reconnue récemment. L'enjeu de cette qualification est important car une règle à valeur constitutionnelle ne peut être modifiée que par une révision de la Constitution, le législateur ne pourrait modifier une telle règle. En réalité, quelques assouplissements ont été intégrés à la règle et s'agissant des libertés publiques, des dérogations ont été autorisées. Par exemple, le législateur peut apporter des limites à la liberté d'entreprendre qui a pourtant une valeur constitutionnelle, en réglementant l'accès à une profession. *A fortiori* le législateur pourrait apporter des restrictions à la liberté contractuelle bien qu'elle ait actuellement une valeur constitutionnelle, simplement le législateur y dérogera avec plus de circonspection. Le chemin reconnaissant sa constitutionnalité a pourtant été long. Dans une décision du 3 août 1994<sup>290</sup>, le Conseil décida qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ». Des auteurs ont contesté cette décision en soulignant que « l'affirmation de sa valeur constitutionnelle résulterait d'un processus tout à fait similaire à celui qui a conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître valeur constitutionnelle au principe de la liberté d'entreprendre »<sup>291</sup>. Ce refus pouvait toutefois s'expliquer par le fait que la liberté contractuelle n'était plus considérée comme un principe tant les exceptions et dérogations s'étaient multipliées au cours du temps. La marge de manœuvre du législateur était par ailleurs sauvegardée avec ce refus de protection. Par la suite, le Conseil constitutionnel a nuancé sa position en reconnaissant que « si le principe de

---

<sup>290</sup> Cons. Const., Décision n° 94-348 du 3 août 1994.

<sup>291</sup> B. MATHIEU, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier », *LPA*, 7 mars 1997, n° 29, p. 5.

*la liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* »<sup>292</sup>, sa méconnaissance peut être invoquée devant lui « *dans les cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* ». Dans une décision du 10 juin 1998<sup>293</sup>, le Conseil poursuit son infléchissement en énonçant que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». S'il n'y avait pas de reconnaissance *expressis verbis* de la liberté contractuelle, il était fréquent que le Conseil constitutionnel rattache une liberté particulière à la plus large liberté définie à l'article 4 de la DDHC. Certains<sup>294</sup> ont pu considérer qu'il y avait bien constitutionnalisation de la liberté contractuelle dans cette décision.

Finalement, le Conseil est parvenu à une consécration directe de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, avec dans un premier temps une décision du 19 décembre 2000<sup>295</sup> autorisant le législateur à prendre des mesures destinées à inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure des conventions relatives à des médicaments avec le Comité économique des produits de santé. En ce sens, une telle initiative « *inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la DDHC une atteinte contraire à la Constitution* ». Ainsi, logiquement, si la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la DDHC, une valeur constitutionnelle lui est reconnue puisque la DDHC est intégrée au bloc de constitutionnalité depuis les conséquences tirées de la décision du 27 décembre 1973<sup>296</sup>.

La pleine reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle revient toutefois à la décision du 13 juin 2013<sup>297</sup> qui place sur le même plan la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et qui retient que ces dernières peuvent recevoir « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel un article du Code de la sécurité sociale qui portait atteinte à la liberté de choisir son cocontractant et de déterminer librement le contenu du contrat.

---

<sup>292</sup> Cons. Const., Décision n° 97-388 du 20 mars 1997.

<sup>293</sup> Cons. Const., Décision n° 98-401 du 10 juin 1998.

<sup>294</sup> V. notamment F. ROLIN, *RDC*, 1<sup>er</sup> avril 2004, n° 2, p. 423, qui n'exprimait toutefois pas l'opinion dominante des auteurs pour qui, il n'existait pas encore de constitutionnalisation de la liberté contractuelle.

<sup>295</sup> Cons. Const., Décision n° 2000-437 du 19 décembre 2000.

<sup>296</sup> Cons. Const., Décision n° 73-51 du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*.

<sup>297</sup> Cons. Const., Décision n° 2013-672 du 13 juin 2013, obs. M. MEKKI, in « Chronique de droit des contrats », *JCP G* 2013, n° 36, 2 septembre 2013.

La liberté contractuelle s'étant vue reconnaître une valeur constitutionnelle, on peut légitimement se demander quel intérêt aurait le législateur à la consacrer comme un principe directeur. En réalité, la question s'est déjà posée avec les principes directeurs du procès puisqu'en procédure civile, le principe de la contradiction<sup>298</sup> et les droits de la défense<sup>299</sup> se sont également vu reconnaître une valeur constitutionnelle avant qu'ils ne soient consacrés comme des principes directeurs. De la même façon, en procédure pénale, la présomption d'innocence s'est vu attribuer une valeur constitutionnelle avec la décision du 8 juillet 1989<sup>300</sup> en ce que l'article 9 de la DDHC rappelle que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». Bien que constitutionnalisés, le législateur a malgré tout décidé de les consacrer comme des principes directeurs. En conséquence, on suppose que la constitutionnalisation de la liberté contractuelle ne représente pas un obstacle à une éventuelle consécration en tant que « principe directeur ».

## § II. Etude critique du principe directeur de sécurité juridique

**89 – Annonce** – L'article 17 prévoit que : « *le contrat légalement formé s'impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement. Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ». Pour permettre son examen, un retour sur la signification de la force obligatoire en droit des contrats (A) sera mené avant d'apprécier les critiques que l'article peut susciter (B).

### **A. Signification de la force obligatoire en droit des contrats**

**90 – Signification de la force obligatoire** – Le respect de la parole donnée est une règle essentielle du droit des contrats, c'est ainsi que la convention valablement formée doit être exécutée par les parties. Pour ces dernières, la convention produit un effet obligatoire, les contraignant au respect des obligations créées par elle. Il s'agit de la traduction juridique d'un

---

<sup>298</sup> Cons. Consti., Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 19, ; Cons. Consti., Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 43 et s. ; Cons. Consti., Décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 57 à 60, *Rec. Cons. const.*, p. 110.

<sup>299</sup> Cons. Consti., Décision n° 93-325 du 13 août 1993.

<sup>300</sup> Cons. Consti., Décision n° 89-258 du 8 juillet 1989, *JORF* du 11 juillet 1989, p. 8734.

proverbe populaire selon lequel « chose voulue, chose due » et de l'adage latin « *pacta sunt servanda* » bien que cette règle ne soit pas issue du droit romain. Depuis 1804 la force obligatoire se manifeste à l'article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». La force obligatoire du contrat est assurée par l'immutabilité des conventions et par les sanctions de l'inexécution. En conséquence, le juge se limite à s'assurer de la validité du contrat d'abord, puis à le mettre en œuvre, il ne peut le réviser, notamment en cas d'imprévision. Dès lors, en l'absence de dispositions législatives, les juges refusent de réviser le contrat même dans l'hypothèse délicate de l'imprévision contractuelle où le contexte économique, politique, social ou monétaire vient rompre l'équilibre initialement prévu par les parties. Ce principe a été posé par l'arrêt Canal de Craponne le 6 mars 1876<sup>301</sup> et c'est sous la bannière de l'article 1134 que la Cour de Cassation a refusé de réviser un contrat, qui suite à un changement de circonstances économiques brusque et imprévisible, alourdissait fortement les charges du débiteur : « *il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

Si la force obligatoire représente une règle fondamentale du droit des contrats, on peut toutefois douter de son adéquation avec la notion de « principes directeurs ».

## **B. Les critiques adressées à l'encontre du principe posé**

**91 – Annonce** – Il sera question des critiques qui ont été adressées à la consécration de la force obligatoire comme principe directeur et plus précisément sur son inopportunité en tant que principe directeur (1) et sur le manque de cohérence du projet qui consacre une règle en plein déclin (2).

### *1. L'opportunité relative d'un principe de force obligatoire.*

---

<sup>301</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876. 1. 193, note GIBOULOT ; *GAJC*, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 183, n° 165.

**92 – Est-il opportun de poser le principe de la force obligatoire ?** – La lecture de l'article 17 relatif à la sécurité juridique ne peut que faire regretter la belle formule de l'article 1134 du Code civil. Si l'objectif était de rendre abordable le texte par le lecteur non initié, sans doute le sacrifice s'avère-t-il vain : « *l'article 1134, alinéa 1er du Code civil est écrit sur le marbre, une pureté cristalline, qui impose la règle la plus fondamentale du contrat, sa force obligatoire. Pourquoi l'avoir remplacé par le sirupeux article 17 ?* »<sup>302</sup>. Si l'opportunité d'inclure un principe directeur de force obligatoire est compréhensible, la force obligatoire étant inhérente au contrat, elle lui est consubstantielle, des auteurs<sup>303</sup> ont cependant douté de sa nature directrice puisque son champ d'application recouvre seulement l'exécution du contrat. C'est une règle qui aurait plutôt vocation à se situer en tête des effets du contrat et non pas en tête du livre III.

2. *Le manque de cohérence du projet ne prenant pas en compte les différentes atteintes portées à la force obligatoire.*

**93 – Manque de cohérence entre le principe énoncé et les règles matérielles** – L'article 17 énonce que les parties ne peuvent ni révoquer, ni modifier unilatéralement le contrat or des dispositions du projet permettent une résolution unilatérale du contrat aux articles 165 et 168<sup>304</sup> et l'article 73 retient que si le prix est abusif, dans l'hypothèse d'une fixation unilatérale du prix dans un contrat cadre, le juge pourra être saisi d'une demande de dommages et intérêts et le cas échéant d'une demande aux fins d'obtenir la résolution du contrat. Si la règle mérite d'être posée, doit-elle l'être de manière aussi impérative ? Comme il a été énoncé dans la première remarque, il serait plus opportun d'insérer cette règle en tête des effets du contrat entre les parties plutôt que de le fonder en principe directeur. De même, il pourrait être utile de veiller à poser les conditions de la modification et de la révocation du contrat, à savoir par consentement mutuel et « *pour les causes que la loi autorise* », expression qui semble avoir été oubliée du projet.

**94 – L'absence de prise en compte de l'évolution de la force obligatoire dans le principe énoncé** – La seconde difficulté réside dans l'ignorance de l'évolution de la force

---

<sup>302</sup> PH. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, I. 204.

<sup>303</sup> V. notamment son éviction dans le projet Terré et dans les divers projets de la Chancellerie qui ont suivi.

<sup>304</sup> Article 165 : « *La résolution d'un contrat peut résulter de l'application d'une clause résolutoire, d'une notification du créancier au débiteur, ou d'une demande en justice* » ; Article 168 : « *lorsque l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie* ».

obligatoire : si les différentes atteintes à la force obligatoire ne sont pas prises en compte, à quoi bon ériger la règle en principe directeur ? Faut-il, là encore, poser de façon impérative un principe en déclin ? En effet, face à la liste toujours plus longue des atteintes posées à l'article 1134 du Code civil, certains auteurs se sont même interrogés, non sans malice, afin de savoir si le juge était toujours tenu de respecter la loi contractuelle<sup>305</sup> et si ce principe n'appartenait pas à un mythe<sup>306</sup>. L'interrogation pouvait, en effet, être soulevée au vu des multiples atteintes à la force obligatoire qui se concrétisent soit par la réduction des obligations contractuelles (a) soit par des atteintes par l'amplification du contenu obligatoire du contrat (b).

- a) Les atteintes à la règle de la force obligatoire par une réduction des obligations

**95 – Une réduction judiciaire des obligations contractuelles favorisée** – La réduction conventionnelle parce qu'elle est l'incarnation de la liberté contractuelle ne pose, *a priori* pas de difficulté particulière au contraire de la réduction judiciaire qui est en principe proscrite. Or le mouvement est le suivant : l'histoire de la réduction judiciaire est celle d'une progression constante alors même qu'elle altère la force obligatoire tandis que l'histoire de la réduction conventionnelle se voit réduire de jour en jour à une peau de chagrin par un contrôle strict de la validité et de l'efficacité de ces conventions<sup>307</sup>.

**96 – Révision judiciaire par l'effet de la loi** – La révision judiciaire des modalités d'exécution se manifeste premièrement par l'effet de la loi. Ainsi en est-il des délais de grâce qui permettent au juge d'accorder soit un répit au débiteur en difficulté, soit une réduction de la dette qu'il n'arrive pas à payer. Le moratoire est également une mesure de révision de l'exécution du contrat en permettant l'octroi de délai en faveur d'une catégorie de débiteurs ou pour une certaine catégorie de dettes en période de crise (guerre, crise économique...). Par ailleurs, le montant de la clause pénale<sup>308</sup> peut être modérée ou augmentée par le juge si elle est manifestement excessive ou dérisoire. De même il est possible au juge de réviser le montant des honoraires passés : c'est ainsi que la Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer

---

<sup>305</sup> J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, avant-propos, PU Aix-Marseille 1993, p. 1.

<sup>306</sup> D. MAZEAUD, « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », Rapport de synthèse présenté au 94<sup>ème</sup> Congrès des notaires, *Defrénois* 1998, p. 1137.

<sup>307</sup> V. pour plus de précision, D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles, » *Droit et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 60.

<sup>308</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, BDP, T. 223, LGDJ, 1992.

que l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée ne faisait pas obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu<sup>309</sup>.

**97 – Révision judiciaire sans fondement textuel** – Des réductions judiciaires des obligations contractuelles peuvent deuxièmement intervenir en absence de fondement textuel. La réduction est alors indirecte: la responsabilité contractuelle d'un établissement de crédit<sup>310</sup> qui a manqué à son obligation de conseil et de mise en garde a été retenue pour avoir octroyé un prêt dont les charges de remboursement étaient excessives par rapport aux ressources du débiteur. Ainsi, la dette trop lourde pour un emprunteur est réduite par le jeu de la responsabilité contractuelle.

**98 – Une réduction conventionnelle des obligations contractuelles encadrée** – Si les parties peuvent réduire leurs obligations et limiter leurs responsabilités par des clauses, ces dernières, aménageant la réduction des obligations contractuelles sont fréquemment écartées au nom des impératifs contemporains de bonne foi, d'équité, d'équilibre. À cet égard, il faut évoquer le célèbre arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996<sup>311</sup>. Dans cette affaire, les juges ont anéanti la clause limitative de responsabilité qui réduisait le montant dû aux frais d'envoi en cas d'inexécution par la société Chronopost de son obligation de livraison en un temps imparti. La clause limitative a été jugée comme contredisant l'obligation essentielle du contrat, privant ainsi le contrat de cause. En conséquence la clause est réputée non écrite. Cette sanction est apparue comme un « ovni » juridique puisque la Cour de Cassation a utilisé la notion de cause au stade de l'exécution du contrat pour écarter une clause contractuelle alors même que la cause est une condition de validité du contrat qui s'apprécie au jour de la conclusion. Sur ce point, l'arrêt a été vivement critiqué, les auteurs ayant estimé que le recours à la cause était « artificiel »<sup>312</sup> et qu'il constituait un « véritable tour de passe-passe »<sup>313</sup>. S'il a pu être critiqué sur son fondement, cet arrêt s'inscrivait néanmoins dans une

---

<sup>309</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1998, n° 95-15.799 au visa des articles 1134 du Code civil et 10 de la loi du 31 décembre 1971, modifiée par celle du 10 juillet 1991.

<sup>310</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 324, n° 02-13.155 ; *Bull.* 2005, n° 325, n° 03-10.770 ; *Bull.* 2005, I, n° 326, n° 03-10.115 ; *Bull.* 2005, I, n° 327, n° 03-10.921.

<sup>311</sup> Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, *GAJC*, vol. 2, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 157, p. 111, *D.* 1997. 121, note SÉRIAUX ; *D.* 1997, Chr. 145 CH. LARROUMET ; *JCP G*, 1997. II. 22881, note D. COHEN ; *JCP G* 2006. I. 177, note J. GHESTIN ; *D.* 1997. somm. 175, obs. PH. DELEBECQUE. V. plus généralement la thèse de PH. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981.

<sup>312</sup> D. COHEN, *JCP G* 1997. II. 22881.

<sup>313</sup> A. SÉRIAUX, *D.* 1997. 145, n° 2.

certaine logique issue du début des années 1990 qui prévoyait qu'aucune stipulation ne saurait déposséder un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qui constitue l'essence du contrat et en contrepartie duquel il s'est engagé<sup>314</sup>. Ainsi le juge s'est arrogé le pouvoir d'écarter les clauses qui ruinaient la cohérence du contrat en s'appuyant sur une nouvelle conception du contrat fondée, non plus sur l'autonomie de la volonté, mais sur l'équité et l'équilibre contractuel. La cause est utilisée ici, comme un « *instrument de justice commutative* »<sup>315</sup>. L'annulation de la clause litigieuse conduit alors indirectement à une réfaction du contrat, voire à un contrôle de proportionnalité des obligations. Pourtant, dans l'espèce commentée, le résultat final est loin d'être satisfaisant : si on répute la clause non écrite, on en revient à la théorie classique de la responsabilité contractuelle et à l'indemnisation des dommages prévisibles, or, les clients de la société Chronopost n'avaient pas averti du contenu du pli ni des enjeux attachés à cet acheminement. Dès lors, le recours à la cause était complètement inadapté. Force est de constater que la réduction conventionnelle des obligations est appréciée ici de manière rigoureuse et qu'on l'a réduite de manière fréquente à une peau de chagrin. Le mouvement est paradoxal : dans le même temps, est favorisée une réduction judiciaire alors qu'elle contrevient au principe de l'intangibilité des conventions tandis que s'observe parallèlement une limitation à la réduction conventionnelle des obligations qui est normalement accueillie largement car fidèle à la liberté contractuelle.

---

<sup>314</sup> V. Com. 22 octobre 1996, *GAJC*, vol. 2, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 157, spéc. p. 115, n° 5 et 6.

<sup>315</sup> J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998. I. 152.

- b) Les atteintes à la force obligatoire par l'amplification du contenu obligationnel.

**99 – Explication** – Pour expliquer l'élargissement du contenu obligationnel, la doctrine a, pendant longtemps, eu recours à la notion de « *volonté tacite* »<sup>316</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence a pu adjoindre à des contrats des obligations non stipulées par les parties. Tel a été le cas dans un ancien arrêt<sup>317</sup> dans lequel les juges ont découvert de façon concomitante une obligation de sécurité dans les contrats de transport et une clause implicite de stipulation pour autrui. Dans les faits, un voyageur était tombé, au cours du voyage, sur la voie, ce qui a entraîné sa mort. L'indemnisation de sa femme et de ses enfants mineurs a alors posé problème car ces personnes n'étaient pas les cocontractants de la compagnie de chemin de fer ; c'est sur le terrain délictuel qu'ils auraient dû se placer. L'indemnisation n'aurait toutefois pas été possible car aucune faute n'avait été retenue et les circonstances ayant conduit le voyageur à tomber sur la voie étaient restées inconnues. Afin d'assurer une indemnisation aux proches du défunt, les juges ont découvert une clause implicite de stipulation pour autrui : « *en vertu du contrat de transport, la compagnie des chemins de fer assume envers la personne transportée, l'obligation de la conduire saine et sauve à destination ; qu'en cas d'accident mortel survenu au cours de l'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice s'ouvre en vertu de l'article 1147 du Code civil au profit du conjoint et des enfants de la victime, en faveur de qui celle-ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément, dans la mesure de leur intérêt* ». Les juges sont venus greffer une obligation de sécurité sur le contrat de transport afin d'assurer au voyageur le bénéfice de la responsabilité contractuelle et à côté « *de cette première fiction contestable, la jurisprudence en superpose une autre destinée à donner la sécurité juridique à la famille du voyageur* »<sup>318</sup>. Les juges se sont livrés à un travestissement de volonté engendrant un « *forçage du contrat* »<sup>319</sup>.

Cette dernière notion recouvre le phénomène par lequel « *le juge insère des obligations dans le contrat auxquelles les parties n'avaient pas songé, et peut-être même qu'elles avaient implicitement écartées* »<sup>320</sup>. Louis JOSSERAND utilisa l'expression pour mieux stigmatiser le

---

<sup>316</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique du droit français, des obligations*, T. I, Librairie du Recueil Sirey, 3<sup>ème</sup> éd. 1906, n° 343.

<sup>317</sup> Cass. civ., 6 déc. 1932 : *DP* 1933, I, p. 137 note JOSSERAND.

<sup>318</sup> *Op. cit.* p. 139.

<sup>319</sup> L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine mars* 1998, n° 58, p. 69 ; L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *DH*, 1933, p 89 ; J.-C. MONTANIER, *Le contrat*, 4<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 135, n° 207.

<sup>320</sup> PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations, op cit.* n° 632.

procédé. En effet, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, il a été observé que la volonté individuelle ne pouvait tout prévoir, ce qui a conduit à une interprétation objective du contrat, détachée de la volonté. De cette manière, le juge a pu découvrir dans les conventions, des obligations non prévues par les parties. L'intangibilité est devenue alors relative car le contenu du contrat peut recevoir une amplification judiciaire. Le forçage peut être d'une part inavoué « *lorsqu'il se cache derrière le voile d'une volonté tacite des parties : c'est la découverte d'une commune intention supposée ou présumée des contractants qui permet de justifier l'extension du contenu obligatoire du contrat* »<sup>321</sup>. Le forçage peut être, d'autre part ostensible « *lorsque le juge dit que tel contrat emporte telle obligation, sans se référer aucunement à l'intention des parties* »<sup>322</sup>. A partir du moment où l'interprétation ne fait pas que compléter la volonté contractuelle mais qu'elle la corrige, la force obligatoire du contrat est atteinte.

**100 – Reformulation proposée** – Ainsi, malgré l'immobilisme de l'article 1134 et de la règle de la force obligatoire, le droit évolue : « *l'idée selon laquelle un déséquilibre et une injustice contractuelle valent mieux qu'un désordre social n'est plus vraiment de saison* »<sup>323</sup>. Ces raisons justifient, à notre sens, qu'on puisse s'interroger sur l'absolutisme de la règle posée dans le projet. Peut-être serait-il plus opportun de prendre acte des atteintes portées. La proposition suivante pourrait être faite : « *le contrat légalement formé s'impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement en dehors des causes que la loi autorise. Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat. Toutefois, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

### § III. Étude critique du principe directeur de bonne foi

**101 – Exposé** – L'article 18 dispose que : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.* »

---

<sup>321</sup> L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 71.

<sup>322</sup> L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 72.

<sup>323</sup> D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », *op. cit.* p. 65.

**102 – Remarques diverses sur l'article proposé** – Premièrement, l'article 18 rompt avec l'article 1134 alinéa 3 qui limite la bonne foi au stade de l'exécution du contrat, le projet souhaite étendre le domaine d'application de la bonne foi à l'ensemble des phases contractuelles. Cette expansion du domaine de la bonne foi est pourtant redoutée : « *c'est là un principe à la capacité d'expansion illimitée, à même d'appréhender tout le contentieux contractuel, au point d'atteindre la substance des droits et des obligations convenues* »<sup>324</sup>. À cette crainte, il peut être objecté que la jurisprudence n'a pas attendu le législateur pour étendre le champ d'application de la bonne foi, d'autant plus que si le législateur, en 1804, n'a pas souhaité faire apparaître la bonne foi au stade de la formation, c'est simplement parce qu'il a estimé cette adjonction non nécessaire, des mécanismes protecteurs ayant été mis en place de façon curative avec les vices du consentement par exemple, empêchant ainsi les cocontractants « *d'être et d'agir* » de mauvaise foi. En l'absence de dérives jurisprudentielles, il semble plutôt opportun et cohérent de reconnaître le domaine intégral de la bonne foi dans le projet. Le risque de déplacement du contrat dans l'*imperium* judiciaire peut, certes, sembler préoccupant mais cette crainte se révèle mythique : les parties restent maîtresses de la convention, et l'étude de la jurisprudence ne démontre pas l'existence réelle d'un basculement des pouvoirs des parties dans les mains des juges. Le centre de gravité du contrat demeure maîtrisé par les parties. À cet effet, il est bénéfique que ces dernières soient prévenues de l'importance que revêt la bonne foi au sein du processus contractuel de formation et d'exécution. Elles pourront anticiper et prévoir ce qui est attendu d'une partie de bonne foi. Deuxièmement, la bonne foi est entendue dans son sens subjectif : « *agir de bonne foi* » ce qui en limite la définition. Il aurait été plus opportun, en terme d'efficacité, de prévoir que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi* » de façon à englober toutes les situations que le juge a à connaître et cela aurait eu le mérite de présenter objectivement la bonne foi. Lorsqu'on connaît les critiques qui ont été posées à l'encontre de ce principe directeur, il n'est pas vain de proposer une reformulation de la bonne foi afin de la présenter avec une vision plus objective, pragmatique et surtout réaliste économiquement. En effet, ce principe a été analysé par certains comme « *une prime à la mauvaise foi : pour gagner du temps, il suffira à une partie de mauvaise foi d'imputer à l'autre un comportement de mauvaise foi !* »<sup>325</sup>. Les rédacteurs ont tout intérêt à ne pas s'en tenir à une invocation incantatoire. Il est nécessaire de préciser la portée de ce principe et surtout d'en circonscrire le rayon d'action ! Une tentative

---

<sup>324</sup> A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, n° 27, p. 2609.

<sup>325</sup> A. GHOZI et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, spéc., p. 2610, n° 7.

de délimitation est présente à l'article 18 puisque la bonne foi ne doit pas permettre de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Certes... mais cette référence est déjà usitée et semble plus pertinente pour circonscrire le principe de la liberté contractuelle. Il faut conseiller aux rédacteurs de poser des limites restreignant l'usage de la bonne foi afin qu'elle ne soit pas invoquée comme un moyen dilatoire. La limite jurisprudentielle distinguant les prérogatives contractuelles de la substance des droits et obligations convenus n'est pas des plus aisées à comprendre. Il est certain que les juges approuveraient une intervention législative leur permettant de déterminer avec plus de précision l'application ou non de la bonne foi lorsqu'elle est invoquée par une partie. Troisièmement, le caractère impératif de l'exigence de bonne foi mériterait d'être posé.

**103 – Reformulation proposée** – Article 18 : « *Les conventions se forment et s'exécutent de bonne foi.*

*Si ce principe permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une faculté offerte à l'un des contractants, il ne l'autorise pas à toucher à la substance même du contrat (droits et obligations), convenue par les parties.*

*Ce principe directeur ne peut être exclu ou limité contractuellement ».*

**104 – Conclusion de section** – L'observation des principes proposés permet de constater que l'histoire des différents principes directeurs est en constante évolution et connaît tantôt un mouvement de déclin<sup>326</sup>, tantôt un mouvement de regain<sup>327</sup>. Dès lors, est-il pertinent de poser ces règles fluctuantes en règles directrices ?

La liberté contractuelle connaît un certain nombre de dérogations mais il ne semble pas que ces exceptions constituent un véritable obstacle dans la mesure où ce principe n'a toujours valu qu'en l'absence de règles dérogatoires. Le principe ploie mais ne rompt pas, et peu importe la force du vent ou de la marée, il demeure.

La force obligatoire connaît également des atténuations et le principe est parfois atteint dans sa substance *via* un forçage du contrat. Pourtant, là encore, le principe demeure.

---

<sup>326</sup> Déclin de la liberté contractuelle et de la force obligatoire.

<sup>327</sup> Regain voire renouveau de la bonne foi.

Proposer le principe directeur de force obligatoire pourrait encourager, semble-t-il, les juges et les parties à mieux respecter la loi contractuelle.

La bonne foi est un thème inépuisable, source d'un intérêt grandissant de la jurisprudence et de la doctrine. Pourtant sa verdeur est redoutée en raison de son caractère arbitraire. Poser un principe directeur pourrait permettre de circonscrire la bonne foi et de limiter sa croissance.

En réalité, ces mouvements fluctuants de déclin et de regain manifestent la vigueur remarquable des principes proposés. Si certains auteurs redoutent leur caractère arbitraire, c'est, si l'on peut dire ainsi, un mal nécessaire. Il n'y aurait aucun intérêt à retenir, comme principes directeurs, des règles « mathématiques » c'est-à-dire des règles pour lesquelles il suffit de vérifier si les conditions sont réunies ou non pour déterminer leur application. En vertu de leur ligne directrice, les principes directeurs doivent, à notre avis, être nécessairement constitués de règles soumises à une large part d'appréciation.



## SECTION II. LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS SOUS L'EGIDE DE L'ACADEMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

---

**105 – Annonce** – Parallèlement à l'initiative de la Chancellerie, le Professeur F. TERRE a remis à M. F. SENERS, directeur de cabinet de Mme Le garde des Sceaux, le rapport de réforme du droit des contrats, le 1<sup>er</sup> décembre 2008. L'accent a été porté sur trois thèmes importants : les principes directeurs, le rôle du juge en matière contractuelle<sup>328</sup> et le conflit entre les droits anglo-américains et le droit français<sup>329</sup>. Quatre articles sont élaborés par le groupe de travail en frontispice du titre I « des contrats » qui consacre des principes généraux :

- L'article 3 dispose que « *les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* »,
- l'article 4 énonce qu' « *on ne peut déroger, par contrat particulier, aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* »,
- l'article 5 retient que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ».
- Enfin, l'article 6 prévoit qu' « *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime* ».

---

<sup>328</sup> V. notamment l'accueil de la théorie de l'imprévision. Il affirme la normalité de l'insertion de clauses de « *hardship* » dans les contrats de longue durée. Il préconise la généralisation de la lutte contre les clauses abusives. Il ouvre la possibilité d'une résolution du contrat par notification du créancier. Il opte, d'une façon générale, pour une perception du contrat nettement économique. La crise actuelle – estime le professeur Terré – est « *juridico-financière* ». Elle confirme que le droit est au cœur de la société. Elle appelle une réaction politique », in J. BEGUIN, « Rapport sur la réforme du droit des contrats élaboré par un groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques », *JCP N* 2008, n° 50, act. 803.

<sup>329</sup> V. notamment les rapports *doing business* qui sont selon l'auteur « *des machines de guerre dirigées contre les fondements du droit français* ». Le groupe de travail réagit donc à cette hégémonie des droits anglo-américains en attendant la décision des pouvoirs publics.

**106 – Division** – À la lecture du projet, on remarque immédiatement que les termes « principes directeurs » ne sont pas reproduits. En effet, les rédacteurs du projet, lorsqu'ils le commentent, parlent plutôt de « principes généraux »<sup>330</sup>. Ce choix a peut-être été fait pour éviter les réactions négatives nées de la lecture du projet de la Chancellerie. Quant au choix des principes généraux, il est expliqué qu'ont été sélectionnés, parmi l'ensemble des principes essentiels du droit français des contrats, les principes transversaux, soit ceux qui ont vocation à régir toutes les phases de la vie du contrat, ce qui explique pourquoi la force obligatoire n'est pas reprise, les membres du groupe de travail ayant estimé que ce principe trouvait sa place uniquement au sein des effets du contrat. Il a été tenté également de ne pas reprendre dans le corps de règles particulières les quatre principes généraux énoncés dans un souci de cohérence et d'intelligibilité, le juge n'ayant qu'à s'inspirer d'eux pour les appliquer comme normes d'interprétation ou de création dans les différentes étapes contractuelles. Il convient d'étudier plus en détails les principes proposés, à savoir la liberté contractuelle (§I), ses limites (§II), la bonne foi (§III), et la cohérence (§IV).

### §I. L'article 3 relatif à la liberté contractuelle

**107 – Exposé** – L'article 3 qui dispose que « *les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* », consacre explicitement l'existence de la liberté contractuelle. Les rédacteurs du projet ont préféré être clairs et transparents en consacrant un principe à leurs yeux essentiel, d'autant plus que les différents projets académiques l'ont tous admis. Si l'on compare avec le premier projet de la Chancellerie, une différence notable est à apprécier, l'édiction de l'expression « *dans les limites fixées par la loi* ». C'est une précision importante qui faisait défaut au premier projet. Il est utile de poser comme principe la liberté contractuelle tout en organisant ses limites, d'autant que les projets prévoient des règles qui télescopent évidemment la liberté contractuelle. Le cadre est fixé, le législateur autorise les parties à choisir leur cocontractant, à déterminer la forme et le contenu du contrat dans les limites fixées par la loi. La licéité des contrats d'adhésion, des contrats solennels et réels, du développement du formalisme direct,

---

<sup>330</sup> V. notamment l'article de C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », p. 113 in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

indirect et informatif est ainsi rappelée : « *la volonté n'est pas toute puissante* »<sup>331</sup>.

## § II. Les limites à la liberté contractuelle posées à l'article 4

**108 – Présentation des limites** – L'article 4<sup>332</sup> prévoit qu'« *on ne peut déroger, par contrat particulier, aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* ». Cette disposition fait suite à la reconnaissance explicite de la liberté contractuelle et comme toute liberté constitutionnellement reconnue, elle doit se concilier avec les autres libertés. Or, « *le contrat, en lui-même, peut être le vecteur de très nombreuses situations attentatoires aux droits fondamentaux, par exemple s'il limite la liberté du travail, la liberté d'expression, ou encore la liberté d'aller et venir* »<sup>333</sup>. Ainsi pour limiter les atteintes aux droits et libertés fondamentaux, le projet de l'Académie des sciences morales et politiques a prévu l'article 4. Cet article est d'ailleurs en corrélation avec l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>334</sup>. La liberté contractuelle n'est pas absolue car en tant que liberté économique, elle est source de créations de richesse, de pouvoirs et entraîne un risque d'abus. La liberté contractuelle subit la répression des atteintes anti-concurrentielles, l'encadrement des contrats de distribution, le formalisme des contrats de consommation, etc.

**109 – Conciliation entre droit des contrats, ordre public, bonnes mœurs et droits - libertés fondamentaux** – *Via* l'article 4, droit des contrats, ordre public, bonnes mœurs et droits et libertés fondamentaux devraient interagir. Les libertés et droits fondamentaux de nature constitutionnelle ou protégés par la Convention européenne des droits de l'homme constituent le fondement de nombreuses applications de l'ordre public, qu'il s'agisse d'un

---

<sup>331</sup> V. notamment l'article de C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », spéc. p. 115, n°4 in F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

<sup>332</sup> V. pour une approbation de cet article, P. SARGOS, « Les perspectives de réforme du droit des obligations et de la responsabilité », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 671, Janvier 2010, repère 1.

<sup>333</sup> P.-Y. GAHDOUN, *J.-Cl. Civil Annexes*, V° « Libertés », fasc. 20, n° 5.

<sup>334</sup> Article 52-1 : « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

ordre public de protection ou de direction<sup>335</sup> : « *c'est, en effet, à leur aune que sont appréciées les limites de toutes les mesures impératives constitutives de l'ordre public de direction ; surtout, l'État est, de plus en plus, tenu à organiser directement leur application, ce qu'il fait souvent, d'ailleurs, par la mise en place d'autorités spécialisées réputées indépendantes, dotées de pouvoirs variables de régulation, de recommandation ou d'interventions (parfois même comme parties dans des instances judiciaires), voire de sanctions* »<sup>336</sup>. Les différentes libertés doivent être conciliées entre elles et des limitations « nécessaires » et « proportionnées » sont appliquées ; elles s'apprécient au regard des intérêts en présence, particulièrement dans les rapports horizontaux. Face à plusieurs libertés, le juge doit peser les intérêts en présence pour décider laquelle faire prévaloir. C'est ce à quoi s'applique le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une question de constitutionnalité d'une loi.

La Cour européenne des droits de l'homme procède de la même façon. S'agissant de cette dernière, jusqu'à une époque assez récente, la Cour EDH s'intéressait peu au droit des contrats. En effet, la CEDH n'intervenait que ponctuellement dans cette matière et de façon indirecte. Il a fallu attendre l'« *avis de tempête* » du 13 juillet 2004<sup>337</sup> relatif à une clause testamentaire qui excluait un enfant adopté de ses droits successoraux pour que la Cour intervienne dans un différend purement privé bien qu'elle ait pu rappeler à cette occasion qu'il ne s'agissait pas, en principe, de son champ d'application, mais dans l'exercice de son contrôle, elle ne peut rester silencieuse lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique « *apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* »<sup>338</sup>. Cette orientation a reçu plusieurs applications successives dans des matières diverses intéressant le droit des contrats : baux d'habitation<sup>339</sup>, assurance maladie<sup>340</sup>, pension retraite<sup>341</sup> etc.

À cette occasion, la cour se livre à une pesée des intérêts en présence comme peut le faire le Conseil constitutionnel face à la mise en œuvre de plusieurs libertés et droits

---

<sup>335</sup> Il existe un lien entre ordre public et droits fondamentaux car ces derniers peuvent s'intégrer dans la catégorie plus large de l'ordre public humaniste. V. plus généralement M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, spéc. n° 423, p. 258. Toutefois il reste une distinction importante : toute violation à l'ordre public est automatiquement prohibée tandis que l'atteinte à un droit fondamental ne sera prohibée qu'en l'absence d'un intérêt légitime et si l'atteinte est disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi.

<sup>336</sup> P. LECLERCQ, *J-Cl. civil code*, article 6 : « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », février 2011, n° 31.

<sup>337</sup> CEDH, 13 juillet 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/Andorre* ; *JCP G.* 2005, I, 103, obs. F. SUDRE ; *RTD Civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>338</sup> CEDH, 13 juillet 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/Andorre*, n° 59.

<sup>339</sup> CEDH, 3<sup>ème</sup> section, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède*, n° 23883/06.

<sup>340</sup> CEDH, 1<sup>ère</sup> section, 8 janvier 2009, *Affaire Schlumpf c/Suisse*, n° 29002/06.

<sup>341</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> section, 17 février 2011, *Andrle c/République Tchèque*, n° 6268/08.

fondamentaux. L'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède* du 16 décembre 2008<sup>342</sup> l'illustre bien. En l'espèce, un couple d'origine iraquienne s'opposait à son bailleur suédois car lors de leur entrée dans les lieux, les preneurs avaient trouvé, installée sur la façade de leur appartement, une antenne parabolique qui leur avait permis de capter des programmes de télévision en arabe, ils pouvaient ainsi garder contact avec leurs pays d'origine. Tout se passa pour le mieux jusqu'à ce que l'immeuble fût vendu à une société civile immobilière. Le nouveau bailleur demanda le démantèlement de l'équipement satellite en s'appuyant sur une clause du contrat de bail stipulant que le locataire ne pouvait installer des antennes extérieures sans y avoir été spécialement autorisé. Selon le propriétaire, l'antenne pouvait causer aux personnes et aux biens des dommages dont il serait responsable. Les preneurs refusèrent le démontage, la résiliation du bail fut signifiée et les tribunaux furent saisis. Les preneurs ont alors fait valoir devant la Cour EDH que ces déboires avaient entraîné pour eux une atteinte à leur droit à la liberté de recevoir des informations expressément garanti par l'article 10 de la Convention. Et à l'unanimité, les juges européens ont estimé que, en dépit de sa marge d'appréciation, l'État suédois avait effectivement manqué à son obligation positive de protéger ce droit. Ils ont opposé l'intérêt du bailleur qui se prévalait de considérations esthétiques et cherchait à se prémunir des risques faibles de voir sa responsabilité engagée du fait d'une chute de l'antenne et l'intérêt des preneurs à recevoir des informations de leur pays natal et à maintenir pour leurs enfants un lien avec leur langue et culture d'origine.

**110 – Article 4 et le contrôle de proportionnalité** – La rencontre du principe de proportionnalité et du droit des contrats est au cœur de l'article 4 qui prévoit qu'un contrat ne pourra porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux « *que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* ». L'effet horizontal<sup>343</sup> applicable au droit des contrats sera par ailleurs particulièrement propice à la conciliation droit des contrats- libertés et droits fondamentaux. Or si les liens entre droit des contrats et les droits fondamentaux ont été tissés par la jurisprudence<sup>344</sup>, ce « *contrôle de proportionnalité privatisé* »<sup>345</sup> n'est connu des juridictions civiles françaises que depuis récemment.

---

<sup>342</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « L'assujettissement du contrat à la convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.* 2009, p. 281, CEDH, 3<sup>ème</sup> section, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, n° 23883/06.

<sup>343</sup> L'effet horizontal s'analyse dans les relations privées comme « une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels » : V. J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé*, La Documentation française, 2001. Cet effet conduit le juge européen à connaître, en sus du conflit classique qui oppose l'individu à l'État, du conflit entre deux droits ou intérêts individuels.

<sup>344</sup> V. notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, du 22 mars 2006, n° 04-19.349 : « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que Mme Pierrette X... avait établi sa résidence chez sa mère qui*

L'arrêt rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile le 4 décembre 2013<sup>346</sup> constitue une parfaite illustration de ce contrôle de proportionnalité qui opère entre des intérêts privés pris en compte en tant que tels, sans chercher à les placer sous la bannière de l'intérêt général. En l'occurrence, M<sup>me</sup> X et M. Y s'étaient mariés le 6 septembre 1969 et de cette union, une fille était née en 1973. Suite au divorce du couple, M<sup>me</sup> X épouse le père son ex-mari, M. R-Y. Le mariage était normalement impossible en raison de l'article 161 du Code civil qui prohibe en ligne directe le mariage entre tous les ascendants et descendants et les alliés de la même ligne, même avec une dispense. Toutefois, bien que prohibé, le mariage fut célébré. En 1990, l'époux R-Y consent une donation à sa petite-fille et décède en 2005 laissant pour lui succéder son fils, M. Y et désignant son épouse comme légataire universelle. M. Y assigne alors M<sup>me</sup> X en nullité du mariage. La cour d'appel fit alors droit à la demande de nullité. Logiquement, la Cour de cassation aurait dû approuver le raisonnement de la cour d'appel car ce mariage entrait dans le cadre des nullités absolues et il n'y avait aucune disposition du droit interne qui permettait de sauver ce mariage. Làs ! La Haute cour estime « *qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec M<sup>me</sup> Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». La Cour de cassation écarte la législation française relevant de l'ordre public matrimonial en s'appuyant sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle se fonde de plus sur la durée du mariage et l'absence d'opposition. Par la suite, un communiqué officiel de la Cour a précisé que la portée de cet arrêt se limitait au cas particulier examiné. Si le but était de masquer l'importance de cette révolution, l'objectif est manqué car le communiqué ne fait que souligner la naissance d'une solution individuelle non reproductible

---

*occupait personnellement le logement et que les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé* », à savoir l'article 8-1 de la Convention EDH. Pour une étude d'ensemble, V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, T. 1, *Le contrat-le consentement*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 549.

<sup>345</sup> PH. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, CH. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

<sup>346</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 04 décembre 2013, n° pourvoi : 12-26.066, *D.* 2014, p. 179, note F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2014, p. 153, point de vue de H. FULCHIRON ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ famille*, 2014, 124, obs. S. THOURTE ; *RTD Civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *RTD Civ.* 2014, p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; « *qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

et la prise en compte du cas particulier ! La cour s'est, ici, livrée à une pesée des intérêts privés et a choisi de faire pencher la balance du côté de la veuve.

Dans un arrêt du 13 novembre 2014<sup>347</sup>, la Cour de cassation s'est à nouveau essayée au contrôle de proportionnalité avec mise en balance des intérêts en cause en reconnaissant au visa de l'article 8 de la Convention EDH une action tendant à la reconnaissance de l'ascendance génétique par voie d'expertise. Dans les faits, Jacques P. avait saisi le tribunal d'une requête pour être autorisé à exhumer le corps de la personne qu'il pensait être son père biologique à fin d'expertise génétique. Son action ne tendait pas à contester sa filiation, l'action étant prescrite, ni à remettre en cause une succession déjà liquidée, il souhaitait uniquement obtenir une certitude sur ses origines, son ascendance. La Cour de cassation consacre alors l'existence d'une action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise, toutefois elle poursuit en retenant que lorsque cette action nécessite une exhumation, elle est subordonnée à la mise en cause des ayants droits du défunt, ce qui n'avait pas été le cas ; en conséquence, l'existence de cette fin de non-recevoir, étant d'ordre public en matière d'état des personnes, a conduit au rejet de la demande.

**111 – Article 4 favorisant le recours à la « pesée globale des intérêts »**<sup>348</sup> – La technique de la pesée des intérêts que l'on connaît plus particulièrement en droit européen et en droit public, sera applicable en droit interne des contrats si l'article 4 venait à être appliqué puisqu'il implique une conciliation inévitable entre le droit des contrats et les libertés et droits fondamentaux. Il est essentiel de revenir sur cette technique particulière qui constitue une méthode de raisonnement juridique inédite en droit des contrats. Globalement, il s'agit d'un mode de production juridique raisonnant autour du « *modèle de la computation, de la négociation et de la pesée qui contraste avec l'adjudication ferme (par droit et sentences) des droits subjectifs* »<sup>349</sup>. Cette pesée abandonne « *toute logique linéaire du tout ou rien (permis/interdit) au profit d'une logique gradualiste de pondération des intérêts en présence* »<sup>350</sup>. Cette opposition du tout ou rien rappelle la distinction de DWORKIN entre règles et principes : les règles ne connaissent qu'une application du tout ou rien tandis que les principes sont susceptibles du plus ou du moins ; en cas de conflit, une règle prévaut

---

<sup>347</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 2014, n° pourvoi : 13-21.018 ; D. 2014. 2342 et D. 2015. 649 obs. M. DOUCHY- OUDOT ; *AJ Famille*, 2015. 54, obs. F. CHENEDE ; D. 2015. 1070, note H. FULCHIRON ; *RTD Civ.* 2015. 103, obs. J. HAUSER.

<sup>348</sup> V. *infra* n° 282-290.

<sup>349</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2. Entre droit et non-droit: l'intérêt, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

<sup>350</sup> *Ibid.*

simplement sur une autre alors qu'un conflit de principes nécessite une conciliation entre les poids de l'un et de l'autre. Dès lors, « *les règles ne peuvent que s'appliquer ou ne pas s'appliquer alors que les principes possèdent une dimension de poids* »<sup>351</sup>. Les principes fournissent une certaine orientation laissant à l'analyste le soin d'évaluer les intérêts en fonction des éléments pertinents de l'espèce. Cette théorie marque la consécration de celle développée par Philipp HECK en 1890. L'auteur soutenait qu'une décision devait être rendue en appréciant les intérêts en présence et en estimant leur valeur législative. Cette technique a aussi été décrite par F. GENY et consiste « *à bannir le plus possible les abstractions et à considérer, face à face, pour les rechercher, les comparer et les équilibrer, les intérêts humains, dont est constitué le fonds essentiel de l'organisation juridique positive* »<sup>352</sup>. Plusieurs étapes sont nécessaires pour la pesée globale des intérêts, il faut découvrir les intérêts des parties, peser les intérêts et déterminer les intérêts qui doivent être protégés prioritairement. La pesée globale des intérêts procède d'une délégation de pouvoir normatif accordé au juge et la décision a la particularité de ne s'appliquer que pour le cas d'espèce donné. Elle donne naissance à une règle individuelle non reproductible, ce qui explique pourquoi les juristes redoutent ce cadre général non précis. En effet, ils se sont montrés particulièrement hostiles à cette démarche de pesée. Par exemple, le Doyen CARBONNIER, pourtant grand héraut du « flexible droit », notait sur la notion « d'intérêt de l'enfant » : « *c'est la notion magique. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable ; que dans la conduite de sa vie, chacun ne s'en tire qu'en identifiant ses désirs et intérêts. Et il faudrait que le juge juge de l'intérêt d'autrui!* »<sup>353</sup>.

**112 – Conclusion** – L'article 4 en prévoyant une confrontation entre droit des contrats et ordre public, libertés et droits fondamentaux déclenche la mise en œuvre de la technique de la pesée globale des intérêts, technique pourtant peu connue en matière contractuelle. Si les données humaines ne doivent pas être oubliées, cet « humanisme juridique » n'est pas sans conséquence quant à la mise en œuvre du droit. Les juges civils se verront probablement

---

<sup>351</sup> O. PFERSMANN et G. TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 28.

<sup>352</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1919, T. II, p. 394.

<sup>353</sup> J. CARBONNIER, Note sous Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 675. Il poursuit en indiquant que « *la pesée des intérêts n'est pas tellement dans le rôle des juges* ».

confrontés à un nouveau mode de raisonnement<sup>354</sup> et si la décision conservera certainement une construction classique tirée du syllogisme, la mise en balance devrait trouver à s'appliquer. Cette application impliquerait une véritable révolution méthodologique<sup>355</sup> déjà en marche pour la Cour de cassation<sup>356</sup> pour qui l'appréciation des faits et la pesée des intérêts ne relèvent normalement pas de sa compétence. En effet, la Cour de cassation ne s'aventure pas sur le terrain du fait et fonde toujours sa décision sur la loi plutôt que sur l'appréciation des faits. Bien plus, « *cette logique pourrait aboutir à une jurisprudence casuistique se substituant à la jurisprudence quasi législative de la Cour de cassation* »<sup>357</sup>. Or une telle évolution suscite la colère des civilistes classiques qui voient remettre en cause la cohérence du système civiliste « *au profit d'un droit compliqué, fragmenté, éclaté, une poussière de nombreux droits subjectifs sans véritable règle générale* »<sup>358</sup>. La proportionnalité et la pesée des intérêts s'approprient à envahir la jurisprudence civile *via* l'article 4 et de façon plus générale par la coexistence de plusieurs principes directeurs, tout comme le droit souple a envahi la législation. Le paysage juridique en sera sans nul doute transformé<sup>359</sup>.

### § III. L'article 5 relatif à la bonne foi

**113 – Champ d'application de la bonne foi** – L'article 5 dispose que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ». Le champ d'application de la bonne foi est étendu au stade de la formation du contrat, confirmant ainsi les solutions jurisprudentielles relatives à la rupture des pourparlers<sup>360</sup> et au pacte de préférence<sup>361</sup>. Par comparaison, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la

---

<sup>354</sup> V. *infra* n° 266 et suivant sur la révolution de l'acte de juger et de motiver.

<sup>355</sup> V. en ce sens, le point de vue de H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? » *D.* 2014, p.153.

<sup>356</sup> V. en ce sens l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation : B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326 ; CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641 ; « Motivation. Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 2015, 878 ; « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263.

<sup>357</sup> PH. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, CH. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

<sup>358</sup> Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », 1804-1904, in *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 24.

<sup>359</sup> V. *infra* n° 266 et suivants sur la révolution de l'acte de juger et de motiver.

<sup>360</sup> V. notamment P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », Travaux de l'association Henri Capitant, 1992, p. 121 ; Cass. com, 18 septembre 2012, n° pourvoi : 11-19.629 et 11-19.895 dans lequel la Cour estime que le préjudice résultant de la rupture abusive des pourparlers ne peut s'indemniser au titre de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat.

<sup>361</sup> Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 dans lequel la cour retient que si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et

prescription, dit avant-projet Catala, proposait également d'aller au-delà de l'exécution en étendant ce rôle à la formation du contrat<sup>362</sup>, en particulier lors des négociations précontractuelles. Le projet de réforme de la Chancellerie, quant à lui, proposait uniquement de sanctionner les parties qui agiraient de mauvaise foi<sup>363</sup>. Les auteurs n'avaient pas manqué de souligner que la formule était vague et réductrice : « *la bonne foi ne s'apprécie pas seulement dans un agissement mais constitue également un état d'esprit : si l'on peut agir de bonne ou de mauvaise foi on peut aussi être de bonne ou de mauvaise foi* »<sup>364</sup>. Le projet TERRE est, là encore, beaucoup plus opportun sur ce point en demeurant fidèle à notre tradition civiliste française puisque le texte ressemble grandement à l'avant-projet de Code civil de l'an VIII (bien que son impression soit faite le 1er pluviôse de l'an IX<sup>365</sup>) qui prévoyait que les contrats soient formés et exécutés de bonne foi. Disposition finalement réduite au stade de l'exécution sous l'influence de Portalis qui redoutait la redondance avec les règles protectrices du consentement.

**114 – Définition de la bonne foi** – Aucune définition n'a été donnée, les rédacteurs du projet ayant préféré « *laisser le juge apprécier au regard des circonstances* »<sup>366</sup>. Il est aussi précisé que la collaboration n'est pas détachée de la bonne foi par choix, cette reconnaissance en droit français n'étant pas générale puisque c'est un principe qui dépend des contrats, et des phases contractuelles. Il a été jugé préférable de laisser le juge libre de l'inclure si la situation l'exige en ayant recours au principe général de bonne foi. Cette absence de définition, si elle se comprend, risque toutefois de ne pas rassurer la doctrine qui craint l'insécurité juridique générée par un tel principe et le pouvoir tout puissant des juges qui pourraient s'immiscer dans le contrat.

---

d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

<sup>362</sup> V. dans l'avant-projet l'article 1104 : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* » ; l'article 1104-1 : « *Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination* » ; l'article 1106-1 pour le pacte de préférence et l'article 1134 alinéa 3 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être modifiées ou révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des raisons que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

<sup>363</sup> V. dans le projet, l'article 18 : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi. Toutefois il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

<sup>364</sup> R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* 2008, I. 190.

<sup>365</sup> J-E-M. PORTALIS, « Discours préliminaire au Code civil », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, 1968, T.1, p. 463.

<sup>366</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, spéc. p. 117, n° 8.

Une limite pourrait être juridiquement opportune. On pourrait ainsi prévoir que « *si le principe selon lequel les conventions doivent être formées et exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une faculté offerte à l'un des contractants, il ne l'autorise pas à toucher à la substance même du contrat (droits et obligations), convenue par les parties* » par exemple.

Une autre amélioration serait également souhaitable, remplacer le terme de « *devoir* » par « *obligation* », le devoir a un sens moral non contraignant juridiquement.

**115 – Impérativité de la bonne foi** – Il est pertinent de rappeler l'impérativité de ce principe qui ne peut être ni exclu ni limité.

**116 – Conclusion** – La formulation du principe de bonne foi proposée par le projet de l'Académie des sciences morales et politiques semble plus pertinent que le premier projet de la Chancellerie. En effet, d'une part il regroupe toutes les facettes de la bonne foi (être et agir de bonne foi), d'autre part sa définition est laissée à la sagesse des juges qui sauront apprécier les différents avatars de la bonne foi (loyauté, collaboration) pour sanctionner éventuellement leur manquement à l'aune de la bonne foi. Toutefois, quelques améliorations restent possibles : par exemple limiter le domaine d'application de la bonne foi et penser ce principe comme une obligation juridique et non pas comme un devoir moral.

#### § IV. L'article 6 relatif au principe de cohérence

**117 – Consécration du principe de cohérence** – L'article 6 prévoyant qu' « *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportement antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime* » consacre le principe de cohérence<sup>367</sup> ou dit autrement l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Il est induit de différents projets européens<sup>368</sup>. S'il se retrouve principalement en droit anglais, son origine viendrait du droit

---

<sup>367</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2002. Ce principe permet au juge de sanctionner une partie qui aurait pris position à un moment du contrat et puis qui en adopte une autre par la suite en portant atteinte aux droits de l'autre. C'est une application de l'adage « *non concedit venire contra factum proprium* ».

<sup>368</sup> V. les Principes Unidroit, art.18 et *Projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de Législation Comparée, SLC, vol. 7., 2008, art. 0 : 304.

romain et on en retrouve des racines dans le droit français avec le terme « *estouper* » signifiant « empêcher » d'où sa traduction par l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (empêcher un tel comportement). La notion est proposée comme un principe général du droit<sup>369</sup> par E. GAILLARD ce qui a suscité un très vif engouement de la doctrine<sup>370</sup>. En Angleterre, l'estoppel, qui est une notion largement appliquée demeure pourtant « *insaisissable* »<sup>371</sup>. En effet, il n'existe pas un mécanisme général d'estoppel mais une multitude, avec des régimes et fonctions différents. On notera quelques espèces variées<sup>372</sup> : *Estoppel by record ou estoppel per rem judicatam, estoppel by deed, proprietary estoppel*<sup>373</sup> ; *estoppel by convention, estoppel by representation, promissory estoppel*<sup>374</sup>, etc. On comprend alors pourquoi sa réception en droit français a pu se faire *via* des mécanismes divers et variés : cohérence, loyauté, bonne foi, confiance légitime, apparence, abus de droit, tantôt règle de procédure tantôt règle de fond, produisant des effets multiples, acceptation tacite, renonciation, déchéance etc. De prime abord, l'estoppel a été reconnu par la jurisprudence française en matière d'arbitrage<sup>375</sup> dans un arrêt du 06 juillet 2005. Dans ce litige, les juges

<sup>369</sup> E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, 1985, 241.

<sup>370</sup> V. notamment O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Thèse Lyon III, 1990 ; M-C. CAUCHY-PSAUME, *L'estoppel by representation : étude comparative de droit privé français et anglais*, Thèse Paris XI, 1999 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997 ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001 ; L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, 2004 ; M-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz-Sirey, NBT, 2003.

<sup>371</sup> V. G. C CHESHIRE et C.H.S FIFOOT, *Central London Property Trust Ltd v. High trees House Ltd*, 1947, 68. L.Q.R. 283 : « *peu de doctrines sont à la fois si potentiellement riches et si peu satisfaisantes* ». « *L'estoppel est plus souvent cité qu'appliqué, et plus appliqué que compris* », cité in B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, vol. 4, 2007, spéc. p. 15.

<sup>372</sup> A. LEOPOLD avait dénombré douze variétés d'estoppels en 1991 mais d'autres types ont été relevés depuis. V. M. SPENCE, *Protecting Reliance : the Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*, 1999, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, p. 2, note 3 in B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, vol. 4, 2007, spéc. p. 15.

<sup>373</sup> Il s'agit de la version la plus ancienne de l'estoppel, consacrée dès le XVII<sup>ème</sup> siècle en permettant de transférer les droits réels sur un bien : « *Lorsqu'une personne fait une représentation ou une promesse à une autre concernant un intérêt ou un droit dans une propriété ; et que l'autre agit sur la foi de cette représentation ou promesse, cette personne, propriétaire d'un bien, ne peut plus faire valoir ses propres droits sur sa propriété* » in B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, *op.cit.* Pour jouer, le proprietary estoppel suppose la detrimental reliance et la croyance qu'on allait acquérir légalement un droit sur la propriété du bien. C'est donc un mécanisme offensif permettant la création de droits.

<sup>374</sup> Il s'agit de la version la plus moderne de l'équitable estoppel, dès lors qu'a été admis que toutes les promesses, qu'elles soient frauduleuses ou faites de bonne foi, orales ou écrites pouvaient fonder un estoppel. Il faut une promesse ou représentation claire et non équivoque quant à une conduite future, l'autre doit avoir agi sur le fondement de cette promesse. Au contraire du propriety estoppel, le promissory estoppel n'est qu'un moyen de défense, un bouclier « shield ».

<sup>375</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 06 juillet 2005, n° pourvoi 01-15.912, Bull. 2005 I. n° 302, p. 252 ; D. 2005, pan. 3060, obs. TH. CLAY ; *Rev. crit. DIP* 2006, 602, obs. H. MUIR-WATT ; *RTD Com.* 2006, 309, obs. E. LOQUIN : « *mais attendu que l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturation, a justement décidé que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable* ».

ont estimé que le demandeur à l'arbitrage ayant participé pendant plus de neuf ans à la procédure était irrecevable à soutenir que la juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle. Pour rendre cette décision, les juges ont raisonné sur la base de la « règle de l'estoppel », privant le demandeur de la possibilité de contester l'existence de la convention d'arbitrage sur laquelle il s'était lui-même fondé pour l'initier. L'estoppel serait à classer dans les fins de non-recevoir<sup>376</sup>. Par la suite, la jurisprudence a peu à peu étendu son recours au principe de cohérence, avec une apparition timide tout d'abord, puis de façon expresse ensuite.

**118 – Une apparition timide** – Le principe de cohérence est apparu timidement, tout d'abord, avec l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 27 février 2009<sup>377</sup>. En l'occurrence, le litige opposait principalement trois sociétés. La première (société Sédéa) avait commandé à la deuxième (société Distratel) des récepteurs décodeurs fabriqués par une troisième société (société X-com). Quelques mois après cette commande, la société Sédéa apprend que la licence nécessaire à la fabrication et commercialisation de l'un des dispositifs de décryptage incorporés aux récepteurs avait été refusée, les décodeurs étant interdits à la vente ! Une première assignation eut lieu devant le tribunal de commerce de Lille afin que la société Sédéa puisse obtenir, de la part de la société Distratel, réparation de son préjudice résultant de l'impossibilité de vendre les décodeurs. Suite à un jugement d'incompétence, la demande d'indemnisation est menée devant le tribunal de commerce de Tours sur le fondement de la nullité ou résolution de la vente cette fois-ci. Parallèlement, Sédéa avait également assigné la société X-com à Grenoble afin d'obtenir la livraison forcée de décodeurs identiques en exécution d'une autre convention. La Cour d'appel d'Orléans rejeta la première demande de la société Sédéa contre la société Distratel en raison de l'argumentation soutenue devant la juridiction grenobloise : la société Sédéa ne pouvait pas « *dans le même temps se plaindre, à Lille puis à Tours, de l'impossibilité pour elle de commercialiser [les décodeurs], tout en exigeant, à Grenoble, leur livraison* ». Ainsi les juges du fond, pour déclarer les demandes de Sédéa irrecevables, relevèrent que l'examen des procédures successivement menées en référé puis au fond soulignait que la société Sédéa n'avait cessé de se contredire au détriment de ses

---

<sup>376</sup> V. Art. 122 du Code de procédure civile : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

<sup>377</sup> Cass. Ass. Plén., 27 février 2009, n° 07-19841, *JCP G* 2009, II, 10073 note P. CALLÉ ; *D.* 2009, p. 723, obs. X. DELPECH ; *D.* 2009, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; V. également l'article de D. HOUTCIEFF, « Essai de maïeutique juridique, la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G* 2009, 463.

adversaires, en conséquence, ce comportement a été sanctionné «*en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel)*». On ne peut réclamer une chose et son contraire. Le comportement de la société Sédéa était pourtant parfaitement compréhensible puisqu'au moment de l'assignation devant les juridictions grenobloises, elle ignorait encore que les décodeurs étaient interdits à la vente ! Il était cohérent de demander l'exécution forcée à la société X-com. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond sous le visa de l'article 122 du code de procédure civile au motif que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* ». En l'espèce, les hauts magistrats ont retenu que les actions engagées par la société Sédéa n'étaient pas de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties, les contradictions évoquées n'apparaissaient pas illégitimes<sup>378</sup>. L'estoppel ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui apparaît timidement à travers cette décision : la cour se réserve le droit d'en contrôler l'application. Ainsi, la Cour de cassation ne semble pas remettre en cause l'existence de l'estoppel même si elle critique les modalités d'application faite du principe par les juges du fond. Or, l'estoppel ne va pas de soi : « *en effet, si la Cour de cassation, dans un arrêt prononcé en 2005, a fait une application de la règle de l'estoppel dans le domaine particulier de l'arbitrage international, elle n'a rendu aucune décision consacrant en quelque autre matière la même notion, notamment en droit des obligations ou dans le droit commun de la procédure civile* »<sup>379</sup>. L'évocation du principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui était timide et se présentait comme une notion greffée à l'estoppel.

Poursuivant son œuvre, la Haute Cour mit en place des critères d'application de l'estoppel dans un arrêt du 03 février 2010<sup>380</sup>. Dans cette décision, la cour d'appel avait retenu la qualification d'estoppel de l'attitude procédurale de la société Merial. La Haute Cour, au visa

---

<sup>378</sup> V. en ce sens, le rapport du Conseiller rapporteur, *op. cit* ainsi que la note de D. HOUTCIEFF, « La demi consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *D.* 2009, p. 1245.

<sup>379</sup> Rapport du Conseiller rapporteur, M. BOVAL, pour l'arrêt n° 573, du 27 février 2009 : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/boval\\_conseiller\\_12302.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/boval_conseiller_12302.html).

<sup>380</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010, n° pourvoi 08-21.288, *Bull.* 2010, I, n° 25, *JCP G* 2010, actu. 178, obs. J. ORTSCHIEDT et *JCP G* 2010, n° 626, note de D. HOUTCIEFF ; *D.* 2010, 448 obs. X. DELPECH, et *D.* 2010, 2966, obs. TH CLAY : « *qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un estoppel, et, d'autre part, que l'absence de contestation par la société Merial de la recevabilité de la demande reconventionnelle de la société Klocke entre l'ordonnance du 12 avril 2006 et le procès-verbal d'audience du 12 mai 2006 n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » – Adde E. KLEIMAN, « Stop ! Définition nécessaire de l'estoppel, entre faveur à l'arbitrage et droit d'accès au juge », *JCP G* 2010, 303 et E. AGOSTINI, « L'estoppel et les trois unités », *D.* 2010, p. 285.

des articles 1502-3 et 1504 du code de procédure civile casse l'arrêt d'appel en retenant que « *le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un estoppel* ». Trois critères sont posés :

- le changement de position,
- en droit,
- de nature à induire son partenaire en erreur sur ses intentions.

On trouve depuis cet arrêt quelques applications de l'estoppel : ainsi dans un arrêt de 2010, les juges estiment : « *qu'il ressort de l'arrêt et des productions que M. X... a soutenu devant la cour d'appel que le premier juge était incompétent pour connaître de l'affaire, qui relevait selon lui de la juridiction administrative ; qu'il est irrecevable à soutenir devant la Cour de cassation une position contraire à celle adoptée devant les juges du fond* »<sup>381</sup>, le demandeur ne peut soutenir l'incompétence d'une juridiction devant les premiers juges puis adopter une position contraire par la suite.

Dans un arrêt du 19 décembre 2012<sup>382</sup>, la Cour de cassation a confirmé que l'estoppel est bel et bien une fin de non-recevoir et qu'elle n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation en l'absence de toute fraude procédurale. Une loyauté en matière procédurale s'élève, elle fonctionnerait comme une fin de non-recevoir plutôt qu'une défense au fond. L'estoppel se distinguerait de l'exécution de bonne foi des contrats car la sanction d'un manquement à une obligation contractuelle se trouve dans un rejet de la demande au fond et non dans l'irrecevabilité.

---

<sup>381</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 septembre 2010, n° 09-68.120, Bull. 2010, II, n° 148 : « *mais attendu qu'il ressort de l'arrêt et des productions que M. X... a soutenu devant la cour d'appel que le premier juge était incompétent pour connaître de l'affaire, qui relevait selon lui de la juridiction administrative ; qu'il est irrecevable à soutenir devant la Cour de cassation une position contraire à celle adoptée devant les juges du fond ; Et attendu qu'ayant relevé que l'ordonnance de référé suspendant les effets de l'arrêté d'attribution à la société de la licence, indispensable à son exercice professionnel, avait été rendue à la requête de M. X..., qu'elle constituait un titre exécutoire et que sa notification avait été ordonnée, en sorte que la société n'avait pas d'autre choix que d'arrêter son exploitation, la cour d'appel, qui n'avait pas d'autre recherche à effectuer, en a exactement déduit que, le titre ayant été anéanti par le jugement rejetant au fond le recours en annulation, M. X... devait, par application de l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991, restituer la société dans ses droits en nature ou par équivalent* ».

<sup>382</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° 11-13.269 : « *en relevant que la société B. avait soutenu que la méconnaissance de la règle de l'estoppel constituait une violation de l'ordre public international, la cour d'appel a, sans modifier l'objet du litige, et sans dénaturation, jugé à bon droit que cette violation, à la supposer démontrée, ne caractérisait pas, en l'absence de toute fraude procédurale, l'un des cas d'annulation ouverts par l'article 1502 du code de procédure civile, de sorte que la reconnaissance et l'exécution de la sentence partielle n'étaient pas contraires à l'ordre public international ; que les griefs ne sont pas fondés* ».

Un arrêt du 14 novembre 2013<sup>383</sup> est venu préciser qu'en application de l'article 123 du Code de procédure civile « *les fins de non-recevoir peuvent être opposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* ». Par conséquent, encourt la censure l'arrêt qui déclare une partie irrecevable à soulever la fin de non-recevoir tirée de son défaut de qualité de locataire alors que cette qualité n'a été contestée ni à la réception du congé ni devant les juges commerciaux et de la cour d'appel de sorte que, selon les juges du fond, cette partie ne pouvait invoquer cette fin de non-recevoir sans se contredire au détriment d'autrui. De cette suite jurisprudentielle, il apparaît que la Cour de cassation greffe l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui à l'estoppel procédural en rattachant ses solutions à divers articles du code de procédure civile. Le principe de cohérence, dans ces différents arrêts, n'est pas consacré comme un mécanisme autonome et objectif.

En témoigne un dernier arrêt récent, rendu par la chambre commerciale le 10 février 2015<sup>384</sup> qui est venu préciser le champ d'application du principe de l'estoppel en matière procédurale. Dans les faits, un contrat dénommé « contrat d'agent commercial » avait été signé entre une société d'édition et Madame X à des fins de promotion et de diffusion d'ouvrages dans les Deux Sèvres. La société d'édition avait demandé la résiliation du contrat et fut condamnée en première instance à payer diverses indemnités à Madame X. Devant la cour d'appel, la société avait alors développé le moyen selon lequel le contrat régissant les relations des parties n'était pas un contrat d'agent commercial. Se fondant sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, la cour d'appel avait déclaré ce moyen irrecevable après avoir rappelé que la règle de l'estoppel, selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, est le corollaire du principe de loyauté qui doit présider aux débats judiciaires, elle avait alors énoncé que le droit pour une partie d'invoquer un moyen nouveau ne l'autorisait pas à se contredire, or en invoquant l'application du contrat d'agent commercial en première instance, la société ne pouvait ensuite contester cette qualification en appel. La Haute cour, au visa des articles 72 et 563 du Code de procédure civile, censure ce raisonnement aux motifs

---

<sup>383</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 novembre 2013, n° 12-25.835.

<sup>384</sup> Cass. com., 10 février 2015, n° 13-28.262, D. n° 8 du 28 février 2015, p. 439 ; *JCP Ent et Aff.* 2015. 1189, note N. DUPONT : « Estoppel et appel » et *JCP G* 2015, 470, note N. FRICERO : « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! ».

« que les défenses au fond peuvent être invoquées en tout état de cause » et « pour justifier les prétentions qu'elles ont soumises au premier juge, les parties peuvent, en cause d'appel, invoquer les moyens nouveaux ». Cet arrêt permet ainsi d'assurer la prééminence des droits de la défense et d'affirmer la faculté procédurale d'invoquer en tout état de cause des défenses au fond et d'alléguer ensuite des moyens nouveaux à l'appui des prétentions qui ont été soumises au premier juge. Au final, il importe peu que les moyens nouveaux soient contradictoires avec les moyens soulevés devant les premiers juges à partir du moment où les prétentions ne sont pas nouvelles et qu'il y a respect des exigences procédurales. Il est possible de penser que l'arrêt consacre un « permis légal de se contredire »<sup>385</sup>. La solution paraît tout à fait opportune car si l'irrecevabilité de la demande résultant d'une contradiction est un instrument de moralisation face aux stratégies de certains avocats qui agissent dans une intention dilatoire, la prudence s'impose car comment savoir de façon certaine que le moyen nouveau résulte d'un comportement déloyal et non d'une simple erreur de stratégie ? Par ailleurs, pourquoi empêcherait-on une partie de revenir sur la qualification des faits au motif qu'elle se contredit alors que le juge n'est normalement pas lié à la qualification retenue par les parties en application de l'article 12 du Code de procédure civile ? Comme l'observe un auteur<sup>386</sup> « le juge lui-même peut inciter les parties à se contredire. Il le fait quand, en application de l'article 12 du Code de procédure civile, il leur propose une nouvelle qualification juridique des faits ou actes litigieux, en contradiction avec la qualification jusque-là débattue ». Il faut alors constater que le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui applicable en procédure civile se rattache à l'estoppel et ne permet pas de sanctionner toutes les incohérences.

En atteste un dernier arrêt très récent<sup>387</sup> dans lequel la Cour de cassation estime que « l'action engagée devant la juridiction prud'homale était distincte de celle qui s'était terminée par un jugement définitif rendu par le tribunal d'instance », de sorte que la cour d'appel a violé le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, et l'article 122 du Code de procédure civile, en déclarant la demande irrecevable au motif que le demandeur ne pouvait à la fois revendiquer la qualité de non salarié devant le juge d'instance et soutenir devant la juridiction prud'homale qu'il revêtait la qualité de salarié sans se

---

<sup>385</sup> N. FRICERO « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », *JCP G* 2015, 470 précité.

<sup>386</sup> G. BOLARD, « le droit de se contredire au détriment d'autrui », libres propos, *JCP G* n° 6 du 9 février 2015, 146.

<sup>387</sup> Cass. soc., 22 septembre 2015, n° 14-16.947.

contredire, la contradiction constituant, selon la juridiction de second degré, une fin de non-recevoir. Les incohérences « légitimes » sont sauvées par la Cour de cassation.

**119 – Une apparition remarquée** – La jurisprudence, n'étant pas à une contradiction près, n'a pas hésité à consacrer de façon expresse le principe de cohérence dans un arrêt du 20 septembre 2011<sup>388</sup> rendu par la chambre commerciale dans lequel la cour affirme que la société qui avait elle-même formé et instruit le pourvoi contre l'arrêt ayant abouti à la cassation partielle de cet arrêt, ne pouvait, sans se contredire au détriment des autres sociétés, se prévaloir devant la cour de renvoi de la circonstance qu'elle aurait été dépourvue de personnalité juridique lors des instances ayant conduit à ces décisions. Pour cela, elle se pare du « *principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui* » sans avoir recours à des articles du code de procédure civile. Dès lors, si jusqu'à présent, ce principe était essentiellement le fruit d'une interprétation doctrinale et de la jurisprudence *a posteriori*, avec cet arrêt il devient un principe normatif : « *il n'a plus seulement vocation à permettre la lecture des décisions passées, mais également à prévoir les arrêts futurs en régissant les comportements de manière générale et abstraite* »<sup>389</sup>. Si la sanction d'une telle contradiction qui consiste en une inefficacité du comportement contradictoire à l'aune d'une fin de non-recevoir est solide, d'autres pans de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui restent à conforter. Un auteur met effectivement en garde : « *parce qu'il repose sur la logique plutôt que sur le sentiment et l'équité, le principe de cohérence a cet avantage d'être moins subjectif que d'autres notions, telles que la bonne foi ou l'équité. Sa formulation abstraite n'en demeure pas moins tout aussi riche de potentialités que de dangers* »<sup>390</sup>.

Un arrêt du 22 mai 2013<sup>391</sup>, également rendu par la chambre commerciale, est venu contrôler la mise en œuvre du « principe de cohérence ». En l'espèce, la société D. faisait grief à la cour d'appel d'avoir rejeté la fin de non-recevoir soulevée par elle pour défaut de qualité pour agir de la société C-E. La Haute Cour estime, au contraire, que « *loin de se borner à affirmer que le principe de cohérence n'est pas en cause, l'arrêt relève que si la société C-E s'est présentée, dans l'assignation, comme subrogée dans les droits de la société financière Z, souscripteur de la police, elle a, après les remarques de la société D sur l'absence de tout préjudice subi par celle-ci, fait valoir une subrogation légale dans les droits*

---

<sup>388</sup> Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-22.888, *JCP G*, 2011, 1250, note D. HOUTCIEFF.

<sup>389</sup> D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G* 2011, 1250, note sous arrêt.

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>391</sup> Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-26.543.

*des sociétés Centrale d'achats Zannier et IKKS junior, propriétaires des marchandises disparues ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la société C-E avait précisé sa qualité à agir au titre de la subrogation ce qui n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, au détriment de son adversaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». La chambre commerciale applique les critères dégagés pour l'estoppel procédural élaborés dans l'arrêt précité du 03 février 2010. Une confusion s'instaure entre l'estoppel procédural et le principe de cohérence (ou dit autrement principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui).

Ce principe de cohérence n'est pas univoque comme en témoigne également un arrêt du 24 septembre 2014 rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile. En l'espèce, un couple projetait de doter une fondation de droit étasunien d'actifs issus d'autres entités leur appartenant lorsqu'ils seraient morts. Le fils du couple, étant par ailleurs l'unique héritier réservataire de la mère, sollicita la Cour Suprême de l'État de New-York pour être désigné comme administrateur de la fondation. Il affirmait, devant le juge américain, qu'il entendait uniquement s'assurer que les actifs soient bien répartis conformément aux souhaits du père défunt et qu'il ne désirait pas se les accaparer. Mais devant le juge français, il effectua une action pour faire constater que le père avait consenti une donation indirecte des actifs à son épouse. Les juges de la cour d'appel ont alors retenu sa contradiction, le fils ne pouvait à la fois soutenir qu'il ne cherchait pas à s'accaparer les actifs tout en effectuant une demande ayant pour conséquence de faire intégrer ces mêmes actifs dans le patrimoine de sa mère dont il était héritier. Les juges du fond déclarèrent l'action irrecevable en « *application de la règle de l'estoppel* ». La Cour de cassation censura l'arrêt sous le visa du « *principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui* » et retient que les prétentions émises par le particulier n'avaient pu induire les sociétés et fondations en erreur sur ses intentions. Si on analyse la solution, le constat suivant s'impose : la Cour applique le principe de cohérence suivant des concepts subjectifs : « *induire* » les destinataires « *en erreur* ». Elle voit « *dans l'interdiction de se contredire, un mécanisme sanctionnant une manière de faute intentionnelle, pour le moins empreinte de subjectivisme (...). L'arrêt plaque cet estoppel à la française sur le principe de cohérence* »<sup>392</sup>. Or pour un auteur<sup>393</sup> peu importe la bonne ou mauvaise foi de celui qui se contredit, ce qui importe c'est qu'il l'ait fait et que ce revirement soit préjudiciable pour la

---

<sup>392</sup> D. HOUTCIEFF, « Principe de cohérence : au commencement était le verbe... », *JCP G* 2014, 1141, note sous arrêt.

<sup>393</sup> D. HOUTCIEFF, *loc. cit.*

victime. Il existe une confusion réelle entre l'estoppel et le principe de cohérence, ce faisant, en considérant l'estoppel comme un succédané du devoir de loyauté ou un dérivé de l'obligation de bonne foi, on en vient à perdre l'intérêt de créer un principe général de cohérence ! En effet, greffer ce principe à l'estoppel n'est pas opportun puisque le principe de cohérence doit se dégager de tout carcan moral : son intérêt majeur « *est de se départir de toute subjectivité : autant vaudrait, sinon, sanctionner une déloyauté ou un manquement à la bonne foi* »<sup>394</sup>. Il n'existe pas d'intérêt à créer un principe de cohérence appréciée de façon subjective car il renvoie à des notions déjà connues.

**120 – Conclusion** – L'étude des différents arrêts évoquant le principe de cohérence souligne l'équivocité du principe qui est tantôt greffé à l'estoppel tantôt reconnu comme un mécanisme autonome et objectif. La jurisprudence ne semble dès lors pas encore prête à consacrer un principe de cohérence clair, ce qui peut faire douter de l'adéquation d'un principe directeur de cohérence. En effet, des substituts sont opératoires pour sanctionner la contradiction soit sur le terrain procédural avec l'irrecevabilité de la demande comme fin de non-recevoir soit sur le fond avec une sanction du manquement à l'obligation de bonne foi. Dès lors, à ce stade de raisonnement, on ne peut que constater qu'il n'existe pas, en droit des contrats, de principe général de cohérence mais uniquement des applications précises de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui sanctionnant soit le fond du droit (par exemple, avec la sanction des clauses contradictoires, avec la sanction de la contradiction du débiteur qui fait échec à la condition suspensive, avec la sanction de la contradiction de la garantie du fait personnel, avec la sanction de la rétractation d'une offre avant son écoulement, etc.), soit la forme avec l'irrecevabilité de la demande comme constitutive d'une fin de non-recevoir.

**121 – Conclusion générale sur les principes élaborés par le groupe de l'Académie des sciences morales et politiques** – Cette proposition de réforme du droit des contrats a suscité moins d'engouement, les principes dit « généraux » ont été peu commentés, est-ce la lassitude de la doctrine qui voit les projets se cumuler sans parvenir à une réforme ? Plusieurs observations méritaient pourtant d'être notées.

---

<sup>394</sup> *Ibid.*

Formellement, le projet dit « Terré » ne consacre pas de principes directeurs, mais on retrouve la liberté contractuelle, l'ordre public et les droits fondamentaux, la bonne foi et la cohérence dans des dispositions générales sous le « titre I. Des contrats ». Les rédacteurs du projet, les évoquent comme des « principes généraux »<sup>395</sup>. La mauvaise réception de la qualification de principes directeurs proposée par le premier projet de la Chancellerie semble avoir été prise en compte. Toutefois, cette dissimulation est maladroite car s'ils sont absents formellement, il n'en demeure pas moins que les principes directeurs restent bien présents dans le projet.

La consécration de la liberté contractuelle semble assez évidente. Elle apparaît mieux délimitée que dans le premier projet de la Chancellerie.

L'ordre public et les droits fondamentaux se proposent d'être une version remaniée de notre actuel article 6 du Code civil. Si cette « fondamentalisation » du droit des contrats mérite d'être inscrite dans la réforme, ce n'est pas sans conséquence quant au raisonnement judiciaire. Un contrôle de proportionnalité privatisé verrait le jour et favoriserait la mise en œuvre de la technique de la pesée des intérêts par les juges or ces systèmes sont plutôt étrangers au droit civil.

La reconnaissance de la bonne foi dans les phases de la vie contractuelle semble aller dans une démarche à droit constant puisque la jurisprudence a, depuis de longues années, étendu son champ d'application. Sa formulation semble objective, ce qui pourrait freiner les élans sentimentalistes des juges. Néanmoins, pour finir de rassurer la doctrine hostile au principe général de bonne foi, des limites pourraient être posées pour mieux circonscrire son domaine d'application.

Le dernier principe directeur proposé est celui de la cohérence. Il apparaît comme le plus critiquable. En effet, les trois premiers principes proposés participent actuellement de la constitution de notre droit positif en matière contractuelle, or la cohérence n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance législative et l'étude de la jurisprudence souligne l'équivocité de la notion qui est loin d'être claire et précise. À trop multiplier les principes, ils perdent de leur sens. Il n'est pas certain que le droit français soit prêt à consacrer un principe général de

---

<sup>395</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, thèmes et commentaires, p. 113.

cohérence en matière contractuelle lorsqu'il existe d'autres moyens de parvenir aux mêmes fins.

### SECTION III. L'AVANT-PROJET DE LA CHANCELLERIE ISSU DE LA LOI DU 16 FEVRIER 2015

---

**122 –Annonce** – La réflexion portant sur la réforme du droit des contrats s'est poursuivie avec la mise en ligne le 15 janvier 2014 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats daté du 23 octobre 2013 (2<sup>ème</sup> projet proposé par la Chancellerie).

Dans un premier temps, une habilitation demandée par le gouvernement dans son projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a été déposée devant le Sénat le 27 novembre 2013<sup>396</sup>. Cette habilitation qui fut acceptée prévoyait notamment une réforme du droit des contrats par la voie de l'ordonnance.

Dans un deuxième temps, la commission des lois du Sénat a supprimé l'habilitation en jugeant que cette réforme « *était trop importante pour être conduite par ordonnance* ». Pourtant, l'Assemblée nationale a réintroduit cette habilitation le 16 avril 2014 lors de l'adoption du projet de loi en première lecture. Ce projet, mis en ligne de façon non officielle<sup>397</sup> le 15 janvier 2014, présente quelques bouleversements, même si à première vue, l'heure est plutôt à la clarification du droit par une codification des solutions jurisprudentielles. Dans les modifications importantes<sup>398</sup>, on note l'admission dans les dispositions préliminaires de deux principes qualifiés de directeurs dans le projet de loi : la liberté contractuelle et la bonne foi.

L'article 2 (article 6 pour l'alinéa 2) propose un principe de liberté contractuelle : « *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.*

*Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte*

---

<sup>396</sup> <http://www.senat.fr/leg/pjl13-175.html>.

<sup>397</sup> La publication a été faite par un journal, « Les Échos ».

<sup>398</sup> Parmi les modifications d'importance, on peut noter la disparition de la cause comme condition de validité du contrat, l'admission de l'abus de faiblesse comme vice du consentement, l'admission de l'exécution forcée en nature en cas de rétractation du promettant dans le cadre d'une promesse unilatérale de contrat, la possibilité offerte au juge de supprimer toute clause qui lui semblera créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la possibilité pour le juge également de refuser l'exécution forcée en nature si cette dernière engendre un coût manifestement déraisonnable etc. V. *infra* n° 308 suivants.

*applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».*

L'article 3 (article 1134 alinéa 3) érige un principe de bonne foi : « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ».

Consécutivement à l'échec de la commission mixte paritaire causé par une divergence d'analyse sur la procédure à suivre pour la réforme du droit des obligations, le 14 janvier 2015, la commission des lois du Sénat a examiné, en nouvelle lecture, le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures et a supprimé l'article 3 de la loi qui habilitait le Gouvernement à procéder à une réforme par ordonnance.

Enfin, suite au retour du texte devant l'Assemblée nationale, la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil et à cette fin prévoit d'affirmer « *les principes généraux du droit des contrats* » tels que la bonne foi et la liberté contractuelle (...). La réforme du droit des contrats est en marche, une étude des derniers principes proposés par la Chancellerie est donc indispensable.

Il convient de remarquer de prime abord que les rédacteurs de l'avant-projet se sont gardés de consacrer expressément ces principes de « directeurs ». En effet, on retrouve la qualification de « directeurs » uniquement dans le premier projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures déposé devant le Sénat le 27 novembre 2013. Il était précisé que le projet a « *pour objet d'aborder à titre liminaire les principes directeurs et définitions qui gouvernent le droit des contrats. Il s'agit essentiellement de compléter et de moderniser les dispositions des articles 1101 à 1107 du code civil et de consacrer dans la loi le principe de la liberté contractuelle, et ses limites, ainsi que celui de la bonne foi en droit des contrats* »<sup>399</sup>. Dans le document de travail mis en ligne le 15 janvier 2014, on ne retrouve que le terme de « principe » et dans la dernière version de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015,

---

<sup>399</sup> <http://www.senat.fr/leg/pjl13-175.html>.

il est choisi le terme de « principes généraux » dans l'exposé des motifs mais formellement, dans le projet d'ordonnance, la liberté contractuelle et la bonne foi ne sont pas qualifiées de « principes », elles s'insèrent simplement dans les « dispositions préliminaires », traduisant une fidélité au code civil de 1804. Cette absence<sup>400</sup> peut s'interpréter de différentes façons : soit cette absence des mots « principes directeurs » ou « principes généraux » est volontaire parce qu'il a été estimé qu'ils amorceraient un bouleversement méthodologique trop important s'accompagnant d'une régression de la sécurité juridique, soit il a été pensé que ces « principes » avaient pour simple but de dégager les lignes de force de la matière dans un but symbolique et didactique ; dans cette hypothèse, il n'était pas nécessaire de nommer les principes, soit enfin il a été estimé que cette absence ne changeait pas la nature de ces principes : il existe bel et bien des « principes directeurs » dans le projet de loi comme en témoigne les exposés des motifs et projets antérieurs qui évoquent les termes « directeurs » et « généraux » et la place de choix qui leur a été laissée, le choix de l'emplacement n'étant pas neutre. En effet, les dispositions « *qui figurent en tête peuvent ainsi bénéficier d'une charge normative supplémentaire vis-à-vis des règles qui les suivent* »<sup>401</sup>, il y a une gradation. Le législateur moderne aime à utiliser « *cette technique de surexposition pour attirer l'attention des juges sur le surplus d'autorité qu'ils doivent attacher, dans leur œuvre d'interprétation de la loi, aux dispositions qui ont les honneurs du premier rang. On en trouve un exemple récent dans le choix qui a été fait d'ajouter un article 6-1 au titre préliminaire du Code civil (...) afin de l'élever en un "principe général d'égalité de traitement entre les couples"* »<sup>402</sup>. Par ailleurs, ce silence permettait d'éviter toute polémique sur ce point. S'il n'existe pas de reconnaissance formelle de la catégorie juridique des principes directeurs, les rédacteurs du projets conservent malgré tout la volonté d'ériger un contenu de certaines règles matricielles en la matière en tête des dispositions spécifiques au contrat. Il convient ainsi d'étudier dans le détail le principe de la liberté contractuelle (§ I) et le principe de bonne foi (§ II).

---

<sup>400</sup> V. notamment, C. PERES, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015/3, p. 647 et M. MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats- aspects substantiels », *RDC* 2015/3, p. 651.

<sup>401</sup> C. PERES, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », article précité.

<sup>402</sup> *Ibid.*

## § I. Le principe de liberté contractuelle

**123 – Présentation** – En droit positif, la liberté contractuelle est perçue comme un « *principe fondateur* »<sup>403</sup> du droit des contrats, comme l'un des « *fondements du contrat* »<sup>404</sup> et parfois, elle est même déjà désignée comme un « *principe directeur* »<sup>405</sup>. C'est ainsi que l'on peut considérer que « *la liberté contractuelle constitue d'ores et déjà un « principe directeur » en droit positif, du moins si l'on entend par là une directive de portée générale, irriguant et dominant la matière, incarnant une certaine conception du contrat, reflétant un parti pris initial en faveur de la liberté individuelle, guidant, orientant et justifiant certaines solutions particulières* »<sup>406</sup>. Pourtant, à l'heure actuelle, aucun texte ne prévoit expressément ce principe bien que la liberté contractuelle soit induite de l'article 1123<sup>407</sup> du Code civil et l'article 6<sup>408</sup> dudit code : les parties sont libres de contracter tant qu'elles sont juridiquement capables et qu'elles ne dérogent pas aux normes prohibées. Certains arrêts<sup>409</sup> se fondent expressément sur ce principe qui est reconnu, rappelons-le, comme un principe à valeur constitutionnelle<sup>410</sup>. En l'état de notre droit, la consécration d'un principe directeur de liberté contractuelle semble s'imposer et à la lecture de l'article 2 de l'avant-projet de réforme de 2013, on observe que les quatre acceptions de la liberté contractuelle sont reprises : la liberté de contracter, la liberté de choisir son cocontractant, la liberté de déterminer le contenu du contrat et la liberté de sa forme.

**124 – La liberté de contracter** – Peut-on poser le principe de liberté du choix de contracter ? Au regard de la signification originelle de la liberté contractuelle et de son évolution, il est légitime de penser qu'il est pertinent de le préciser même s'il est vrai que

---

<sup>403</sup> M. FAVRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, T.1 : Contrat et engagement unilatéral, collection Thémis, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012. V. chapitre 2, « les principes fondateurs du droit des contrats » au sein desquels on retrouve la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi.

<sup>404</sup> M. POUMARÈDE, *Droit des obligations*, LMD, coll. Cours, Montchrestien, Lextenso, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 181, p. 84.

<sup>405</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, Lextenso, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 31, p. 39.

<sup>406</sup> C. PÈRES, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie », *D.* 2009, chron. p.381.

<sup>407</sup> « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ».

<sup>408</sup> « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

<sup>409</sup> V. notamment, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 décembre 2007, n° 06-21.649 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2002, n° 01-01.093, *Bull.* 2002, I. n° 171 p. 131.

<sup>410</sup> Cons. const., Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, loi sur la sécurisation de l'emploi : *JO* 16 juin 2013, p. 9958. V. C. PERES, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *RDC*, n° 4 du 1<sup>er</sup> octobre 2013, p. 1285.

l'évidence aurait pu conduire à son éviction. Mais, c'est là encore un choix de politique législative et une volonté de pédagogie qui poussent les rédacteurs à être clairs et transparents. D'autant que tous les travaux académiques, européens, internationaux et de droit interne, le reconnaissent. Par ailleurs, il y a également un intérêt à le préciser dans la mesure où c'est un principe qui fonde plusieurs règles matérielles. Par exemple, tout le régime de la négociation prend sa source dans ce principe. En effet, l'article 11 du projet de réforme exclut la réparation de la perte de chance de conclure le contrat en cas de rupture fautive dans une négociation contractuelle. Quant à l'article 17, il prévoit des dommages-intérêts en cas de révocation abusive d'une offre. Ces deux articles témoignent de la faveur faite à la liberté contractuelle dans la possibilité reconnue aux parties de contracter ou non. Ainsi, le contrat ne pourra pas être formé contre la volonté de l'offrant qui s'est rétracté et la convention ne sera pas indirectement formée par des dommages-intérêts compensatoires en cas de rupture des négociations. Seuls les frais occasionnés et les études préalables seront indemnisés, mais non les gains espérés ni même la perte de chance d'obtenir ces gains.

**125 – La liberté de choisir son cocontractant** – Peut-on poser le principe de liberté de choix du cocontractant ? C'est à notre avis, un choix pertinent au regard de la signification du principe de la liberté contractuelle car malgré une accumulation d'exceptions, ce principe existe. Pour autant, cette liberté doit être restreinte pour éviter les cas de discrimination. En ce sens, le projet fait un choix intéressant en prévoyant une restriction, celle « des limites fixées par la loi », d'autant que l'alinéa 2 impose également le respect de l'ordre public et des droits et libertés fondamentaux. Cette restriction à la liberté de choix du cocontractant est importante. Elle est de portée aussi générale que celle de la liberté contractuelle, puisqu'elle concerne les droits de l'homme. La personne humaine est ainsi une donnée à prendre en compte comme l'exprime l'article 16 du Code civil. Cet « *humanisme juridique*<sup>411</sup> », justifie une disposition spécifique sur les rapports entre libertés fondamentales et contrat. Toutefois, là encore, il faut renvoyer à ce qui a déjà pu être noté s'agissant de l'article 4 du projet dit « Terré » car cet humanisme juridique dans le droit des contrats implique un « *contrôle de proportionnalité privatisée* »<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> M. MEKKI, *op. cit.*, p. 104, cela rappelle les formules employées pour les droits relatifs consacrés par la Conv EDH sur le modèle proclamation/ limitation.

<sup>412</sup> V. *infra* n° 282-290.

**126 – La liberté de déterminer le contenu et la forme de son contrat** – Peut-on poser en principe que la liberté contractuelle emporte celle de déterminer le contenu du contrat et sa forme? Certains auteurs<sup>413</sup>, lorsqu'ils commentaient le projet de la Chancellerie de juillet 2008, considéraient que l'importance des exceptions et atténuations à ces deux volets étaient telles qu'ils doutaient de l'adéquation de ce principe. La distinction principe-exception dépend, en plus, du régime politique libéral ou dirigiste or « *un code civil devrait pouvoir survivre à un changement de politique économique et sociale. (...) Même à notre époque de libéralisme économique, les dysfonctionnements du marché, dont la crise financière et économique actuelle donne une bonne illustration, rendent nécessaire un certain dirigisme étatique* »<sup>414</sup>. Ces arguments peuvent être combattus. C'est parce que la législation multiplie les exceptions qu'il est pertinent de rappeler le principe essentiel, matriciel de la matière. Lorsque l'on souhaite ériger des principes directeurs, il faut rappeler les objectifs poursuivis par la matière et le cadre général dans lequel le contrat intervient. Quant au régime politique choisi, on ne voit pas en quoi poser un régime libéral empêcherait le législateur d'intervenir de façon ponctuelle en cas de nécessité. Comme il a pu être noté, ce principe aurait vocation à éviter les « *glissements inconscients et accidentels vers un système dirigiste qui surviennent notamment en cas de guerre ou d'urgence* »<sup>415</sup>. Voici le premier principe directeur tel que proposé dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Il est prévu alors de canaliser la liberté contractuelle par un principe de bonne foi.

## § II. Le principe de bonne foi

**127 – Opportunité de la consécration d'un principe directeur de bonne foi** – « *La bonne foi scintille sur l'océan du droit, et si bien des esprits ont eu envie de capturer son étincelle, toujours elle s'éloignait, laissant son ombre derrière elle* »<sup>416</sup>. La bonne foi est devenue une exigence incontournable du droit des contrats pourtant elle garde un caractère insaisissable. En effet, le nœud de la guerre, pourrait-on dire, se situe dans l'intensité de la bonne foi : la question demeure de savoir ce qu'elle recouvre véritablement. En droit positif, le législateur s'est contenté d'une « *exécution de bonne foi du contrat* » mais la jurisprudence a étendu cette notion bien au-delà de cette prescription. Ce principe est devenu un élément

---

<sup>413</sup> V. notamment J. GHESTIN, « Dossier sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 12 février 2009, n° 31 ; J. GHESTIN, Chronique « Droit des contrats », *JCP G* 2009, I, 138, n° 16.

<sup>414</sup> J. GHESTIN, « Dossier sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. précité*, n° 31.

<sup>415</sup> R. KHORIATY, *Les principes directeurs du droit des contrats*, Panthéon-Assas, septembre 2011, n° 132, p. 111.

<sup>416</sup> PH. LE TOURNEAU, « Bonne foi », *Répertoire civil Dalloz*, octobre 1995, p. 1.

essentiel de mutation du droit et son évolution sous l'influence de la jurisprudence a été telle que certains, anciens zéloteurs de cette notion, ont fini par penser que l'envahissement était trop grand. Il est vrai, qu'à cette heure, la bonne foi est venue envahir l'ensemble de la vie du contrat. Son rayonnement dépasse le simple stade de l'exécution et s'impose dans toutes les phases du processus contractuel. Si la réforme du droit des contrats a pour objet de codifier les règles du droit positif, édicter un principe directeur de bonne foi ne ferait rien d'autre que consacrer le domaine extrêmement vaste de cette exigence en droit positif, en cela ce principe présente une certaine opportunité.

**128 – Étendue de la bonne foi** – Le second projet de la Chancellerie reprend les dispositions du projet dit « Terré » : « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ». Il semblerait qu'une définition objective de la bonne foi soit consacrée. Elle apparaît comme une norme générale de conduite. Un auteur<sup>417</sup> souligne la conception « *made in France* » de la bonne foi : « *en proposant une formule ramassée, le message adressé par le législateur est probablement une conception modérée de la bonne foi qui n'est ni la Bête noire" du droit anglais, ni la bonne à tout faire" du droit allemand ; une bonne foi made in France en quelque sorte* ». Dans le contenu, il n'y a pas là grande innovation, seul son positionnement dans la théorie générale du contrat est différente : elle est située en tête du sous-titre, le contrat, alors qu'elle figurait auparavant, à l'article 1134 alinéa 3 consacré à l'exécution du contrat. En tant que principe général de droit ou principe directeur, sa vocation est d'être génératrice de règles particulières, ce qui ne manque pas d'inquiéter la doctrine hostile à l'émergence d'une telle catégorie juridique en droit des contrats. Il semble que l'inquiétude puisse vite être levée car il n'existe pas de raison particulière pour que les juges en fassent un usage immodéré. Il est peu probable que l'édiction d'un principe de bonne foi produise le « séisme contractuel » redouté car au fond, les juges ne feront que continuer d'appliquer la jurisprudence telle qu'ils la conçoivent depuis des années.

**129 – La bonne foi comme principe irriguant et chapeautant les règles du projet** – Quelques exemples, non exhaustifs, permettront de montrer comment le principe de bonne foi irrigue et chapeaute les règles prévues dans le projet de réforme du droit des contrats du 23 octobre 2013. C'est d'abord dans les négociations que la bonne foi se manifeste pour canaliser la liberté contractuelle. Classiquement, si celles-ci sont rompues déloyalement,

---

<sup>417</sup> M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816, spéc. n° 41.

intempestivement ou brutalement, des dommages-intérêts seront alloués à la victime. Plus singulièrement, le projet consacre le devoir, entre les négociateurs, de partager toutes les informations susceptibles de déterminer le consentement de son partenaire, en particulier si les informations ne sont pas accessibles ou qu'une relation de confiance s'est instaurée entre les partenaires. Une conciliation s'opère entre l'obligation de se renseigner de la personne ne sachant pas et l'obligation d'information de la personne sachant, conciliation qui n'est pas sans rappeler les règles s'appliquant à la réticence dolosive<sup>418</sup>. Plus généralement, d'ailleurs, l'obligation d'information est consacrée à l'article 37 du projet et son manquement est sanctionné par la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle et si ce défaut est à l'origine d'un vice du consentement, le contrat pourra également être annulé. On retrouve ensuite la bonne foi dans la théorie des vices du consentement. Innovant, le projet consacre l'abus de faiblesse à l'article 50 : « *il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ». De cette façon, ce vice du consentement présenté comme l'une des facettes de la violence permettra que le contrat, produit de l'exploitation de faiblesse ou de dépendance, soit annulé. Cette innovation permet sans doute de protéger les contractants contre certains déséquilibres structurels, rôle positivement joué par la cause mais qui est absente du projet. Cette reconnaissance comme vice du consentement de l'abus de faiblesse présente l'intérêt de sanctionner les déséquilibres structurels et économiques lorsqu'ils sont excessifs et qu'ils proviennent d'un abus de faiblesse, de vulnérabilité, de dépendance etc. La bonne foi se retrouve également présente dans la réglementation des clauses abusives. Ainsi, l'article 77 du projet propose qu' « *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Un auteur note alors que « *c'est l'impossibilité de négocier le contenu de leurs contrats, dans laquelle se trouvent souvent placés les consommateurs et certains professionnels, qui a incité le législateur à les protéger contre les clauses abusives, lesquelles se caractérisent le plus souvent, soit par un pouvoir unilatéral et exorbitant octroyé au professionnel dominant sur le sort du contrat, soit par une disproportion des pouvoirs et des contractuels* »<sup>419</sup>. Par conséquent, la réglementation des clauses abusives présentes dans les codes de commerce et de la consommation a vocation à s'illustrer également dans le code civil. Enfin, l'article 104 prévoit que « *si un changement de*

---

<sup>418</sup> V. notamment, S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI, « Chronique de droit des contrats », *D.* 2013 p. 391.

<sup>419</sup> D. MAZEAUD, « Droit des contrats, réforme à l'horizon », *D.* 2014. p. 291, n° 18.

*circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Le projet ne consacre pas la théorie de l'imprévision qui est refusée par la Cour de cassation depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*<sup>420</sup>. Le projet fait une œuvre de compromis entre les partisans de la révision et ceux qui continuent à y être hostiles puisque cet article consacre une obligation de renégociation, fondée sur un devoir de bonne foi<sup>421</sup>. Face à un changement imprévisible de circonstances, non prévu au contrat, le partenaire du contractant mis en difficulté doit prendre en considération les intérêts d'autrui. Toutefois, cette obligation de renégociation n'impose pas aux parties de parvenir à une adaptation du contrat, les négociations peuvent échouer. Dans cette hypothèse, le juge ne pourra pas adapter le contrat, ce qui signifie que la révision judiciaire du contrat n'est pas consacrée. Le contrat reste une loi intangible, bien que le projet admette que le partenaire subissant le changement de circonstances puisse sortir du contrat par une résiliation judiciaire en cas d'échec à l'adaptation du contrat.

**130 – Des oublis et des regrets** – Plusieurs oublis peuvent être relevés. Tout d'abord, l'impérativité de la bonne foi n'est pas rappelée, ce qui est dommageable notamment lorsqu'on érige un principe qui a vocation à chapeauter tout un corps de règles. Il est étonnant de ne pas retrouver mentionner l'impérativité et le caractère non dérogeable de la bonne foi. Est-ce un oubli ou bien doit-on considérer le « *doivent être* » comme la traduction de l'impérativité du principe ? Le texte mériterait d'être plus clair car il est parfaitement concevable de limiter conventionnellement l'étendue de la bonne foi dans le contrat comme il a été rappelé dans un article récent<sup>422</sup>.

Ensuite, on peut noter le silence gardé sur les principes dérivés de la bonne foi, tels la loyauté, la collaboration, le raisonnable, la cohérence etc. Certains principes auraient pu faire leur entrée dans le code civil mais il existe d'une part, une raison politique expliquant

---

<sup>420</sup> Cass. civ., 6 mars 1876.

<sup>421</sup> Cass. Com., 3 novembre 1992, n° 90-18.54, *D.* 1995. 85 obs. D. FERRIER ; *RTD Civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE..

<sup>422</sup> Y.-M. LAITHIER, « l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *D.* 2014, 33.

pourquoi le législateur ne saisit pas cette occasion « *le joker de la bonne foi fait peur (...). Y ajouter ces différents principes aurait suscité l'opposition de ceux qui voient déjà dans la bonne foi un cheval de Troie au service du juge* »<sup>423</sup> ; d'autre part, une raison d'ordre technique s'ajoute puisque certains principes ne concernent pas tous les contrats, n'atteignent pas toutes les phases de la vie contractuelle et n'apparaissent pas utiles. En effet, le principe de bonne foi ou d'autres mécanismes existants suffisent déjà à déjouer les manquements à ces différents principes.

Enfin, un dernier oubli important est à souligner s'agissant de la sanction du manquement à la bonne foi. En effet, rien n'est précisé dans l'avant-projet de la Chancellerie. Or, la question devrait être posée car depuis un arrêt du 10 juillet 2007<sup>424</sup>, un débat est né sur la distinction entre l'usage de mauvaise foi d'une prérogative contractuelle qui pourrait être sanctionné par les juges au nom de l'exigence de bonne foi et la substance même des droits et des obligations des parties qui ne peut être atteinte par le juge au nom du respect de la force obligatoire. C'est ainsi qu'une clause d'agrément<sup>425</sup> et une clause de garantie de passif<sup>426</sup> n'ont pu être privées d'effet puisqu'elles relevaient de la substance du contrat bien que passées ou mises en œuvre de mauvaise foi. Cette doctrine de la jurisprudence « prérogative » *versus* « substance même des droits et obligations » n'est pourtant pas intelligible: « *ces attendus doctrinaux et dogmatiques brouillent l'esprit des justiciables et des professionnels du droit* »<sup>427</sup>. Comment justifier une telle distinction ? En réalité, elle serait l'application d'une théorie développée dans le traité de Messieurs MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK qui ont suggéré de « *limiter l'application de la bonne foi aux prérogatives des créanciers accessoires au droit de créance lui-même (...) lequel ne devrait jamais être affecté par elle : si l'on admet que la mise en œuvre de la créance peut-être contraire à la bonne foi et si l'on peut reprocher au créancier d'être créancier, on ouvre la voie à une révision générale de tous les contrats* »<sup>428</sup>. En d'autres termes, on ne peut pas reprocher au créancier d'être créancier eu égard à la force obligatoire du contrat qui rend son droit de créance intouchable. Pourtant, si l'idée est

---

<sup>423</sup> M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816, spéc. n° 53.

<sup>424</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, n° 09-13.871, *GAJC*, Dalloz, n° 164 ; confirmé par un arrêt de Civ., 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, n° 04-19.923 ; obs., Y. ROUQUET, *D.* 2010. 87 ; note J. BILLEMONT *D.* 476, 1103 ; avis F. ASSIE et A. GARIAZZO. chron. A-C. MONGE ; justice et cassation. 2010. 475 rapp. F. ASSIE et 477, avis F. ASSIE et A. GARIAZZO.

<sup>425</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 mars 2013, n° 12-14.870, *D.* 2014.630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTD Civ.*, 2013, obs. H. BARBIER.

<sup>426</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, n° 09-13.871

<sup>427</sup> M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *op. cit.*, spéc. n° 51.

<sup>428</sup> PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., n° 764.

belle, dans la pratique, des cas d'extrême déloyauté frappant la substance des droits et obligations des parties ont pu apparaître. Doit-on alors interdire au juge de porter atteinte au contrat de façon si absolue ?

Pour illustrer cette déloyauté poussée à l'extrême, il peut être évoqué le cas des cuves des pétroliers ayant donné lieu à l'arrêt du 18 février 1982<sup>429</sup>. À l'occasion de contrats de distribution, des sociétés pétrolières avaient mis à la disposition des pompistes des cuves qui furent enfouies dans les sous-sols des stations-service. Après que certains pompistes ont mis fin au contrat, les compagnies pétrolières ont exigé, conformément aux stipulations contractuelles, la restitution en nature des cuves prêtées alors que les pompistes proposaient, en raison du coût d'extraction des cuves, de payer la valeur résiduelle. Traditionnellement<sup>430</sup>, l'absence d'utilité pour le créancier et la constitution d'un préjudice pour le débiteur caractérisent l'intention de nuire. En l'espèce, il y avait un intérêt double pour le créancier : punir le pompiste et intimider les autres distributeurs pour les inciter à conserver le même fournisseur. La Cour de cassation, au visa de l'article 50 alinéa 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 30 juin 1945 décida « *que l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs* ». La Haute cour cassa l'arrêt d'appel qui avait refusé d'annuler la clause de restitution en nature du matériel d'installation. Bien que la bonne foi n'ait pas été utilisée à cette occasion, cet arrêt témoigne des cas d'extrême déloyauté touchant la substance des droits et obligations des parties. Il peut y avoir abus dans l'exercice d'un droit né du contrat : « *n'est-il pas, dès lors, excessif de vouloir soustraire ces situations à tout contrôle du juge ?* »<sup>431</sup>. Il faut constater que la jurisprudence doctrinale émise dans l'arrêt du 10 juillet 2007 pose plus de questions qu'elle n'en résout mais cette distinction malaisée a toutefois le mérite d'exister. En conséquence, il aurait été bon que le législateur établisse une formulation pour sanctionner un manquement à la bonne foi qui entérine cette jurisprudence ou en propose une autre. Laisser, encore une fois, le soin aux juges de définir son office en déterminant s'il peut agir ou non pour sanctionner un manquement à la bonne foi ne rassurera pas la doctrine hostile à l'édiction de principes directeurs.

---

<sup>429</sup> Cass. com., 18 février 1992, n° 87-12844, *Bull.* 1992, IV, n° 78 p. 56.

<sup>430</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, *op. cit.*, *GAJC* n° 164, spéc. n° 6, p. 180.

<sup>431</sup> *Op. cit.* n° 7, p. 180.

**131 – Conclusion** – Comme le note un auteur<sup>432</sup>, face à l'édiction d'un principe directeur de bonne foi, certains craindront une judiciarisation du contrat, source d'insécurité juridique tandis que d'autres, au contraire, remarqueront que cette obligation, prégnante en droit contractuel, n'a pas provoqué le tsunami contractuel attendu par les opposants à la bonne foi. L'appréciation de ce principe directeur dépend de sa propre conception du contrat, de la bonne foi, de la confiance accordée aux juges. Pour notre part, nous ne craignons pas l'intégration d'un principe directeur de bonne foi dans le paysage juridique dès lors que sa formulation est la plus objective possible. Il convient également de rappeler qu'un principe directeur peut être à la fois ferme et précis. Il est tout à fait concevable de préciser les différentes formes que ce principe peut revêtir, ce choix n'a pas été fait dans le projet mais il était possible de prendre une voie différente.

---

<sup>432</sup> D. MAZEAUD, « Droit des contrats, réforme à l'horizon », *D.* 2014, p. 291, n° 16.

---

## CONCLUSION DE CHAPITRE

---

**132 – Conclusion de chapitre** – Plusieurs conséquences peuvent être tirées de ce retour sur les différents projets internes de réforme du droit des contrats :

Premièrement, la catégorie juridique de principes directeurs du droit des contrats n'est pas toujours reconnue, elle l'est même rarement. Les derniers travaux en date évitent l'expression, ce qui n'est pas étonnant puisqu'il n'existe aucune étude sur la notion. Cette volonté d'instaurer un étendard politique, symbolique et technique est le produit d'un certain nombre d'auteurs qui ont souhaité étendre la notion entendue en matière processuelle sans qu'un consensus n'ait été dégagé.

Deuxièmement, après examen des différents principes retenus, deux principes incontournables apparaissent : la liberté contractuelle et la bonne foi puisqu'ils se retrouvent dans l'intégralité des projets. Toutefois, dans la mesure où le droit positif les applique déjà, on peut douter de leur utilité. En effet, « *un principe n'a pas besoin d'être énoncé en tête de dispositions pour être pourvu d'une force obligatoire* <sup>433</sup> ». Il est vrai que les articles 1134 et 1165 ont acquis une vigueur juridique remarquable alors qu'ils figurent simplement dans le corps du texte du livre III, titre III du Code civil. Ainsi, « *la symbolique fleur l'irrationnel et ne devrait pas avoir sa place dans des dispositions techniques comme celles régissant le contrat* <sup>434</sup> ». La seule utilité concrète des principes directeurs résiderait dans leur rôle de guide général d'interprétation or étant destinés aux juges, les auteurs redoutent la dangerosité des principes choisis et plus particulièrement celui de la bonne foi.

La portée de ces critiques mérite d'être analysée. Concernant le caractère d'inutilité des principes directeurs, il est certain que la liberté contractuelle et la bonne foi n'ont pas besoin d'être mises en frontispice du livre III, titre III pour bénéficier d'une force normative remarquable : en effet, le Conseil constitutionnel a récemment consacré pleinement la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle et la bonne foi, par son rôle étendu, constitue les

---

<sup>433</sup> R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* 2008 étude I, p. 190, spéc. n°40, p. 207.

<sup>434</sup> R. CABRILLAC, *loc. cit.*

assises même du droit des contrats. Ainsi, tous les opérateurs du droit connaissent et appliquent la liberté contractuelle et la bonne foi. L'édition de tels principes directeurs peut sembler inutile, mais leur inutilité est à nuancer. En effet, les principes directeurs pourraient poursuivre trois vertus : premièrement, une *vertu pédagogique*, l'étendard politique des principes directeurs du droit des contrats dressé en tête du livre III aurait pour mérite d'afficher de façon claire et transparente la conception française du contrat en prenant parti sur l'esprit qui habite la matière et d'ordonner la pensée du juriste tout en guidant l'apprentissage des étudiants car si « *le principe directeur ploie, il ne rompt pas* »<sup>435</sup>. Quoiqu'ils connaissent des exceptions, les principes directeurs ne sont jamais atteints dans leur substance, ils restent des valeurs de principe et rendent compte des fondements axiologiques de l'institution contractuelle. Deuxièmement, une *vertu politique* : dresser des principes directeurs en droit des contrats revient à affirmer politiquement la « *foi nationale contractuelle* », et traduit une philosophie libérale équilibrée. De plus, cette fonction politique poursuivie par les principes directeurs permet également de servir de « *levier politique* »<sup>436</sup> pour peser sur le fonctionnement de la matière : « *l'ensemble des règles le composant peuvent être appelées à une vaste réorientation, tout entière tournée vers un principe qu'elles doivent désormais servir de conserve* »<sup>437</sup>. Troisièmement, une *vertu technique*, les principes directeurs représentent un instrument technique efficace pour interpréter les règles issues du Code civil, combler ses lacunes et trancher des conflits de règles spéciales.

**133 – La question prioritaire de constitutionnalité comme garde-fou** – Concernant leur dangerosité, les auteurs manifestent une certaine défiance vis-à-vis de la bonne foi et du rôle donné aux juges. Sur cette question, il est difficile de trouver une argumentation convaincante car tout est histoire de confiance. Or dans l'hypothèse où l'édition de principes directeurs du droit des contrats viendrait consacrer la liberté contractuelle et la bonne foi, cette consécration ne serait qu'une confirmation de notre droit positif ; pourtant, il est certain que le contenu de ces principes directeurs sera étudié tel que le juge l'estimera dans son « humaine subjectivité ». Toutefois, à l'heure actuelle, à quelques exceptions circonstanciées près, aucun excès grave n'est à déplorer. Le fournisseur n'est toujours pas tenu d'assurer la reconversion du distributeur, l'acheteur n'est toujours pas tenu d'informer le vendeur, réservant son droit de réaliser une bonne affaire, etc. Les différents opérateurs du droit (juges, avocats, doctrine) ont

---

<sup>435</sup> PH. DUPICHOT, *Loc. cit.* ; TH. GÉNICON, « Contrat et protection de la confiance », Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1, p. 336.

<sup>436</sup> TH. GÉNICON, *loc. cit.*

<sup>437</sup> *Ibid.*

su éviter de faire des articles 1134 alinéa 3 et 1135 des « machines à faire sauter le contrat ». Sa mise au jour en tant que principe directeur peut apparaître logique et sans réel danger.

Techniquement, pour remédier à la dangerosité de la bonne foi, une tentative pourrait être menée pour contrôler la constitutionnalité du principe de bonne foi via une « question prioritaire de constitutionnalité » (dit QPC) qui permet à tout justiciable de contester une disposition législative à l'occasion d'un procès devant une juridiction lorsqu'il estime qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. En effet, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 précisée par la loi organique du 10 décembre 2009, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est institué. Il serait envisageable d'instaurer un contrôle de constitutionnalité du principe de bonne foi si un justiciable estime qu'il porte atteinte au principe de prévisibilité<sup>438</sup> ou de confiance légitime<sup>439</sup>, ou de sécurité juridique en se fondant sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>440</sup>.

Mais en réalité, ce n'est pas tant le principe de bonne foi posé par le législateur qui poserait problème que l'interprétation qui en serait faite par les tribunaux. La question de l'objet du contrôle de constitutionnalité – l'énoncé textuel seul ou le texte tel qu'il est interprété – a été réglée par le Conseil constitutionnel qui a préféré un contrôle du « *droit vivant* »<sup>441</sup>, à cet effet, il a décidé que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative* »<sup>442</sup>. La possibilité de contestation d'une interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative est acquise. Cette contestation est

---

<sup>438</sup> Cons. consti., Décision n° 2013-354 QPC.

<sup>439</sup> Cons. consti., Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013 : « *qu' il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* ». Le Conseil constitutionnel a alors eu l'occasion d'affirmer que « *le principe de confiance légitime n'est rien d'autre que le principe de sécurité juridique vu du point de vue des particuliers* », V. en ce sens Cons. consti., « Commentaire de la décision n° 2013- 682 DC du 19 décembre 2013 » sur le site :[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013682DCccc\\_682dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013682DCccc_682dc.pdf).

<sup>440</sup> Le principe de sécurité juridique n'a jamais été consacré pleinement comme un principe à valeur constitutionnelle. Toutefois, il est, le plus souvent, rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est ainsi que dans la Décision 2007-550, le Conseil constitutionnel a estimé que le « législateur méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ».

<sup>441</sup> P. DEUMIER, « L'interprétation entre "disposition législative" et "règle jurisprudentielle" (Cass. soc., 3 juillet 2014, n° 14-40.026) », *RTD Civ* 2015, p. 84.

<sup>442</sup> Cons. Consti., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC.

toutefois encadrée<sup>443</sup>. D'une part, seules les interprétations des cours suprêmes peuvent être soumises à un contrôle de constitutionnalité. D'autre part, l'interprétation de la juridiction suprême doit être « constante ». Précisons qu'un arrêt unique peut constituer une interprétation constante d'un texte législatif<sup>444</sup> et que divers critères sont appliqués pour évaluer la portée normative d'un arrêt : formation, diffusion, généralité de la formation, ancienneté<sup>445</sup>. Dès lors, en raison de ce cadre limitatif, une QPC portant sur les seules règles jurisprudentielles serait vouée à l'échec comme en atteste la Cour de cassation qui vérifie régulièrement si la QPC ne tend pas en réalité à critiquer une règle jurisprudentielle sous couvert de critiquer la disposition législative. Ce fut notamment le cas dans un arrêt rendu par la chambre sociale le 28 novembre 2012<sup>446</sup> dans lequel les auteurs de la QPC invoquaient les articles 1134 du Code civil et L. 1121-1 du Code de travail pour reprocher à la Cour de cassation d'avoir érigé la règle selon laquelle une clause de non-concurrence stipulant une minoration de la contrepartie financière en cas de démission n'est pas nulle mais est réputée non écrite. La juridiction suprême a jugé que la question posée, sous couvert de critiquer les articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, portait exclusivement sur la règle jurisprudentielle et, en conséquence, a déclaré la question irrecevable. En l'espèce, il est possible d'imaginer qu'un justiciable pose une QPC pour contester le nouvel article qui consacrerait le principe directeur de bonne foi et plus précisément l'interprétation constante qui serait faite de cet article par la Cour de cassation.

Un soin particulier devrait être apporté à la formulation de la QPC afin de respecter le cadre constitutionnel fixé. La question pourrait être ainsi posée : « L'article 1103 du Code civil, qui dispose que les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi, tel qu'il est interprété de façon constante par la Cour de cassation, en ce qu'il implique que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, est-il contraire au principe de prévisibilité et de sécurité garanti par l'article 16 de la

---

<sup>443</sup> V. en ce sens : Cass. Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308 – V. aussi, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2011, QPC n° 11-13.488, *Bull.* 2011, I, n° 151 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 2011, QPC n° 11-40.070 ; Cass. Com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-40.042.

<sup>444</sup> V. en ce sens, PH. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, la doc. fr., 1994, p. 207.

<sup>445</sup> V. en ce sens, P. DEUMIER, « L'interprétation entre "disposition législative" et "règle jurisprudentielle" (Cass. soc., 3 juillet 2014, n° 14-40.026) », article précité.

<sup>446</sup> Cass. soc., 28 novembre 2012, QPC 11-17.941 précité.

DDHC» ? Si la question peut être posée, les chances de succès paraissent néanmoins faibles : d'une part, il semble probable que la Cour de cassation estime que la question posée porte exclusivement sur la règle jurisprudentielle et si jamais la question était jugée recevable, il est difficile d'imaginer une interprétation de la bonne foi qui serait jugée comme portant atteinte au principe de prévisibilité/ de confiance légitime/ de sécurité juridique.



---

## CONCLUSION DU TITRE I

---

**134 – Conclusion** – L'analyse de l'apparition des principes directeurs du droit des contrats dans les différents projets internationaux, européens et français enseigne que les différents principes, s'ils ne sont pas toujours formulés de façon identique, reviennent de façon constante : c'est ainsi qu'une attention particulière est portée à la liberté contractuelle, à la force obligatoire et à la bonne foi. Néanmoins, l'étude du droit interne souligne une certaine méfiance à l'égard de la notion de « principes directeurs ».

Si certains auteurs redoutent leur caractère discrétionnaire c'est, si l'on peut dire ainsi, un mal nécessaire. Il n'y aurait aucun intérêt à retenir, comme principes directeurs, des règles « mathématiques » c'est-à-dire des règles pour lesquelles il suffit de vérifier si les conditions sont réunies ou non pour déterminer leur application. En vertu de leur ligne directrice, les principes directeurs doivent nécessairement être constitués de règles soumises à une large part d'appréciation. Cette première remarque relative à la nécessaire souplesse des principes directeurs donne quelques indications sur les caractères que devraient présenter les principes directeurs. A l'heure actuelle, aucune réflexion poussée sur la conceptualisation de « principe directeur en droit des contrats » n'existe, c'est pourquoi, après avoir observé dans un premier temps, l'apparition des principes directeurs en droit des contrats, il convient, dans un second temps, de s'intéresser au concept.



---

## **TITRE II – LE CONCEPT DE PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS**

---

**135 – Annonce** – Le premier titre de cette étude permet de conclure que si les principes directeurs forment un concept en vogue dans le discours doctrinal et dans les projets gouvernementaux, les principes directeurs, pris en tant que catégorie juridique, n'existent pas en droit positif bien qu'un consensus se noue sur la reconnaissance de la liberté contractuelle, de la bonne foi et de la force obligatoire comme règles matricielles en droit contractuel. De fait, un contenu apparaît bel et bien mais sans reconnaissance formelle en tant que label spécifique, ces règles n'emportent aucune conséquence nouvelle. Si les principes directeurs ne sont dotés d'aucune originalité normative, la volonté du législateur de les ériger en principes directeurs n'emporte aucun intérêt autre que rhétorique ou symbolique. L'intérêt de cette notion en construction n'existe que si l'on reconnaît les principes directeurs comme une catégorie juridique. Aucune étude en matière contractuelle ne s'étant intéressée à cette catégorie juridique potentielle, de nombreuses questions existent : quelle définition peut-on donner à cette notion ? A quelle catégorie juridique appartiennent-ils ? Quels en sont les caractères ? Quelles fonctions poursuivent-ils ?

Ainsi, les principes directeurs du droit des contrats ne constituant pas une notion familière du droit des contrats français, il apparaît tout d'abord nécessaire d'évaluer l'originalité normative des principes directeurs du droit des contrats (*Chapitre I*). Ceci conduira ensuite à déterminer les caractères déterminants des principes directeurs en la matière afin de remplir leurs différentes fonctions (*Chapitre II*). Pour traiter ces axes de réflexion, il conviendra d'appliquer une démarche inductive en partant du consensus constaté sur le contenu des principes directeurs du droit des contrats autour de la liberté contractuelle, de la force obligatoire et de la bonne foi.

**Chapitre 1 : L'originalité normative des principes directeurs du droit des contrats**

**Chapitre 2 : Les caractères et fonctions des principes directeurs du droit des contrats.**



---

## CHAPITRE I – L’ORIGINALITE NORMATIVE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

**136 – Définition du principe directeur du droit des contrats** – Qu'est-ce qu'un principe « directeur » ? Au sens courant du terme, c'est un principe qui donne une direction générale, qui fixe une orientation. En droit français, la notion est consacrée par le Code de procédure civile comme « *un ensemble de règles placées en tête du Code de procédure civile qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice* »<sup>447</sup>. Si ces règles sont ainsi nommées, c'est en raison « *du rayonnement que leur donnent d'une part leur généralité d'application, d'autre part, la légitimité intrinsèque que leur infuse l'esprit de justice et d'équité qui les anime et donc leur aptitude, en tant que maximes résumant la conception française du procès civil et porteurs de l'esprit de la loi, à guider l'interprète dans l'application du code* ». Ainsi, et cela a été exposé en introduction, la notion de principes directeurs a été créée par la doctrine et est actuellement employée en droit processuel.

En droit des contrats, son emploi se multiplie, on ne compte plus les présentations de la liberté contractuelle, de la force obligatoire et de la bonne foi comme des « *principes directeurs* »<sup>448</sup>, « *des principes fondamentaux* »<sup>449</sup>, ou bien encore comme les « *fondements du droit des contrats* »<sup>450</sup>. Pourtant, les auteurs ne définissent pas ces différentes catégories. En suivant la formulation posée pour les principes directeurs du procès, il est possible de définir la catégorie des principes directeurs du droit des contrats comme un ensemble de règles de droit placé en tête de la partie relevant des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ayant pour objet essentiel d'orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et d'établir certaines garanties de bonne justice contractuelle. Leur appellation proviendrait du rayonnement que leur confère leur généralité d'application et de leur légitimité intrinsèque en tant qu'ils sont porteurs de la conception

---

<sup>447</sup> V° « Directeur, trice du procès (principes) », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>448</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, Lextenso, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 31, p. 39.

<sup>449</sup> M. FAVRE-MAGNAN, *Droit des obligations*T.1 : Contrat et engagement unilatéral, collection Thémis, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012. V. chapitre 2, « les principes fondateurs du droit des contrats » au sein desquels on retrouve la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi.

<sup>450</sup> M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, LMD, coll. Cours, Montchrestien, Lextenso, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 181, p. 84.

française du contrat. Ils serviraient de guide à l'interprète du contrat et dans l'application du code.

**137 – Division** – Il est proposé d'étudier cette catégorie juridique particulière en qualifiant le principe directeur de droit des contrats comme une norme juridique (*Section I*), qui doit être distinguée de ses homonymes (*Section II*) et du standard (*Section III*). De ces distinctions, plusieurs éléments permettront d'exposer l'originalité de cette catégorie juridique.

## SECTION I. LE PRINCIPE DIRECTEUR COMME NORME JURIDIQUE

---

**138 – Norme** – Étymologiquement, la norme vient d'un dérivé de *gnomon*<sup>451</sup> qui représente en terme grec un outil pour tracer des lignes droites<sup>452</sup>. Le *gnomon* désigne également un « *cadran solaire primitif, constitué d'une simple tige, appelée style, dont l'ombre se projette sur une surface plane* »<sup>453</sup>. La norme est avant tout un outil, un instrument, également utilisé par les grecs, pour faire la trisection d'un angle. Deux marques, indiquant que la mesure du segment AB est égale à celle de BC, y apparaissent<sup>454</sup>. En latin, la norme vient de *norma* qui représente également une équerre, une mesure, une règle. D'une chose matérielle, la norme se transforme peu à peu pour devenir immatérielle<sup>455</sup> : l'outil qui guidait la main pour tracer des angles devient un outil intellectuel pour guider l'homme en lui servant un modèle de comportement. De ligne droite, la norme se métamorphose en ligne de conduite. Aujourd'hui, la norme se définit dans une acception très large comme « 1° *une règle, principe, critère auquel se réfère tout jugement : se fonder sur la norme admise dans une société. 2° ensemble des règles de conduite qui s'imposent à un groupe social* »<sup>456</sup>. La norme est un modèle, peu importe son support. Plus restrictivement, la norme est un « *terme scientifique employé parfois dans son acception générale, comme équivalent de règle de droit qui évoque non pas l'idée de normalité, ni celle de rationalité ou de type convenu mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source (loi, traité, règle de droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, droit substantiel etc.)* »<sup>457</sup>.

**139 – Norme juridique** – P. AMSELEK<sup>458</sup> distingue deux grandes catégories de normes : les normes recognitives qui sont des modèles des choses « *qui se réalisent ou produisent*

---

<sup>451</sup> *Dictionnaire historique de la langue française*, A. REY (dir.), dictionnaire le Robert, 2006, V° « Norme ».

<sup>452</sup> V. en ce sens, L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles, contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Préf. A. PELISSIER, Fondation Varenne, Coll. Des thèses, n°60, LGDJ, 2012, n° 44, p. 38.

<sup>453</sup> *Dictionnaire Le petit Larousse illustré*, 2016

<sup>454</sup> Pour un schéma, voir le site suivant : [http://www.recreomath.qc.ca/dict\\_gnomon.htm](http://www.recreomath.qc.ca/dict_gnomon.htm)

<sup>455</sup> V. le dictionnaire historique de la langue française, précité.

<sup>456</sup> *Dictionnaire Le petit Larousse illustré*, 2016.

<sup>457</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 2007.

<sup>458</sup> P. AMSELEK, « Norme et droit », APD, 1980, p. 90. V. aussi L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles, contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Préf. A. PELISSIER, Fondation Varenne, Coll. Des thèses, n° 60, LGDJ, 2012, n° 50, p. 41.

*effectivement* »<sup>459</sup>, qu'on retrouve dans les lois scientifiques et les normes directives qui sont des modèles de comportement, des modèles « à remplir, à suivre, à observer »<sup>460</sup>. Ces dernières ne peuvent prévoir ce qui sera. Elles indiquent un chemin à suivre, un « *devoir-être* ». Les normes juridiques sont des normes directives car il ne peut être déduit d'une règle de droit si elle sera effectivement suivie, il est juste établi qu'en cas de non-respect, elle sera sanctionnée. La norme juridique est « *un modèle de comportement de ce qui doit-être*<sup>461</sup> ». Il s'agira alors de vérifier si les principes directeurs peuvent être qualifiés de normes juridiques (§ I) avant d'étudier leur valeur normative (§ II).

### § I. Les principes directeurs du droit des contrats comme norme juridique

**140 – La concordance des principes directeurs comme norme juridique** – Les principes directeurs du droit des contrats sont-ils des normes juridiques ? A l'observation, il semble que les principes directeurs permettent plusieurs actions. La liberté contractuelle, en tant qu'outil nécessaire au bon développement des relations économiques, agit en tant que norme pour autoriser les parties à conclure ou ne pas conclure, à choisir leur cocontractant, à déterminer librement le contenu de la convention. C'est une « *liberté génératrice de libertés* »<sup>462</sup> qui explique en conséquence que les contractants puissent, sous réserve des contraintes juridiques environnantes, créer des clauses, des contrats et des montages tout à fait originaux. La liberté contractuelle peut s'analyser comme une norme juridique et directive qui autorise. La force obligatoire est un principe qui assure le respect de la loi contractuelle. Ainsi dès que le contrat est valablement formé, il se voit doté d'une force juridique contraignante : il doit être respecté dans tous ses aspects sous peine de sanctions. Il est le pendant nécessaire à la liberté contractuelle puisque si l'on autorise les parties à agir avec une grande liberté dans l'élaboration du contrat, il convient ensuite de s'assurer de son application. Cette exigence se fonde sur des considérations morales (le respect de la parole donnée), techniques (efficacité des prévisions contractuelles) et subjectives (attente légitime du contractant). Dès lors le principe de la force obligatoire est essentiellement une norme qui oblige. La bonne foi constitue une norme générale de comportement qui irradie l'ensemble de la vie contractuelle et s'attache à guider les parties dans la conduite à tenir en s'efforçant de rendre les parties respectueuses des intérêts élémentaires de chacun. Elle pose alors un modèle de

---

<sup>459</sup> P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 97.

<sup>460</sup> *Op. cit.*, p. 96.

<sup>461</sup> L. CHARBONNEL, *thèse précitée*, n° 59, p. 44.

<sup>462</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, manuel LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 31, p. 39.

comportement qui oblige les parties à ne pas agir de mauvaise foi, à ne pas se contredire au détriment d'autrui au risque de se voir sanctionné. La bonne foi est une norme qui oblige et interdit les comportements déloyaux, déraisonnables, incohérents etc.

Ces trois principes directeurs, à notre sens, constituent un modèle de comportement de ce qui doit-être et peuvent alors prendre la qualification de normes juridiques. Par ailleurs, ces principes directeurs auraient vocation à s'intégrer à un ordre juridique leur conférant une juridicité. Ils tireraient leur force obligatoire de leur conformité avec les exigences d'une norme supérieure, la loi, s'ils venaient à être consacrés dans le code civil. Reste maintenant à s'interroger sur la valeur normative.

## § II. La valeur normative des principes directeurs du droit des contrats

**141 – Quelle valeur normative donnée aux principes directeurs du droit des contrats ?** – Leur potentielle disposition au début du Code civil du livre III, titre III, rappellerait leur importance et leur généralité en ce que les principes directeurs appartiennent à un ensemble de propositions directrices qui règnent sur le droit positif et en dirigent l'application. En tant que règles générales, les principes directeurs devraient être distingués des simples règles de droit. En effet, si les règles de droit ont vocation à régir un ensemble d'actes indéterminés ou de situations, elles sont spéciales dans la mesure où elles sont édictées en vue d'une situation juridique donnée, au contraire des principes directeurs qui comportent des applications indéfinies. Le principe directeur dirige l'application des simples règles de droit et lorsqu'ont été introduits les principes directeurs de l'instance, il a été affirmé que les principes directeurs auraient la même valeur positive que les autres règles de droit: « *toute cette valeur, seule cette valeur* »<sup>463</sup>. Mais cette volonté s'est trouvée confrontée à des exigences impératives qui ont rendu la catégorie juridique des principes directeurs de l'instance hétérogène. En effet, lorsqu'on observe les principes directeurs du procès, civil et pénal, il est constaté que si certains principes ont accédé à une normativité équivalente à une simple règle de droit, d'autres ont acquis une valeur législative, voire constitutionnelle.

---

<sup>463</sup> H. MOTULSKY, « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP G* 1966, I, 1996 ; H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chronique, p. 91.

**142 – La catégorie juridique des principes directeurs du procès civil** – Cette catégorie juridique étant inconnue dans la hiérarchie des normes, il a été nécessaire de la rattacher à une catégorie existante. Après examen, deux « supers-principes » se sont dégagés : les principes de la contradiction et les droits de la défense car ils ont été promus au rang de « principe général de droit », de « principe constitutionnel », de « principe fondamental », créant ainsi une disparité normative avec les autres règles introduites dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile.

Concernant les droits de la défense, à trois reprises, le Conseil constitutionnel est intervenu. Le 23 janvier 1987, il décida que l'impossibilité de tout sursis à statuer contre les décisions du Conseil de la concurrence « *a pour effet de priver les justiciables d'une des garanties essentielles à leur défense* ». Le 23 juillet 1989 il ajouta que « le respect des droits de la défense fait obstacle à ce que la Commission des opérations de bourse puisse à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits concurremment disposer de pouvoirs de sanction et exercer tous les droits de la partie civile au pénal », en outre que « *le principe du respect des droits de la défense (...) implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'exercice des droits des parties* ». Enfin le 29 décembre 1989<sup>464</sup> le Conseil, reprenant la distinction effectuée par H. MOTULSKY, distinguait expressément le principe des droits de la défense et le principe de contradiction, faisant du second le corollaire du premier. La Cour de cassation est également intervenue. C'est ainsi que sur le fondement des droits de la défense, elle a décidé que « *ne fait qu'user du droit de se défendre en justice le plaideur qui conteste devant la juridiction du second degré avoir tenu devant les premiers juges des propos qui ont été retenus contre lui, alors même que ces propos auraient été effectivement tenus* »<sup>465</sup>. Récemment, la Cour de cassation a rendu un arrêt<sup>466</sup> en visant l'article 16 du Code de procédure civile en retenant que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue contradictoirement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce présentée au juge* », tel n'est pas le cas lorsque le justiciable n'a pas été avisé de la faculté qui lui était offerte de consulter le dossier au greffe, de sorte qu'il n'est pas établi qu'il ait été en mesure de prendre connaissance des pièces présentées à la juridiction et de les discuter utilement,

---

<sup>464</sup> Cons. Const., Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 19 ; Cons. Const., Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 43 et s. ; Cons. Const. Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 57 à 60, *Rec. Cons. const.*, p. 110.

<sup>465</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1979, *Bull. civ. I*, n° 301, *D.* 1981, 328, note BRUNOIS.

<sup>466</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 février 2014, n° 13-13.581.

d'autant qu'il n'était pas assisté lors de l'audience. Concernant le principe de la contradiction, le Conseil Constitutionnel a conféré à ce principe une valeur constitutionnelle<sup>467</sup>, le Conseil d'Etat l'a érigé en principe général du droit<sup>468</sup>, et la Cour européenne des droits de l'homme a institué ce principe comme corollaire du droit à un procès équitable posé par l'article 6 §1 de la Convention<sup>469</sup>. Pourquoi ne pas avoir porté la même considération à l'ensemble des principes directeurs du procès civil ? La reconnaissance de « deux super-principes » et l'instauration d'une hiérarchie des principes de l'instance remet en cause « *l'unité d'un statut juridique homogène voulu par le législateur* »<sup>470</sup> ? Cet état nuit à la cohérence des principes directeurs puisqu'ils forment un tout : « *cohérent et complémentaire, qui demande à être lu et considéré ensemble (...). Une vision globale ouvre seule leur intelligence car leur application passe par la coordination* »<sup>471</sup>. On constate que des « principes », institués par décrets, ont accédé à une normativité supérieure en acquérant une valeur législative voire constitutionnelle alors que d'autres n'ont accédé qu'à une normativité réduite à celle de règle de droit d'origine réglementaire<sup>472</sup>. Comment justifier cet état ? Deux éléments peuvent expliquer les cas de normativité distincts : la constitutionnalisation de la procédure civile d'une part pour la valeur supra-législative, et l'apparition des principes généraux du droit comme source d'adaptation du droit processuel dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

**143 – La constitutionnalisation du droit processuel** – Si cette dernière peut *a priori* surprendre, il ne s'agit pas, contrairement à ce qui pourrait être pensé, d'une tentative d'attirer, à tout prix, dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution, le droit processuel. C'est « *constater que cette branche, en l'occurrence le droit processuel, est sous l'emprise des droits fondamentaux, de la protection des droits et libertés, donc du droit constitutionnel ainsi entendu* »<sup>473</sup>. Le droit constitutionnel moderne « *a en effet deux objets : le système normatif et la protection des droits et libertés fondamentaux* »<sup>474</sup>. La

<sup>467</sup> Cons. Consti. Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

<sup>468</sup> CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, 16 janvier 1976, Gate.

<sup>469</sup> Cour EDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87.

<sup>470</sup> H. SAK, « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », article précité.

<sup>471</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.* p. 456 : état des questions sur l'interprétation des principes directeurs.

<sup>472</sup> V. *supra*, n° 14.

<sup>473</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, coll. Droit privé, Paris : Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 155, p. 311.

<sup>474</sup> L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2008 et L. FAVOREU et alii, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 6.

constitutionnalisation de la procédure civile, expression introduite pour la première fois en 1991, est aujourd'hui une réalité<sup>475</sup> ; le droit constitutionnel structurant toutes les normes de droit sous l'angle des libertés fondamentales. Certains y ont vu un « *mythe* »<sup>476</sup>, au constat que la procédure civile relève du domaine réglementaire et échapperait, alors, au contrôle de constitutionnalité de ses sources (décrets, etc.). Cette absence de contrôle n'engendre pas l'absence de constitutionnalisation de la matière. En atteste l'existence des principes dégagés par le Conseil Constitutionnel tels que les principes du respect des droits de la défense et du droit à un recours. Cette constitutionnalisation de la procédure civile peut être directe et indirecte.

**144 – Constitutionnalisation directe** – Elle est directe lorsque le Conseil constitutionnel réintègre dans le champ législatif de l'article 34 les règles de procédure civile qui mettent en cause les droits de la défense. En effet dès 1972, a été estimé que les règles de procédures contentieuses, même civiles, relèvent du pouvoir législatif chaque fois qu'elles mettent en cause les droits de la défense<sup>477</sup>.

**145 – Constitutionnalisation indirecte** – Ce mouvement peut également être indirect. La première technique, peu employée car non ancrée dans la tradition juridique française, émane du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs (décrets, arrêtés...) par le juge administratif ce qui intéresse en premier chef, la procédure civile, matière réglementaire. La deuxième technique passe par le respect, par le juge judiciaire, de l'autorité de la chose jugée ou interprétée par le Conseil constitutionnel pour les lois soumises à son contrôle. Enfin la troisième technique de constitutionnalisation de la procédure civile vient du juge judiciaire qui est le juge de la constitutionnalité des actes administratifs et juridictionnels. En effet, la Cour de cassation est juge de la constitutionnalité des actes juridictionnels (la violation de la Constitution est un cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi).

**146 – La reconnaissance de « principes généraux du droit »** – Le second élément qui explique la différence de traitement parmi les principes directeurs de l'instance réside dans la

---

<sup>475</sup> N. MOLFESSIS qui énonce que la constitutionnalisation de la procédure est une réalité bien tangible qui existe « au sens propre du terme », Communication au colloque du 11-12 décembre 1997, les vingt ans du NCPC, *Doc. Fr.* 1998, n° 16, p. 216.

<sup>476</sup> J.-L. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – les principes généraux du droit et la procédure civile », *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 153.

<sup>477</sup> V. Décret 72-75 L, 21 décembre 1972.

mise en œuvre des libertés et droits fondamentaux avec la reconnaissance de principes généraux du droit. Le Conseil d'Etat a reconnu à ces principes une valeur infra-législative par rapport aux principes fondamentaux dégagés par le Conseil constitutionnel. C'est le Conseil d'Etat, qui a en premier dégagé des principes généraux. La Cour de cassation vise aussi parfois un principe général du droit même si, bien souvent, elle vise plutôt un principe issu de la Constitution ou de la jurisprudence constitutionnelle : par exemple dans un arrêt du 30 juin 1995, la Cour de cassation énonce « *vu le principe du respect des droits de la défense* »<sup>478</sup>. Dès lors, cette reconnaissance de principes généraux du droit crée une disparité normative entre les règles introduites dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile.

#### **147 – Une disparité normative des principes directeurs du droit des contrats ? –**

Après avoir observé les principes directeurs de l'instance, il est constaté que l'affirmation selon laquelle les principes directeurs auraient la même valeur positive que les autres règles de droit « *toute cette valeur, seule cette valeur* »<sup>479</sup> n'était en réalité pas exacte. En serait-il de même pour les principes directeurs du droit des contrats ? Comme il a déjà été observé, la liberté contractuelle s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle le 13 juin 2013<sup>480</sup>. Le phénomène de constitutionnalisation du droit processuel se retrouve en matière contractuelle car le contrat passe sous l'emprise des droits fondamentaux ainsi qu'en atteste d'ailleurs les derniers projets en date qui reconnaissent un contrôle de proportionnalité dans l'articulation entre le contrat et la protection des droits et libertés fondamentaux. La liberté contractuelle a une valeur constitutionnelle. À l'inverse, la force obligatoire et la bonne foi n'ont pas été reconnues comme des normes constitutionnelles ou comme des « principes généraux du droit », en conséquence, ils n'auraient la valeur que de « simple règle de droit » même s'il est vrai qu'en raison de leur généralité et de leur légitimité intrinsèque en tant que porteur de l'esprit de la loi, de justice et d'équité, ils pourraient acquérir une force plus importante dans l'esprit des juges et autres praticiens.

---

<sup>478</sup> Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull.* 1995 A. P. n° 4 p. 7 ; *D.* 1995, 513, concl. JEOL, note de R. DRAGO.

<sup>479</sup> H. MOTULSKY, « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP* 1966, I, 1996 ; H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civile par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, *Chronique*, p. 91.

<sup>480</sup> Cons. Const., Décision n° 2013-672 du 13 juin 2013, obs. M. MEKKI in « *Chronique de droit des contrats* », *JCP G* 2013, doct. 974, n° 36.

**148 – Conclusion** – Il apparaît alors que les principes directeurs du droit des contrats peuvent être qualifiés de normes juridiques en ce qu'ils orientent et guident vers « ce qui doit être ». Toutefois, il est difficile de classer les principes directeurs dans une catégorie juridique préexistante en raison de leur statut hétérogène. Comme en attestent les principes directeurs de l'instance, le phénomène de constitutionnalisation avec la prise en compte des droits fondamentaux dans les matières processuelle et contractuelle est venue complexifier la notion de « principe directeur ». Il apparaît donc impossible de répertorier les principes directeurs dans une catégorie juridique donnée car ils sont constitués à la fois de simples règles de droit, de principes généraux du droit, et de principes constitutionnels... *A priori*, les principes directeurs sont difficilement conceptualisables en raison de leur hétérogénéité. Cette complexité est accrue du fait du risque de confusion qui peut exister entre cette catégorie de norme et certains homonymes.

## SECTION II. PRINCIPES DIRECTEURS ET HOMONYMES.

---

**149 – Division** – La notion de principes directeurs ne doit pas être confondue avec ses homonymes. Il sera question de la comparaison entre le principe directeur et le principe (§ I) puis avec le principe général du droit (§ II). Il apparaît, à première vue, que ces termes sont synonymes au vu des différents projets internationaux et français qui usent et abusent des qualifications de principes généraux, principes fondamentaux, principes directeurs. Toutes ces locutions existent bel et bien dans le langage juridique, il convient de les distinguer afin d’apprécier l’originalité des principes directeurs. Cette distinction est d’autant plus d’actualité que le législateur interne a eu recours dans ses différents projets à l’expression de principes directeurs, avant de traiter des principes pour terminer par la proposition de principes généraux.

### § I. Principes directeurs et principes

**150 – Annonce** – Il sera question tout d’abord du principe juridique tel qu’il est entendu dans le langage courant (A), afin qu’il puisse être confronté ensuite au principe directeur (B).

#### **A. Le principe juridique dans le langage courant.**

**151 – Les différentes acceptions du principe** – Étymologiquement, le terme de principe provient du latin « *principium* » dérivé de « *primo* » (premier) et de « *capere* » (prendre). Le « *princeps* » est celui qui prend la première place. Il est le « commencement ». Les acceptions du principe sont nombreuses comme le souligne P. MORVAN<sup>481</sup> qui reprend, dans sa thèse, une trilogie:

- Le principe d’ontologie ou l’explication de ce qui est,
- Le principe de logique exprimant ce qu’impose la raison,
- Le principe normatif exprimant ce qui doit être.

---

<sup>481</sup> V. thèse de P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999, spécifiquement les pages 3 à 45 pour une explication détaillée ; V. également A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 16<sup>ème</sup> éd., 1998.

Très schématiquement, le principe d'ontologie « *explique ce que sont toutes les choses, à commencer par celles qui sont le plus inaccessibles à la compréhension humaine, métaphysiques. Dans tous les cas, la quête du principe désigne une quête de l'être, du pensable* »<sup>482</sup>. Cette première acception atteint les sphères de la philosophie. Le principe de logique va être l'héritier de cette philosophie en trouvant sa mesure dans la science du droit : « *l'exigence de logique (...) poursuit deux finalités qui correspondent chacune à une signification particulière du principe. L'une intéresse la « face active » de la connaissance : la logique permet la démonstration, à partir d'axiomes, des lois. L'autre intéresse la « face passive » de la connaissance : la logique favorise l'enseignement et l'apprentissage des données acquises de la science* »<sup>483</sup>. Le principe de logique se dédouble en principe démonstratif et principe didactique. Enfin, le principe normatif va investir le droit lui-même en tant que norme. Le Littré, dès 1869, évoque la force normative du principe lorsqu'il définit le principe comme « *maxime, règle de conduite, précepte de morale* »<sup>484</sup>. Le principe normatif prend naissance dans la morale : « *avoir des principes* », « *être fidèle à ses principes* », « *par principe* ». Le principe acquiert alors une valeur obligatoire, il exige l'obéissance, une conduite, un devoir-être. Le principe prend son essor et colonise les deux systèmes normatifs, à savoir la morale et le droit. L'étude du principe portera principalement sur ce troisième sens, dans son acception normative à savoir le « *devoir-être* ».

**152 – Le concept juridique de principe juridique** – La doctrine<sup>485</sup> a cherché à élaborer un concept juridique de principe pour mesurer la place des principes dans l'ordre juridique positif et déceler les futures mutations. Pour cela, plusieurs critères ont été mis en évidence. Ainsi, un auteur<sup>486</sup> propose deux critères d'identification : « *une haut degré de généralité* » et « *une proximité des valeurs* ». S'agissant du premier critère, il faut s'interroger sur le point de savoir si ce haut degré de généralité doit être supérieur à celui de la règle de droit. Cette opposition entre règle de droit et principe est une discussion récurrente chez les

<sup>482</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999, V. spécifiquement les pages 4 à 10 pour une explication détaillée.

<sup>483</sup> P. MORVAN, *op. cit.*, spéc. pp 11-33.

<sup>484</sup> E. Littré, Dictionnaire de la langue française, 1ère éd. 1863-1873, V° « Principe ».

<sup>485</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986) Trad. E. SOUBRENIE, Paris, PUF, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1995 ; A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme de principe dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, dirigé par S. CAUDAL, Economica, Études juridiques, 30, 2008, spéc. p. 67 ; M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Droit privé, Paris, 1999.

<sup>486</sup> A. JEAMMAUD, *article précité*, spéc. pp. 71-73.

juristes qui retiennent bien souvent une conception « déontique »<sup>487</sup> de la règle de droit conçue comme « une règle de conduite ou de comportement, c'est-à-dire prescrivante, prohibante ou permettant une conduite ou un comportement – ayant toujours une action pour objet— sous la menace d'une sanction par la puissance publique »<sup>488</sup>. Les partisans de cette théorie situent alors la généralité de la règle de droit dans le fait qu'elle doit être la même pour tous. Le principe, au contraire, est souvent l'expression d'un idéal et se distingue de la règle dans le sens où il est applicable à un ensemble de circonstances indifférenciées. Le principe aurait une vocation plus large et plus générale que la règle de droit. Effectivement si les règles de droit ont vocation à régir un ensemble d'actes indéterminés ou de situations, elles sont spéciales dans la mesure où elles sont édictées en vue d'une situation juridique donnée, au contraire des principes qui comportent des applications indéfinies<sup>489</sup>. Autrement dit, le principe « explique », la règle de droit « régit ». De plus, le principe bien que général serait éloigné des conduites, et des situations concrètes ainsi que des problèmes de droit résolus par les juges. A côté de cette conception « déontique » se trouve la conception « fonctionnelle » qui refuse d'opposer les « règles de droit et principes juridiques comme deux espèces de normes juridiques », et qui fait des principes « une espèce—s'ils s'avèrent composer un groupe d'instruments normatifs suffisamment singuliers—du genre des règles de droit (ou normes juridiques) »<sup>490</sup>. La conception fonctionnelle est plus représentative de la réalité. En effet, le principe en droit ne s'oppose pas véritablement à la règle de droit, tous deux constituant plutôt des genres de normes juridiques ce qui explique pourquoi une même norme peut être qualifiée à la fois de règle de droit et de principe. Par exemple, la bonne foi a été dans un premier temps qualifiée de règle de droit avant de voir son champ d'application s'élargir, et de ce fait, la doctrine et la jurisprudence, à force d'en faire usage, ont transformé la règle de droit en principe. De la même façon, il est enseigné aux étudiants le principe de l'effet relatif des conventions bien qu'il ne s'agisse que d'une règle de droit. L'appellation « principe » solennise la règle mais au fond, la règle demeure et n'acquiert pas une importance plus forte bien qu'elle soit qualifiée de « principe ». S'agissant du second critère, l'auteur pense qu'il convient de retenir la proximité du principe avec les « valeurs réputées

---

<sup>487</sup> Vient du grec déon, déontos qui signifie devoir, ce qu'il faut, ce qu'il convient. La logique déontique formalise les rapports existants entre les alternatives posées par la loi : l'obligation, l'interdiction, la permission et le facultatif.

<sup>488</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 71.

<sup>489</sup> V. en ce sens, J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, T.1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>490</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 72.

*inspirer l'ordre juridique positif*»<sup>491</sup> pour établir un lien entre droit et morale. Le principe normatif doit poursuivre « *une dimension idéologique— l'adjectif n'a rien de péjoratif— quoi que les uns ou les autres puissent penser de cette idéologie et quelque variées puissent s'avérer les inspirations idéologiques (...), la branche d'appartenance, les rapports de force (...) ou l'évolution d'interprétation des normes qui les supportent* »<sup>492</sup>.

**153 – Conclusion sur le principe juridique** – Au final, deux critères ont été mis en exergue pour qualifier un principe juridique : son degré de généralité et sa dimension axiologique. Toutefois, il n'existe pas de consensus quant au degré de généralité du principe puisque certains voient en lui, une généralité d'application, tandis que d'autres l'appréhendent comme une généralité interdisciplinaire. Le principe normatif serait premier parce qu'il est général et parce qu'il poursuit une dimension idéologique inspirant les normes qui en sont déduites. Il acquiert ainsi une autorité particulière dans le langage juridique en raison de ces deux critères mais cette supériorité de l'esprit ne découle pas nécessairement de sa position dans la hiérarchie des normes car le principe peut être une norme de rang constitutionnel, législatif, ou réglementaire.

## **B. Comparaison entre le principe juridique et le principe directeur.**

**154 – Principes et principes directeurs** – D'après ce qui a pu être observé précédemment, le principe est constitué de normes juridiques premières en raison de leur généralité et de leur dimension axiologique; en cela, ils constituent soit des normes déjà applicables dans le droit positif soit des normes à venir en représentant des orientations qui peuvent inspirer la création ou l'évolution de normes positives. La catégorie juridique de principe peut regrouper des principes à valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit, des principes directeurs à valeur législative ou réglementaire. À cet égard, la catégorie de principe directeur manifeste, tant dans les matières processuelles que contractuelle, des éléments remarquables du droit en vigueur, en traduisant une philosophie juridique pratique. Les principes directeurs appartiennent à la catégorie plus vaste des principes. S'ils se ressemblent, aucune conséquence juridique concrète ne peut pourtant en être tirée. Une confusion est-elle également possible entre les principes directeurs et les principes généraux ?

---

<sup>491</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 72.

<sup>492</sup> A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. p. 73.

## § II. Principes directeurs et principes généraux du droit

**155 – La notion de principes généraux du droit** – Les contours de cette notion manquent de clarté car elle reçoit des définitions variées en fonction des matières et des auteurs. C'est une notion bien connue en droit public<sup>493</sup> mais elle est plus ambiguë en droit privé. Dans cette dernière branche, certains auteurs nient même l'existence de cette catégorie en droit privé : « *elle ne désigne aucun élément particulier du droit positif* »<sup>494</sup>, « *l'expression des principes généraux du droit privé est une invention doctrinale qui ne correspond à aucune réalité juridique* »<sup>495</sup> qui ne refléterait qu'une « *imitation des principes généraux du droit administratif* »<sup>496</sup>. En théorie du droit, les principes généraux du droit se définissent comme des règles de droit objectif, exprimées ou non dans les textes, qui se voient appliquées par la jurisprudence : « *ils supposent un énoncé normatif quelle qu'en soit l'origine, une effectivité qui en fasse des sources du droit et d'obligations, des sanctions* »<sup>497</sup>. Bien que cette notion ne rencontre pas de définition qui fasse l'unanimité, les auteurs<sup>498</sup> s'accordent, le plus souvent pour reconnaître deux traits caractéristiques aux principes généraux du droit: leur généralité et leur caractère non écrit. Les définitions de la notion de principes généraux du droit étant multiples, il a fallu faire un choix pour étudier cette notion afin de la confronter par la suite aux principes directeurs. Le droit public offrant les réflexions les plus abouties sur ce point, il sera donc question des principes généraux du droit tels qu'ils sont entendus en droit administratif.

**156 – L'importance des principes généraux du droit** – Les principes généraux du droit ont acquis une place importante qui est à la fois quantitative, le juge ayant consacré un nombre important de principes généraux du droit, et qualitative puisque ces principes révèlent la part essentielle du juge dans l'élaboration du droit. Actuellement, ils peuvent être présentés

---

<sup>493</sup> C'est la définition donnée en droit public qui nous servira à comparer les PGD des principes directeurs du droit des contrats.

<sup>494</sup> M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, p. 277.

<sup>495</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, coll. Droit privé, Paris, 1999, pp 97-98.

<sup>496</sup> *Ibid.*

<sup>497</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 104, n° 74.

<sup>498</sup> V. notamment J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, T. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51 ; B. JEANNEAU, « La nature des principes généraux du droit en droit français », in *Études de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, éd. Cujas, 1962, p. 203 ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et des méthodes du droit international ; étude de droit international de la famille*, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001, n° 70 et s., p. 51 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 492, p. 461.

comme une norme positive constituant une source de la légalité en droit, notamment en droit public et leur originalité réside dans leur caractère non écrit.

**157 – Création de la catégorie des principes généraux du droit par le juge administratif**<sup>499</sup> – Cette catégorie particulière a été créée par le Conseil d'État avec l'arrêt *Aramu* perçu comme fondateur en la matière, rendu le 26 octobre 1945<sup>500</sup>. Dans cet arrêt, un commissaire de police avait été suspendu de ses fonctions en vertu d'un décret du 4 mai 1941 sans qu'il ait pu préparer, ni présenter sa défense. Il avait alors introduit un recours pour excès de pouvoir contre le décret. Les juges suprêmes consacrèrent le principe général des droits de la défense et retinrent qu'une sanction ne pouvait légalement intervenir sans que l'administré ou l'usager n'ait été préalablement mis en mesure de présenter utilement sa défense. A cette occasion, la haute juridiction administrative évoqua les « *principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte* ». En réalité, le respect des droits de la défense était déjà assuré un an plus tôt avec l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier*<sup>501</sup> mais la juridiction n'avait pas été jusqu'à créer cette catégorie juridique. L'originalité de ces principes généraux du droit ressort alors : ils ne sont fondés sur aucun texte.

**158 – Reconnaissance de la catégorie des principes généraux du droit par d'autres juridictions** – La création de la catégorie des principes généraux du droit est alors reconnue par le législateur. Par exemple, il en va ainsi dans la loi du 17 juillet 1986 relative aux « *principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection de travail et des tribunaux du travail en Polynésie française* », de même avec la loi du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, dont l'article 4 fait référence aux « *principes généraux du droit électoral* ». Elle est également reconnue par le Conseil constitutionnel puisque plusieurs décisions reprennent et consacrent l'expression. C'est le cas notamment dans la décision du 17 janvier 1989 dans lequel le conseil énonce que le droit de recours contre une décision imposant une sanction « *étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation* »<sup>502</sup>. Il est également affirmé, dans la

---

<sup>499</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 25<sup>ème</sup> éd., 2014 ; F. MELLERAY, PH. YOLKA, P. GONOD, *Traité de droit administratif*, T.1, Dalloz, 2011.

<sup>500</sup> CE, ass., 26 octobre 1945, n° 77726, *Aramu* : *Rec. CE* 1945, p. 213 ; *D.* 1946, jurispr. p. 158, note G. MORANGE ; *EDCE* 1947, p. 48, concl. R. ODENT ; *S.* 1946, 3, p. 1, concl. R. ODENT.

<sup>501</sup> CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier* : *Rec. CE* 1944, p. 133 ; *D.* 1945, jurispr. p. 110, concl. B. CHENOT, note J. DE SOTO ; *RD publ.* 1944, p. 256, concl. B. CHENOT, note G. JEZE ; *GAJA* 2005, n° 56.

<sup>502</sup> Cons. const., déc. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* : *Rec. Cons. const.* 1989,

décision n° 91-167 L du 19 décembre 1991<sup>503</sup>, qu'il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures nécessaires à l'application de la loi « *dans le respect de celle-ci et des principes généraux du droit* ». Dans ces différentes décisions, le Conseil constitutionnel reconnaît la création originale faite par le Conseil d'État et l'utilise dans l'exercice de ses fonctions. Par ailleurs, le juge judiciaire peut, également, dégager un principe général du droit. La Cour de cassation a ainsi consacré dans les visas d'un arrêt du 21 décembre 1987<sup>504</sup> le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques. Elle a aussi érigé en principe général la notion de trouble anormal de voisinage lorsqu'elle a décidé que « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* »<sup>505</sup>. Ces principes généraux se diversifient également dans les matières spécialisées, notamment en droit du travail<sup>506</sup> où ils sont dérivés du droit commun de la propriété, de la liberté d'entreprendre ou du contrat : de façon non exhaustive, on retrouve comme principes généraux du droit, l'indépendance des inspecteurs du travail<sup>507</sup>, le droit du salarié à un salaire minimum<sup>508</sup>, etc.

**159 – Caractère non textuel des principes généraux du droit** – Pris individuellement, les principes généraux du droit sont créés par le juge en l'absence de tout texte<sup>509</sup> toutefois le rapport entre les principes et le texte s'est complexifié au fil du temps. En effet, avant 1958, il était affirmé sans ambiguïté le caractère non écrit des textes : tel était le cas dans l'arrêt *Aramu* déjà cité mais également dans l'arrêt *Dame Lamotte*<sup>510</sup> où il était évoqué que « *le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, (...) a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ». Mais après 1958, le juge administratif a établi parfois un lien entre tel principe et tel texte. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu écrire qu' « *il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du*

---

p. 18, consid. 31 ; *GDCC* 2005, n° 39.

<sup>503</sup> Cons. const., déc. n° 91-167 L, 19 déc. 1991, *Concours d'internat* : *Rec. Cons. const.* 1991, p. 134, considérant 2.

<sup>504</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 déc. 1987, *Bureau recherches géologiques et minières [BRGM]* : *Bull. civ.* 1987, I, n° 348 ; *GAJA* 2005, n° 94.

<sup>505</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 1995, *Bull. civ.* II, n°222, obs. F. ZÉNATI, *RTD Civ.* 1996, p. 179.

<sup>506</sup> G. LYON-CAEN, « Les principes généraux du droit du travail » in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à Guillaume Henri Camerlynck* : Dalloz, 1978, p. 41 ; G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD Civ.* 1974 p. 229.

<sup>507</sup> CE, 9 octobre 1996, n° 167511, *Union nat. CGT aff. soc.* : *Rec. CE* 1996, p. 383 ; *RD publ.* 1997, p. 894, concl. C. MAUGUE – CE, 15 février 1999, n° 182853, *Union nat. CGT aff. soc.* : *Rec. CE* 1999, p. 24.

<sup>508</sup> CE, sect., 23 avril 1982, n° 36851, *Ville Toulouse* : *Rec. CE* 1982, p. 152, concl. D. LABETOUILLE.

<sup>509</sup> En ce sens, notamment R. CHAPUS, *Droit administratif général* : Montchrestien, coll. Domat droit public, T.1, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 95-96, § 123 – P. DELVOLVE, *Le droit administratif*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 62 ; B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Rép. contentieux administratif*, Dalloz 2004, p. 9.

<sup>510</sup> CE, ass., 17 février 1950, *Min. agr. c/ Lamotte* : *Rec. CE* 1950, p. 110 ; *GAJA* 2005, n° 64.

*préambule de la Constitution du 27 octobre 1946... »*<sup>511</sup>. De plus, une partie de la doctrine estime que le juge ne fait que constater les « principes généraux du droit » mais qu'il ne les crée pas<sup>512</sup>, dès lors, le Conseil d'État ne ferait que les découvrir en les tirant de l'esprit du droit. Ces différents éléments ont fait douter du caractère non textuel des principes généraux du droit, mais force est de constater qu'ils ne permettent pas de remettre en cause le caractère non écrit des principes généraux du droit : l'emploi du mot « *notamment* » souligne que les principes concernés trouvent en partie leur fondement dans les textes mentionnés mais pas uniquement, ces principes demeurent toujours applicables même en l'absence des textes cités. En réalité, pour le Conseil d'État, les principes généraux du droit demeurent « applicables même sans texte », ce qui signifie que le principe général est autonome de tout texte. Dès lors, même s'il peut se trouver qu'un texte consacre l'un des principes, pour autant le principe ne serait pas rattaché au texte car si ce dernier venait à disparaître, le principe demeurerait. Les principes généraux sont autonomes par rapport aux textes et ils ne tirent pas leur existence et leur force juridique de textes mais du juge. Ils sont issus du pouvoir normatif du juge ce qui n'est pas sans conséquence sur la valeur juridique qu'on leur accorde.

**160 – La valeur juridique des principes généraux du droit** – Pour quantifier la valeur juridique de cette catégorie juridique, il faut préalablement préciser le critère retenu pour déterminer de manière générale la valeur d'une norme. Or le critère retenu est un critère organique et formel. Un auteur<sup>513</sup> a ainsi affirmé que la valeur d'une norme juridique est liée au rang de l'organe qui l'édicte ou de sa source formelle. Quant aux normes jurisprudentielles, la valeur est liée au rang de ce juge dans la hiérarchie des sources formelles du droit qui sera déterminé en fonction des normes que le juge peut invalider et celles qu'il ne peut invalider. Dès lors, en considérant que les principes généraux sont le fruit d'une interprétation des textes, ils bénéficieraient de la valeur de ce texte, en conséquence, en tant que principes écrits, ils auraient une valeur variable en fonction du texte législatif, conventionnel, constitutionnel... Mais comme il a pu être expliqué précédemment, les

---

<sup>511</sup> CE, ass., 8 déc. 1978, n° 10097, Groupe information et soutien travailleurs immigrés [GISTI] : *Rec. CE* 1978, p. 493 ; *GAJA*, n° 90.

<sup>512</sup> Par exemple, G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français* : Presses de Sciences Po et Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 266.

<sup>513</sup> R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chronique p. 119, spéc.p.124 ; du même auteur, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chronique p. 99.

principes généraux du droit sont autonomes des textes, ils ont une valeur infra-législative<sup>514</sup> et supra-décrétale<sup>515</sup> en ce que le juge administratif peut annuler les décrets mais pas les lois.

**161 – Distinction entre les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** – Pour certains auteurs<sup>516</sup>, il n'existerait qu'une différence de sémantique entre ces deux catégories de normes dans la mesure où deux principes, la liberté de l'enseignement et le respect des droits de la défense ont été qualifiés à la fois de « principes généraux du droit » et de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Cette observation permet aussi de constater que le Conseil constitutionnel aurait pu simplement reprendre la qualification déjà adoptée par le Conseil d'État or il ne l'a pas fait, ce qui tend à démontrer que ces catégories de normes ne sont pas identiques. En effet, ces deux catégories n'ont pas les mêmes liens avec le texte, alors que les « principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République » se rattachent au Préambule de la Constitution de 1946 et bénéficient en conséquence d'une valeur constitutionnelle, les « principes généraux du droit » ont une valeur infra-législative et ne dépendent d'aucun texte. Cette différence de valeur juridique se retrouve dans l'arrêt *Koné*<sup>517</sup> dans lequel le Conseil d'État a refusé de consacrer en « principe général du droit » l'interdiction d'accorder l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique, lui préférant la qualification de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

**162 – Distinction entre les principes généraux du droit et les principes particulièrement nécessaires à notre temps** – Ces derniers constituent, eux aussi, une catégorie de normes constitutionnelles prévues par le Préambule de la Constitution de 1946 au contraire des « principes généraux du droit » qui n'ont aucun fondement textuel et une valeur inférieure. Un lien apparaît toutefois car le Conseil d'État s'inspire des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » pour dégager ses propres « principes généraux du droit » comme en atteste par exemple le principe de non-discrimination : « *il résulte des*

---

<sup>514</sup> Le principe général du droit au silence de l'administration reconnu par le Conseil d'État peut être mis en échec par une loi ordinaire comme l'atteste l'arrêt Cons. const., déc. n° 69-55 L, 26 juin 1969, Protection des sites : *Rec. Cons. const.* 1969, p. 27, cons. 5 ; *GDCC* 2005, n° 1. Ce faisant, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur infralégislative des Principes Généraux du Droit.

<sup>515</sup> Les principes généraux du droit « *s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives* » : CE, sect., 26 juin 1959, Synd. gén. ingénieurs-conseils : *Rec. CE* 1959, p. 394 ; *GAJA* 2005, n° 78.

<sup>516</sup> J. MORAND-DEVILLER, « Plaidoyer pour les docteurs angéliques » : *EDCE* (Études et documents du Conseil d'État), 1995, n° 47, p. 525.

<sup>517</sup> CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné* : *JurisData* n° 1996-050682 ; *Rec. CE* 1996, p. 255 ; *RFD adm.* 1996, p. 870, concl. J.-M. DELARUE ; *GAJA* 2005, n° 103.

*principes rappelés par le préambule de la Constitution de 1946 [...] qu'aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes à moins qu'elle ne soit justifiée par la nature des fonctions ou par les conditions de leur exercice »<sup>518</sup>.*

**163 – Distinction entre les principes généraux du droit et les principes de valeur constitutionnelle** – La même distinction apparaît, les principes généraux du droit sont autonomes et ne dépendent d'aucun texte, de plus, ils n'ont acquis qu'une valeur infra-législative. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel distingue expressément ces deux catégories de normes : dans une décision du 3 mars 2005<sup>519</sup>, il affirme que : « *le pouvoir réglementaire doit se conformer, dans l'exercice de sa compétence, aux règles et principes de valeur constitutionnelle, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux...* ». Le Conseil d'État fait de même lorsqu'il distingue le « *principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques* » et le « *principe général d'égalité devant les charges publiques* »<sup>520</sup>.

**164 – Distinction entre les principes généraux du droit et les principes directeurs** – L'absence de critères de détermination de ces deux catégories juridiques crée un point commun et laisse à penser qu'elles appartiennent davantage à des catégories fonctionnelles plutôt que conceptuelles<sup>521</sup>. Toutefois des différences apparaissent : d'une part, les principes directeurs ne forment pas une catégorie homogène puisqu'ils sont constitués à la fois de normes à valeur constitutionnelle mais aussi de normes législatives et infra-législatives. C'est une catégorie « fourre-tout », ce qui n'est pas le cas de la catégorie des « principes généraux du droit ». Par ailleurs, les « principes directeurs » tirent leurs fondements des textes, dès lors, ils ne peuvent être confondus avec les principes généraux du droit.

**165 – Conclusion** – Les principes directeurs du droit des contrats ne se confondent pas avec les principes généraux du droit. Leur valeur juridique n'est pas identique puisque là où elle est la même pour les principes généraux du droit (infra-législative et supra-décrétale), elle diverge au sein des principes directeurs. Ils appartiennent à la plus grande catégorie des normes fonctionnelles et non conceptuelles. De plus, les principes directeurs, au contraire des

---

<sup>518</sup> CE, sect., 6 février 1981, n° 14869, *Baudet* : JurisData n° 1981-600590 ; *Rec. CE* 1981, p. 53

<sup>519</sup> Cons. const., déc. n° 2005-198 L, 3 mars 2005, Nature juridique de dispositions du Code des juridictions financières : *Rec. Cons. const.* 2005, p. 33, considérant 5.

<sup>520</sup> CE, ass., 5 mars 1999, n° 194658, *Rouquette* : JurisData n° 1999-050087 ; *Rec. CE* 1999, p. 37.

<sup>521</sup> V. sur cette distinction : G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein [la légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires] », *JCP G* 1948, I, 682.

principes généraux ont tous un fondement textuel. Une autre distinction doit être opérée, celle entre les principes directeurs et les standards.



### SECTION III. PRINCIPES DIRECTEURS ET STANDARDS

---

**166 – Division** – Les notions de standard et de principes directeurs du droit des contrats peuvent être rapprochées car d'une part toutes deux créent une directive pour le juge dans l'application du droit sans le lier aussi étroitement qu'une règle de droit et d'autre part, elles présentent toutes deux un caractère de flexibilité. Il convient dès lors de les analyser pour vérifier si le rapprochement est exact. Pour ce faire, il conviendra de revenir sur une approche générale du standard (§ I), pour comparer les deux notions (§ II) qui, bien qu'ayant des caractéristiques communes, restent malgré tout à distinguer.

#### § I. Approche générale du standard

**167 – Absence de définition fondée sur un critère organique** – Le standard a fait l'objet d'une littérature très développée<sup>522</sup> et a reçu de nombreuses définitions au point qu'il est difficile de le définir de façon indiscutable<sup>523</sup>. Si la notion n'est pas familière pour les juristes français, elle n'est pas non plus inconnue car le législateur y a eu recours pour consacrer des expressions aujourd'hui bien connues : « le bon père de famille »<sup>524</sup>, « la bonne foi »<sup>525</sup>, « le raisonnable »<sup>526</sup>. Les éléments sur lesquels s'accorde la doctrine pour donner une définition au « standard » sont rares mais il existe malgré tout un point d'accord : le standard se manifeste davantage comme une notion fonctionnelle et moins comme une notion conceptuelle. Par ailleurs, le critère organique qui permet habituellement de déterminer la place d'une norme au sein de la hiérarchie ne fonctionne pas avec cette notion. En effet, la définition organique qui permet de hiérarchiser cette norme en fonction de l'organe qui

---

<sup>522</sup> Voir notamment: *Le standard juridique*, Recueil Gény, 1935, T. II, p. 114 et suiv. ; CH. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 1989. J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit: règles et directives », *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T. II, 1938 ; CH. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd, Sirey, 1951; A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, 1971, T. II, p. 105 et suiv. ; *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1988-4.

<sup>523</sup> PH. JESTAZ, « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *in Autour du droit civil, écrits dispersés, idées convergentes*, 2005, Dalloz, p. 19.

<sup>524</sup> Expression citée dans les articles 601, 627, 1137, 1374, 1728, 1766, 1806, 1880 du Code civil.

<sup>525</sup> Expression que l'on retrouve notamment aux articles 1134, 1141, 1240, 1380, 1935 du Code civil et la « mauvaise foi » aux articles 1147, 1153, 1378 du Code civil.

<sup>526</sup> Expression que l'on retrouve par exemple aux articles 1112 et 1386-4 du Code civil ainsi que des expressions équivalentes aux articles 1152 avec les peines « *manifestement excessive ou dérisoire* », 1353 avec les présomptions qui sont abandonnées à « *la lumière et à la prudence du magistrat* ».

l'édicte ne peut trouver à s'appliquer puisque le standard est ancré dans la Constitution, dans la loi, dans les règlements. Et à côté des standards textuels s'ajoutent également des standards jurisprudentiels, dès lors, une définition basée sur des critères organiques est impossible.

**168 – L'impossible définition du standard ?** – S'il n'existe pas de définition organique du standard, il y a accord pour reconnaître que dans son essence, se dégage l'idée que le standard est une norme de comportement qui constitue un minimum incompressible. Dans la théorie générale, le standard désigne une norme souple fondée sur un critère indéterminé<sup>527</sup> directif mais normatif destinée au juge à qui il revient de l'appliquer espèce par espèce. En droit des contrats, le standard le plus célèbre est celui de la bonne foi et il apparaît comme un outil d'analyse du comportement des parties à un contrat ou des auteurs d'une faute. Ainsi engagerait sa responsabilité le gérant qui n'apporterait pas tous les soins d'un « bon père de famille » aux affaires du géré. Plus généralement, le standard est une « *notion floue à géométrie variable* » qui est utilisée comme un instrument de mesure, un étalon.

**169 – Historique du standard** – Ce modèle d'organisation remonte au droit romain<sup>528</sup> : figure par exemple le standard de la bonne foi dans les « *negotia bonae fidei* » ou encore le « *pater familias* » qui permettait au prêteur d'assouplir les règles strictes de la responsabilité chaque fois qu'un homme raisonnable et diligent n'aurait pas commis le dommage. Mais c'est le droit anglo-américain qui a considérablement développé ce procédé. Tout d'abord, c'est dans les pays anglo-saxons que le standard a pris toute sa mesure avec l'*equity*, branche rivale de la *Common Law*, qui permet d'apporter des compléments fondés sur des exigences de conscience et notamment de l'homme raisonnable. Ensuite Roscoe POUND (Doyen de Harvard) a œuvré sur la notion de standard et l'a conçue comme « *une mesure moyenne de conduite sociale correcte qui repose sur des notions de moralité civique ou commerciale courantes qui ne peuvent être définies par des méthodes exactes et certaines de logique juridique* »<sup>529</sup>. Ainsi en est-il avec le standard de conduite déloyale dénommé « *unfair competition* » en matière de restriction de travail et de monopoles ou bien encore avec le standard de prudence nécessaire appelé « *due care* » dans l'appréciation de la faute. Le standard était alors la marque du droit de la *Common Law*. Ensuite, dans les années 1920,

---

<sup>527</sup> V. « Standard » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 10<sup>ème</sup> éd., 29/01/2014.

<sup>528</sup> R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, 1930, p. 117 cité par S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* n° 38 du 19 septembre 2011, d'octobre 1003.

<sup>529</sup> R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, *loc. cit.*

l'École de Lyon<sup>530</sup> poussa ses recherches et commença à rendre ce mode plus populaire dans les pays latins. C'est ainsi que le Doyen HAURIOU<sup>531</sup> qui s'intéressait à la notion, a pu la définir comme un « *élément de méthode qui permet d'élaborer une directive, embryon de la règle de droit* ». Mais il a fallu attendre les années 1980 pour que S. RIALS<sup>532</sup> entreprenne une œuvre de précision de définition des standards. Ils sont actuellement dans les systèmes romano-germanique en plein essor en raison notamment de leur rôle pratique qui permet aux juges « *de prendre en considération le type moyen de conduite correcte pour la catégorie d'actes qu'il s'agit de juger* »<sup>533</sup>. Comme l'explique un auteur<sup>534</sup>, l'indétermination d'une loi, qu'elle soit volontaire ou non, impose de se référer à des éléments stables du système juridique mais aussi à des standards. L'intérêt du standard réside dans son caractère flexible, celui-ci créant une directive pour le juge dans l'administration du droit sans le lier étroitement comme peut le faire une règle de droit, caractéristiques que l'on peut retrouver dans les « principes directeurs du droit des contrats ».

**170 – Standard et autres formes de conduites** – Une fois le standard défini, il convient de distinguer le standard d'autres normes approuvées. Il faut alors différencier le standard de l'habitude<sup>535</sup>. Cette dernière n'a pas de caractère obligatoire, en outre elle n'est pas un modèle de conduite, au contraire même, elle l'est très rarement. Le standard, lui, implique l'idée de comportement modèle mis au point par la réflexion critique. Enfin, le standard se distingue de la coutume en ce que cette dernière appartient à la morale positive et qu'elle est rigide et fixe<sup>536</sup>. En opposition le standard tient de la morale critique et il se caractérise par sa flexibilité et sa souplesse. Il convient, à ce stade, d'étudier le lien existant entre le standard et l'objet de notre étude, les principes directeurs du droit des contrats.

---

<sup>530</sup> V. les interventions du colloque relatif aux standards dans les différents systèmes juridiques, rapportées in RRJ 1988-4 et plus précisément, PH. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », RRJ 1988-4, p. 871.

<sup>531</sup> M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », RTD Civ., 1923, p. 265, spéc. p. 271.

<sup>532</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980.

<sup>533</sup> M. O. STATI, « Le standard juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, p. 244.

<sup>534</sup> J-L. BERGEL, « Avant- propos, Les standards dans les divers systèmes juridiques », RRJ 1988-4, p. 805 et suiv.

<sup>535</sup> E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », RRJ 1988-4, n° 35, p 814, spéc. p. 820.

<sup>536</sup> V. notamment, F. TERRE, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 2013, P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2<sup>ème</sup> éd., 2013; PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Droit civil, 5<sup>ème</sup> éd., 2014.

## § II. Le principe directeur à l'épreuve du standard

**171 – Des caractéristiques identiques** – De prime abord, les standards semblent ressembler aux principes directeurs du droit des contrats. D'un côté, le standard se reconnaît à ses trois caractéristiques mises en exergue par Pound. Premièrement, il crée un jugement sur une conduite en se référant à des concepts philosophiques d'ordre moral, politique et sociétal. Deuxièmement, il ne se réfère pas à une connaissance légale exacte appliquée strictement. Troisièmement, il n'est pas formulé de façon absolue, il est relatif aux temps, lieux et circonstances.

D'un autre côté, les principes directeurs se réfèrent également à des concepts philosophiques d'ordre moral, politique et sociétal. En effet, la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi prennent leur source dans un terreau moral, politique et sociétal : respecter la parole donnée, rester libre de contracter ou non, s'il l'on décide de contracter, de s'assurer de donner un consentement réel libre et éclairé, agir de bonne foi en appliquant loyalement et fidèlement le contrat tel qu'il a été conclu etc. Dès lors, si ces règles appartiennent à l'ordre normatif, elles obéissent à la base à des facteurs d'ordre politique, moral, sociologique, économique. Deuxièmement, les principes directeurs ne s'analysent pas comme des règles de droit entendu *stricto sensu* : la règle de droit pose des conditions d'application et si les faits donnés remplissent ces conditions, le juge devra appliquer la règle de droit. C'est le mécanisme qui se retrouve dans le syllogisme juridique. Toutefois, les principes directeurs ne posent pas de conditions « mathématiques » : le juge décidera d'appliquer ou non le principe en considération de données certes juridiques mais aussi factuelles. Le principe directeur est, de plus, général au sens où il a vocation à s'appliquer à une série indéfinie de cas sans que l'énoncé du principe ne précise les conditions d'application. Il n'y a pas d'application exacte du standard ni du principe directeur. Troisièmement, les principes directeurs du droit des contrats ne sont pas des normes absolues. S'ils sont obligatoires, ils connaissent, malgré tout, des exceptions, ce que ne connaît pas le standard, et des dérogations. Il en est ainsi pour la liberté contractuelle et la bonne foi. De même la force obligatoire devra parfois se teinter de nuances lorsqu'elle entrera en confrontation avec d'autres principes. En effet, les principales atteintes à la force obligatoire sont liées à des considérations d'équité auxquelles le législateur<sup>537</sup> et le juge<sup>538</sup> ont été

---

<sup>537</sup> On peut penser à la résiliation unilatérale et au droit de repentir.

<sup>538</sup> On peut évoquer le droit de résolution unilatérale en raison de la gravité du comportement d'une partie ainsi qu'aux révisions multiples faites par les juges des modalités d'exécution du contrat : moratoire, délais de grâce,

sensibles, ou se rattachent à l'exigence de bonne foi<sup>539</sup>. Par ailleurs, ils sont relatifs à une période donnée et évoluent en fonction des circonstances données.

En définitive, que ce soit avec le standard ou avec un principe directeur du droit des contrats, le juge se retrouve dans la posture d'un « *ingénieur social* »<sup>540</sup>. Ces normes lui permettent de dégager des solutions qui sont susceptibles d'assurer l'ordre tout en autorisant le progrès d'une société en évolution. Ces deux catégories offrent au juge un pouvoir normatif non négligeable lui permettant de ne pas s'enfermer dans des définitions restrictives. En effet, si le juge applique ou non les règles de droit, les standards et les principes directeurs orientent la décision du juge. Toutefois, si le standard et le principe directeur du droit des contrats offrent une belle flexibilité et malléabilité, c'est au détriment de la sécurité juridique.

**172 – Standard et principe directeur constituant des règles de droit** – La règle de droit est impérative<sup>541</sup>, c'est une prescription de ce qui doit être : « *elle permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense* »<sup>542</sup>. L'indétermination du standard et du principe directeur ne doit pas conduire à remettre en cause la juridicité de ces normes qui demeurent impératives bien qu'elles soient, dans une certaine mesure, indéterminées. En effet, l'obligation qui est faite de rouler raisonnablement n'est pas moins impérative que celle de rouler en deçà de 50km/h. Dès lors, les standards, tout comme les principes directeurs, appartiennent à la catégorie plus large des règles de droit, ils constituent « *une technique d'expression de la règle de droit* »<sup>543</sup>. Toutefois, si les standards et les principes directeurs constituent des notions impératives et contraignantes qui obéissent à des caractéristiques communes, ces notions se distinguent ; par conséquent, il faut se dispenser d'entretenir la confusion.

---

clauses pénales etc.

<sup>539</sup> Ainsi la clause résolutoire qui a vocation à sanctionner conventionnellement l'inexécution du débiteur sera paralysée par le comportement de mauvaise foi du créancier tant dans ses conditions de mise en œuvre que dans son invocation proprement. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans lequel elle a approuvé les juges du fond d'avoir écarté une clause résolutoire invoquée par un créancier qui s'était abstenu de demander pendant plus de dix ans le versement de la rente aux débiteurs, accédant ainsi à la conviction de ces derniers que celle-ci ne leur serait jamais réclamée ; son changement d'attitude n'était en fait dicté que par des dissensions familiales : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 1987, *Bull. civ.* 1987, III, n° 88.

<sup>540</sup> P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, l'Hermès, 4<sup>ème</sup> éd., 1998, pp. 195-196.

<sup>541</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 20, p. 26 ; PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Droit civil, 5<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>542</sup> J.-E. PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, p. 26.

<sup>543</sup> PH. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », *op. cit.*, spéc. p. 875.

**173 – Une confusion à éviter** – En effet, les standards se caractérisent par leur indétermination<sup>544</sup>, notions « vagues » alors que les principes directeurs n'ont pas pour caractère commun l'indétermination. Certes, la bonne foi, en tant que standard, constitue une notion imprécise mais cela ne se retrouve pas dans la règle de la liberté contractuelle et de la force obligatoire. La caractéristique première du principe directeur n'est pas celle d'être indéterminé, elle est d'être général c'est-à-dire de s'appliquer à un ensemble de cas indéfinis et en ce sens, le principe directeur est fédérateur, il permet la création de règles, ce qui ne se retrouve pas avec le standard. Il ne faut donc pas confondre le standard par nature imprécis et le principe directeur par nature général même s'il est parfois imprécis. Autrement dit, si tous les standards sont imprécis, tous les principes directeurs ne sont pas imprécis, mais ils ont, pour leur part, une capacité de généralisation, d'abstraction.

Par ailleurs, le principe directeur poursuit une double fonction que l'on ne retrouve pas dans le standard : tout d'abord le principe directeur poursuit une fonction généraliste en ce qu'il est une « *idée générale commune à une certaine catégorie de règles juridiques, dégagée de celle-ci par voie d'induction, en procédant par abstraction logique et en éliminant les particularités de chaque règle* »<sup>545</sup>, or le standard ne cherche pas à généraliser, il s'efforce simplement de guider le juge qui va juger avec bon sens la conduite d'une personne donnée dans des circonstances déterminées ; ensuite, une fonction explicative pour donner un sens à une règle dont la signification n'est pas claire, il permet la compréhension des règles plus précises qui sont tirées du principe directeur.

La confusion doit enfin être évitée car bien qu'ils obéissent à des caractéristiques communes, les standards et les principes directeurs ne poursuivent pas la même finalité. Le standard est créé pour assouplir la rigidité des règles, pour les rendre adaptables tandis que le principe directeur est mis en œuvre pour assurer la cohérence d'ensemble d'un pan du droit, fédérer des règles et combler les lacunes. Dès lors, les fonctions et finalités poursuivies par ces deux catégories de normes sont distinctes. Pourtant, il est à noter que certaines règles présentent à la fois le caractère de standard et de principe directeur, ce qui entretient la confusion. La bonne foi par exemple participe à cette double qualification.

**174 – Une double qualification possible** – La « bonne foi » laisse son interprète lui donner un contenu en termes de normalité, en ce sens il constitue un standard mais au regard

---

<sup>544</sup> V. en ce sens S. RIALS, *le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. Thèses, Bibliothèques de droit public, 1980.

<sup>545</sup> O. STATI, *Le standard juridique*, Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927, p. 59.

de son assise textuelle que l'on retrouve à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, et de son application généralisée, c'est aujourd'hui également un principe directeur du droit des contrats. Cette notion procède dès lors d'une délégation du pouvoir normatif au juge. Ainsi, si la bonne foi revêt des qualifications multiples, à la fois standard et principe directeur, rien ne permet vraiment de déterminer si la bonne foi a été originellement présentée comme un standard qui, compte tenu des valeurs qu'il véhicule, a été érigé en principe directeur ou si elle a été conçue comme un principe présentant des caractéristiques communes au standard et qui, au vu de ses fonctions s'est trouvé utilisée comme standard.

**175 – Conclusion de section** – Si les notions de standard et de principe directeur représentent des formes d'expression de la règle de droit constituant des normes impératives et contraignantes et qu'elles possèdent des caractéristiques communes impliquant un certain jugement moral, ne se référant pas à une connaissance légale exacte appliquée strictement, et n'étant pas formulé de manière absolue en étant relatif aux temps, lieux et circonstances, elles n'en demeurent pas moins distinctes.

Distinctes par leurs fonctions d'une part, le principe directeur poursuit plusieurs fonctions : une *fonction fédératrice* et une *fonction explicative* tandis que le standard obéit plutôt à une fonction *d'orientation et de mesure* : il conduit le juge à juger avec bon sens d'après des critères de mesure de ce qui doit être considéré comme « normal » pour la société.

Distinctes par leurs finalités ensuite, le standard est créé pour assouplir la rigidité des règles, pour les rendre adaptables tandis que le principe directeur est mis en œuvre pour assurer la cohérence d'ensemble d'un pan du droit, fédérer des règles et combler les lacunes.

Dès lors, eu égard à ces différences, la confusion entre standard et principe directeur doit être évitée même s'il est vrai qu'il existe un risque important d'amalgame car certaines règles peuvent recevoir la double qualification, ce qui apparaît avec la « bonne foi ».



---

## CONCLUSION DU CHAPITRE I.

---

**176 – Propos conclusifs** – Les principes directeurs du droit des contrats peuvent se définir comme un ensemble de règles de droit placé en tête de la partie relevant des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ayant pour objet essentiel d’orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et d’établir certaines garanties de bonne justice contractuelle. Leur appellation provient du rayonnement que leur confère leur généralité d’application et de leur légitimité intrinsèque car ils sont porteurs de la conception française du contrat. En tant que tels, ils servent de guide à l’interprète du contrat et dans l’application du code.

Une fois la définition posée, il s’agit de s’intéresser à leur normativité. Après étude, les principes directeurs du droit des contrats apparaissent comme des normes juridiques, bien que parfois imprécises et flexibles, elles ont acquis une juridicité qui ne peut être remise en cause en ce qu’elles constituent des normes impératives et contraignantes qui orientent vers « ce qui doit être » bien qu’elles ne soient pas reconnues comme une catégorie juridique à part entière.

En tant que normes juridiques, une distinction a dû s’opérer afin de les distinguer des normes voisines approchantes pour vérifier si les principes directeurs présentaient une originalité. À cet effet, il nous est apparu tout d’abord que par la généralité qui les caractérise, les principes directeurs pouvaient être regroupés dans la catégorie plus large des principes normatifs mais de cette qualification, peu de conséquences concrètes pouvaient être tirées. Ensuite, il était nécessaire de s’assurer qu’ils ne devaient pas être confondus avec les principes généraux du droit. En effet, leurs valeurs juridiques ne sont pas identiques puisque là où elle est la même pour les principes généraux du droit (infra-législative et supra-décrétale), elle diverge au sein des principes directeurs qui sont constitués de règles à valeur constitutionnelle et législative. De plus, les principes directeurs, au contraire des principes généraux, ont tous un fondement textuel. Enfin, ils divergent de la catégorie des standards en étant distincts de par leurs fonctions et de leurs finalités. En conséquence, il est fort probable que les principes directeurs soient une norme fonctionnelle plus que conceptuelle et que cette catégorie soit adoptée par pragmatisme car descriptive de l’objectif qui est poursuivi par cette catégorie, à savoir, orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et établir certaines garanties de bonne justice contractuelle. Au fond, cette

catégorie ne se retrouve pas dans la hiérarchie des normes. Il est légitime de penser que « *le législateur peut bien qualifier un principe directeur de « disposition générale » sans qu'il en découle aucune conséquence concrète*<sup>546</sup> ». Toutefois, en tant que norme fonctionnelle, elle a son rôle à jouer mais, pour cela, elle doit revêtir certains caractères et hiérarchiser certaines fonctions.

---

<sup>546</sup> PH. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1, p. 387.

---

## CHAPITRE II - L'IDENTIFICATION DE LA CATEGORIE JURIDIQUE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

177 – **Division** – Il a été tout d'abord constaté l'apparition progressive de principes directeurs du droit des contrats dans les différents textes et codifications doctrinales, la normativité de cet instrument juridique a été ensuite étudiée pour en conclure que les principes directeurs se singularisaient comme une notion fonctionnelle. La méthode inductive choisie a permis de témoigner de l'originalité normative de cette catégorie juridique en gestation qui la distingue des normes existantes approchantes comme les principes généraux du droit et les standards. Ces distinctions suggèrent l'idée que les principes directeurs forment une catégorie à part entière. Pour le vérifier, il convient à présent de dégager les différents caractères déterminants de la notion pour circonscrire cette catégorie juridique. Il faudra, ensuite rechercher les fonctions poursuivies par elle. Cela revient alors à s'interroger sur les critères d'identification des principes directeurs du droit des contrats. Pour ce faire, ses caractères seront tout d'abord mis en lumière (*Section I*) ensuite, seront observées les fonctions poursuivies par cette catégorie originale (*Section II*).

Ainsi catégorisés, les principes directeurs poursuivent quatre caractères : la consubstantialité à la notion de contrat, la continuité, la flexibilité et la généralité.

Ils sont, par ailleurs, dotés d'une fonction normative en jouant un rôle prescripteur, complétif et technique mais également d'une fonction politique en consacrant les garanties fondamentales d'une bonne justice contractuelle. Ainsi, de leur observation dépendrait l'issue du procès puisqu'ils encadrent le juge dans le processus d'élaboration d'un jugement rationnel. Les principes directeurs se manifestent alors comme un choix de politique législative.

Section I : Les caractères des principes directeurs du droit des contrats

Section II : Les fonctions des principes directeurs du droit des contrats



## SECTION I : LES CARACTERES DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

**178 – Division** – Si l'on considère les principes directeurs du droit des contrats comme faisant partie de l'ensemble plus vaste des principes normatifs en raison notamment de leur généralité, ce critère devient un facteur d'identification. Il existe néanmoins d'autres caractères qui doivent être réunis pour révéler l'existence d'un principe directeur du droit des contrats. Ainsi, certains caractères seront retenus (§ II) ; d'autres, envisageables de prime abord, devront être rejetés (§ I).

### § I. Les caractères rejetés

**179 – Annonce** – Il sera démontré que les principes directeurs du droit des contrats ne sont pas des principes universels (A) et que le caractère de primauté ne peut également être retenu (B).

#### **A. Le rejet de l'universalité des principes directeurs du droit des contrats**

**180 – Définition** – L'universalité est le caractère de ce qui s'étend à tout, de ce qui embrasse tout<sup>547</sup>. Dès lors, s'interroger sur l'universalisme des principes directeurs du contrat revient notamment à se demander si les principes directeurs forment un dogme universel. Plus précisément, la liberté contractuelle s'applique-t-elle à toutes les situations, les parties doivent-elles être de bonne foi dans tous leurs comportements ? Ces règles sont-elles les mêmes pour tous, quelle que soit l'époque, la société ou le régime politique ? Il s'agit du cœur de la problématique. Un des arguments qui pourrait être avancé pour retenir le caractère de l'universalisme est celui de l'harmonisation des droits nationaux et du droit des contrats plus particulièrement. Les règles de liberté contractuelle, de force obligatoire et de bonne foi se retrouvent dans une grande partie des pays de l'Union Européenne. Il existe bel et bien un rapprochement des législations nationales qui pourrait conduire à l'universalisme de certaines valeurs. Pour autant si ces principes existent, leurs formulations ne sont pas les mêmes. Une même notion peut être interprétée différemment selon les pays. La bonne foi ne signifie ainsi

---

<sup>547</sup> V° « Universalité », <http://www.cnrtl.fr/definition/universalit%C3%A9>.

pas la même chose en droit allemand, français ou anglais. Une très grande place est laissée à la bonne foi dans le BGB qui assure quatre fonctions essentielles : permettre la création d'obligations accessoires<sup>548</sup>, autoriser la révision judiciaire du contrat<sup>549</sup>, déterminer la manière dont la prestation doit être exécutée<sup>550</sup>, enfin neutraliser l'exercice des droits qui serait contraire à la bonne foi<sup>551</sup>. Le principe de bonne foi « *Treu und glauben* » gouverne l'ensemble du commerce juridique. Le droit anglais, au contraire, ignore la notion de bonne foi « *good faith* » au point qu'elle est même qualifiée de « *bête noire des juristes anglais* »<sup>552</sup>. Ce rejet de la bonne foi se manifeste notamment dans l'affaire *Walford v. Miles*<sup>553</sup> dans laquelle les juges refusèrent d'appliquer la bonne foi dans les négociations car ce principe serait « *en contradiction fondamentale avec la position d'adversaire qu'ont les parties lors des négociations* »<sup>554</sup>. Il faut convenir toutefois, que sous l'influence du droit européen, la bonne foi s'est introduite peu à peu dans le droit anglais, des inflexions ont grandi notamment au stade des négociations<sup>555</sup>. On retrouve également ce mécanisme avec la « *promissory estoppel* ». Les droits continentaux ont tendance à privilégier la bonne foi, ce qui ne se retrouve pas dans les droits de la Common Law. La liberté contractuelle, si elle est reconnue tant en droit français, allemand et anglais n'a pas les mêmes implications eu égard à la conception différente du contrat<sup>556</sup>. L'approche française donne un rôle fondamental à la loi, expression de la volonté générale, ce qui explique que le contrat est présenté abstraitement à l'article 1101 du Code civil. Une dimension morale est également reconnue en droit des contrats français justifiant le respect de la parole donnée et la reconnaissance d'une exécution du contrat de bonne foi. L'approche anglaise développe en revanche une conception très pragmatique du contrat. Aucune définition légale du contrat ne se retrouve, ni décision de principe, de la même façon qu'elle ignore la distinction théorie générale du contrat- droit des

---

<sup>548</sup> C'est ainsi qu'en se fondant sur le paragraphe 242 du BGB, le droit allemand a fondé une obligation d'information à la charge du contractant le plus fort économiquement.

<sup>549</sup> V. le paragraphe 313 du BGB.

<sup>550</sup> C'est ainsi qu'un créancier ne pourra pas venir au domicile du débiteur à deux heures du matin pour obtenir le remboursement de la créance échue.

<sup>551</sup> V. le paragraphe 226 du BGB qui dispose que « *l'exercice d'un droit est illicite lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un préjudice à autrui* ».

<sup>552</sup> La citation vient du Professeur Hugues BEALE, « la réforme du droit des contrats : projets et perspectives », *RDC* 2006, 138.

<sup>553</sup> *Walford v. Miles* (1992), 2, AC 128, House of Lords.

<sup>554</sup> Cité par R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes de droit, 21 août 2012, n° 41, p. 39.

<sup>555</sup> V. notamment le mécanisme « *misrepresentation* » qui est l'affirmation fautive ayant déterminé un contractant à s'engager. Dans notre affaire *Walford*, le défendeur avait ainsi été condamné à payer des dommages-intérêts car ouvrir des négociations, c'est implicitement indiquer sa volonté d'aboutir et si cette volonté n'a jamais existé, le partenaire est trompé. On retrouve aussi le « *collateral contract* », protégeant le contractant ayant légitimement accordé sa confiance à son partenaire.

<sup>556</sup> V. en ce sens, R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 13 à 27, p. 21 et s.

contrats spéciaux de sorte qu'est privilégiée une approche plus économique que morale du contrat. Le caractère de l'universalisme ne serait pas une réalité mais un idéal vers lequel tendre. En outre, le droit étant un phénomène social, les valeurs défendues dans un système juridique donné ne seront pas les mêmes que dans un autre. Les valeurs sont relatives. Ainsi le droit français doit jongler entre compétitivité, sécurité et protection de la partie faible de sorte qu'il privilégiera tantôt l'une, tantôt l'autre, en fonction des situations. Il y aura une confrontation des valeurs au niveau interne. Le contenu et l'existence de principes directeurs sont contingents et sont exposés aux vicissitudes de l'Histoire. L'universalisme ne peut être retenu pour structurer les principes directeurs du contrat. Il en est de même avec le caractère de primauté.

## **B. Le rejet du caractère de primauté des principes directeurs du droit des contrats**

**181 – Définition** – Primauté vient du latin « *primus* » qui signifie premier. Il s'agit de se demander si ce sont les principes directeurs qui précèdent les normes techniques ou les normes techniques qui précèdent le principe. Il est question de l'antériorité du principe. Cette question s'est posée en droit public à l'égard des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat. La doctrine n'a pas réussi à trancher définitivement cette question. Pour le Doyen VEDEL, ces principes sont « *extraits du droit positif à un moment donné* »<sup>557</sup>. Les principes ne seraient que des généralisations des règles préexistantes car « *les hommes établissent d'abord des règles concrètes pour gouverner leurs actes. Plus tard, lorsque les rapports sociaux deviennent stables et généraux, ils permettent de construire des mécanismes juridiques plus généraux* »<sup>558</sup>. C'est le phénomène de l'induction qui est consacré. Cette théorie a été contestée par un autre publiciste qui considère que les principes dégagés par le juge sont « *le produit d'aspirations latentes de la conscience nationale qui s'imposent à lui avec une force toute particulière* »<sup>559</sup>. En effet, à partir du moment où l'on considère que les principes sont des « *notions rectrices qui insufflent au droit son esprit spécifique* » et dont les « *règles et actes du droit positif, constitution, loi, règlement, décisions judiciaire s'inspirent*

---

<sup>557</sup> O. DEBBASH, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 139.

<sup>558</sup> E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 197.

<sup>559</sup> B. JEANNEAU, « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris*, 1962, T. 23, p. 209, cité par E. VERGES, thèse précitée, n° 197.

»<sup>560</sup>, les principes seraient antérieurs aux normes techniques. Les partisans<sup>561</sup> de la préexistence des principes s'appuient alors sur la complétude du système juridique pour exclure les lacunes. Les deux conceptions étant recevables, il n'est pas aisé de trancher cette controverse. Cette question appliquée aux principes directeurs du droit des contrats soulève les mêmes interrogations. En effet, en 1804, il est certain que ce sont les règles matérielles précises qui ont été mises en œuvre dans le Code civil mais pour autant les rédacteurs ne les tiraient-ils pas de principes plus larges ? Par exemple on ne retrouve pas directement le principe de la liberté contractuelle dans le Code civil et pourtant c'est un principe fédérateur qui a inspiré l'ensemble des dispositions du livre III, titre III. De même, la bonne foi apparaît comme une disposition limitée à l'exécution du contrat mais elle a évidemment été prise en compte dans la théorie des vices du consentement. Il n'est possible d'établir avec certitude qui a été premier, le principe ou les règles, en revanche il est sûr que la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi ont insufflé au droit des contrats sa philosophie et qu'elles apparaissent comme des notions directrices de l'ensemble de la matière contractuelle. Au fond, la primauté des principes directeurs ne découle pas d'un rapport chronologique. Le principe directeur, qu'il ait précédé les règles matérielles ou qu'il soit la généralisation de règles techniques reste le chef, le premier par rapport au rang et à son importance eu égard à son caractère de généralité. En conséquence, si le caractère de primauté fournit des indices permettant de soulever le potentiel directeur d'une règle de droit, il n'est pas suffisant et soulève plus d'interrogations qu'il ne pose de certitudes. Il semblerait préférable de l'exclure car il n'est pas opératoire.

## § II. Les caractères adoptés

**182 – Division** – L'étude des concepts des principes directeurs du droit des contrats passe nécessairement par la détermination de critères qui permettent d'identifier une règle de droit comme un principe directeur. Ils présentent dès lors des caractères qui leur sont propres.

---

<sup>560</sup> S. GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 284, cité in E. VERGÈS, *op. cit.* n° 197.

<sup>561</sup> J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, T. I, LGDJ, Paris, 1950, spéc. p. 67, n° 21 : « Il importe toutefois d'éviter une méprise : à strictement parler, la jurisprudence n'a pas, en notre matière, de pouvoir créateur. Les principes existent alors même qu'ils ne s'expriment pas ou ne se reflètent pas dans des textes de loi. Mais la jurisprudence se borne à les déclarer ; elle ne les crée pas » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 137, p. 264 : « La jurisprudence et la doctrine ont formulé ces principes. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires ».

À cet effet, il sera question de la consubstantialité des principes directeurs du droit des contrats (A), de leur continuité (B), de leur flexibilité (C) et de leur généralité (D). Pris isolément, chacun de ces caractères est insuffisant pour identifier une règle en « principe directeur », ils doivent être lus ensemble pour former un tout cohérent.

### **A. La consubstantialité des principes directeurs du contrat**

**183 – Définition** – La consubstantialité provient du latin ecclésiastique « *consubstantialitas* » et qualifie le caractère de ce qui n'est constitué que d'une seule et même substance<sup>562</sup>. En théologie chrétienne<sup>563</sup>, le concile de Nicée en 325 introduisit ce terme pour reconnaître la consubstantialité de la Sainte Trinité, mettant ainsi un terme à la théorie d'*Arius*<sup>564</sup> selon laquelle le Fils, étant une créature, ne pouvait avoir la même substance que le Père.

**184 – La consubstantialité des principes directeurs du droit des contrats** – Envisager la consubstantialité des principes directeurs revient à s'interroger sur ce qui fait la substance de la théorie générale du contrat et à partir de cette substance, déduire un ensemble de règles qui ne pourraient être détachées de la notion de contrat. De ce fait, le contrat s'identifierait aux principes directeurs. Sans eux, la notion de contrat n'existerait pas. Cette consubstantialité va se matérialiser par le constat d'une application généralisée. Or un constat d'apparence évidente peut être fait : la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi semblent constituer le moteur du droit des contrats. En effet, les parties sont, par principe, libres de contracter, avec qui elles le souhaitent, en déterminant librement le contenu. Une fois engagées, elles doivent respecter la parole donnée et être de bonne foi en agissant loyalement. Ce sont des « noyaux logiques » permettant de concevoir le contrat en droit français. Sans liberté et sans un degré minimal de bonne foi, le contrat ne pourrait exister, de même si une certaine vigueur du lien contractuel n'était pas imposée. Il convient de vérifier si ce constat apparent est exact.

**185 – La consubstantialité de la liberté contractuelle** – Le contrat s'identifie tout d'abord dans la règle de la liberté contractuelle. En effet, la liberté contractuelle est un

---

<sup>562</sup> <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/consubstantialit%C3%A9>.

<sup>563</sup> E. RENAN, *Histoire des origines du christianisme* – vol.3 Saint Paul, Lévy, 1869, p. 275.

<sup>564</sup> E. BOULARAND, *L'hérésie d'Arius et la foi de Nicée*, Paris : Letouzey et Ané, 1972.

principe qui innerve tout le contrat. Le contrat se définissant comme un accord de volonté entre les parties destiné à créer des obligations, le moteur du contrat est bien celui de la liberté. Liberté de contracter ou non, liberté de choisir son cocontractant, liberté enfin de choisir le contenu de son contrat. Il est évident que cette liberté n'est pas absolue, qu'elle doit être circonscrite. D'ailleurs la liberté ne peut exister qu'avec la loi car la liberté de tous serait contradictoire : les désirs universalisés s'annuleraient. La loi est nécessaire et il faut limiter l'extension de la liberté pour garantir son exercice. Le contrat reste, malgré tout, innervé par la notion de liberté bien qu'elle soit relative car limitée par un ordre public contractuel.

**186 – La consubstantialité de la bonne foi** – Le contrat s'identifie dans l'obligation de bonne foi. L'affirmation peut surprendre car cette notion est loin de faire l'unanimité<sup>565</sup>. Pourtant, à notre avis, la bonne foi est belle et bien consubstantielle. D'une part, elle permet de réaliser des opérations socialement utiles car un contrat conclu et exécuté de bonne foi permet la réalisation de l'opération contractuelle voulue. La bonne foi est essentielle en tant que modalité du respect de la parole donnée<sup>566</sup> en ce qu'elle permet aux parties de s'accorder une confiance réciproque. Ainsi, CICERON<sup>567</sup> expliquait que la bonne foi dérivait autant de « *veritas* » signifiant sincérité dans les paroles, que de « *constantia* », synonyme de fidélité dans les engagements. La bonne foi fait partie intégrante de la substance du contrat. D'autre part, cette notion s'est vue généralisée à l'ensemble des phases contractuelles. Ainsi l'article 1134 du Code civil, longtemps oublié, a retrouvé toute sa vigueur depuis une quarantaine d'années, et ne se trouve plus cantonné qu'à la seule exécution. On retrouve cette exigence dans la formation du contrat, avec notamment le développement des obligations d'information, de conseil, de renseignement et de mise en garde ; mais aussi dans la théorie des vices du consentement, etc.

**187 – La consubstantialité de la force obligatoire** – Il faut respecter ce qui a été initialement prévu par les parties dans le contrat car ce dernier donne une loi sûre aux parties. Ce principe de force obligatoire se justifie aisément. D'un point de vue philosophique, la force obligatoire du contrat prend sa source dans la volonté. D'un point de vue moral, la

---

<sup>565</sup> V. par exemple, A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, études et commentaires », *D.* 2008, n° 37, p 2609.

<sup>566</sup> V. sur la distinction entre la fidélité et la bonne foi, la thèse de S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, LGDJ, BDP, T. 551, n° 25, p. 21. L'auteur explique qu'il y a une différence de degré entre la bonne foi et la fidélité en ce que la bonne foi est une modalité de l'engagement contracté, voire une modalité de l'exécution de la fidélité contractuelle. Pourtant cette distinction du degré de nature n'est pas toujours perçue par les auteurs.

<sup>567</sup> S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, LGDJ, T. 551, n° 25, p. 21.

parole donnée doit être respectée en application de l'adage « *pacta sunt servanda* ». Chez les canonistes, manquer à sa promesse est analysé comme un péché et de façon plus générale, c'est un principe de droit naturel fondé sur une morale indiscutée. Du point de vue économique et social, il est impossible de concevoir le développement de relations d'affaire sans un degré minimal de sécurité. En l'absence de force obligatoire, aucune société ne peut prospérer, il y va de l'intérêt social et de l'intérêt des contractants d'être tenu par leurs engagements. En droit français, le contrat ne peut se détacher de la force obligatoire puisqu'il ne peut exister sans cette règle morale traduite juridiquement dans le Code civil. La force d'attraction de cette règle est telle que pendant très longtemps, on ne s'intéressait qu'aux obligations créées par le contrat ou ajoutées par le juge, la force obligatoire se confondait d'une certaine façon avec le contenu obligationnel alors même qu'une convention peut avoir d'autres effets que créer des obligations<sup>568</sup>. C'est l'ensemble du contenu du contrat (création d'obligation, extinction d'un droit, modification d'une situation juridique etc.) qui doit être respecté. Le contrat s'identifie ainsi à la force obligatoire.

**188 – Conclusion sur la consubstantialité** – Il apparaît que le contrat est consubstantiel à la liberté, à la force obligatoire et à la bonne foi. Ensemble, ces trois principes forment un tout cohérent et complémentaire : on est libre de contracter mais à partir du moment où les parties ont conclu le contrat, elles sont liées par celui-ci et doivent l'exécuter de façon loyale. Précisons que cette fidélité et sincérité dans le respect de l'engagement n'empêche pas les calculs, voire la mise en œuvre de mauvaise foi d'un droit né du contrat ! Ce qui importe, c'est le degré minimal de bonne foi, c'est-à-dire, respecter fidèlement et sincèrement ce qui a été prévu au contrat. Au final, sans liberté le contrat serait ressenti comme injuste, sans force obligatoire, il serait inutile et sans bonne foi le contrat serait inefficace. Les trois principes forment donc un « tout » permettant une application généralisée. Ils sont complémentaires. Ainsi sans la philosophie que l'on retrouve dans les principes directeurs, le contrat, tel qu'il est conçu en droit français, ne serait pas ce qu'il est. Les principes directeurs retenus sont consubstantiels au contrat. Il est intéressant de vérifier si ces principes sont continus.

## **B. La continuité des principes directeurs du contrat**

**189 – Les critères de la continuité** – La continuité est le caractère de ce qui est ininterrompu, signe de permanence et de persistance. En cela, c'est un signe de sécurité et de

---

<sup>568</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

stabilité, ce qui est fondamental pour le droit. C'est ainsi que RIPERT estimait que « *la direction des hommes exige un ensemble de règles générales et permanentes* »<sup>569</sup>. Cette permanence ou continuité pourrait se manifester par des principes directeurs. Afin d'être qualifiés de permanentes ou continues, les règles juridiques doivent d'une part bénéficier d'une force d'inertie qui les soustrait aux nombreuses réformes et doivent, d'autre part, demeurer sensibles aux changements sociaux<sup>570</sup>. À ce titre, les principes directeurs doivent connaître une lente évolution vers le renforcement ou le déclin. La force d'inertie dépend de la finalité représentée par la norme juridique, plus elle sera puissante, plus son potentiel durera dans le temps et la norme connaîtra une grande pérennité. Si la finalité de la norme est faible, elle sera socialement fragile et sera soumise aux vicissitudes des gouvernements successifs, elle disparaîtra. La continuité ne signifie toutefois pas l'immutabilité. En effet si le droit doit offrir des règles stables, il a vocation aussi à s'adapter aux besoins sociaux.

**190 – Des principes directeurs du droit des contrats continus** – La liberté contractuelle a toujours irrigué le droit du contrat bien qu'il y ait eu tout un mouvement de « standardisation des contrats<sup>571</sup> », de saturation de réglementation portant un coup terrible au dogme de l'autonomie de la volonté. Pour autant ce principe n'a jamais été contesté. Et malgré cette standardisation, le contrat reste le plus souvent le choix de contracter et du contractant. Au contraire, la bonne foi a vu son rôle s'accroître de jour en jour depuis deux décennies. Ce principe connaît un formidable essor au point qu'il a envahi le contrat à tous les stades. Les réformes successives ont abouti à son renforcement et il ne semble pas près de s'éteindre. La force obligatoire s'est toujours imposée même si dans les années trente, certains commentateurs annonçaient la fin de l'intangibilité du contrat. RIPERT a ainsi pu s'exclamer en 1936 que « *c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement* ». Pour lui, était consacré « *le droit de ne plus payer ses dettes* »<sup>572</sup>. Dans le même esprit, Josserand parlait de « *ruine* » lorsqu'il évoquait le quasi-abandon de la force obligatoire des conventions<sup>573</sup>. Il est vrai que le dogme de l'autonomie de la volonté a connu un certain déclin en raison de la disparition du postulat de l'égalité contractuelle. Le législateur a conduit une politique dirigiste et protectrice qui a porté atteinte au dogme de la force obligatoire. En sus de cette immixtion légale, un important

---

<sup>569</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

<sup>570</sup> Sur ce caractère, v. la thèse d'E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 206 et s.

<sup>571</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, la formation*, T.1, 1993, 3<sup>ème</sup> édition, n° 79.

<sup>572</sup> G. RIPERT, « Le droit de ne plus payer ses dettes », *DH* 1936, chr. p. 57.

<sup>573</sup> L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD Civ.* 1937, p. 1.

interventionnisme prétorien s'est constitué et a eu pour conséquence de créer de nombreuses entailles au principe de la force obligatoire au point que certains auteurs<sup>574</sup> se sont, malicieusement, demandé si le juge était encore tenu de respecter le contrat. Mais ces atteintes ne doivent pas faire oublier la vigueur du principe qui demeure actuellement l'une des assises de la théorie générale des obligations.

**191 – Conclusion sur la continuité des principes directeurs du droit des contrats** – Au final, il semblerait que les principes directeurs du contrat aient une force d'inertie qui leur permet de résister aux multiples réformes tout en s'adaptant aux besoins sociaux. Dès lors, ils présentent une continuité certaine. Présents dès 1804, ils ont réussi à perdurer et ont évolué. Ce sont des institutions juridiques pérennes.

### C. La flexibilité des principes directeurs du contrat

**192 – La flexibilité attendue des principes directeurs** – La flexibilité est une qualité de ce qui est flexible, de ce qui plie<sup>575</sup> soit d'une chose qui peut s'adapter aux circonstances particulières. En ce sens, les normes juridiques doivent revêtir cette qualité primordiale pour entrer dans la catégorie juridique des principes directeurs.

**193 – Le principe directeur en droit des contrats : un roseau** – Le principe directeur s'apparente au roseau décrit par Jean de La Fontaine dans sa célèbre fable « le chêne et le roseau » : il plie mais ne rompt pas face au vent en furie et tandis que ce dernier « *redouble ses efforts, Et fait si bien qu'il déracine, Celui de qui la tête au ciel était voisine Et dont les pieds touchaient à l'Empire des Morts* ». Le principe directeur doit nécessairement être flexible face à l'aquilon que représente l'évolution de la société et des mœurs : « *Flexible droit !* »<sup>576</sup>. Ce caractère de flexibilité présente l'intérêt de la distinction principe directeur-règle de droit. En effet, cette dernière norme obéit à une logique binaire, un système dit du « tout ou rien » alors que les principes directeurs vont être source de flexibilité. Une règle juridique a effectivement vocation à s'appliquer lorsque ses conditions sont réunies. Elle est impérative et elle est sanctionnée si on va à son encontre. De son côté, le principe directeur n'obéit pas à la logique binaire car il prévoit un cadre dans lequel évolue toute une série de

---

<sup>574</sup> J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, avant-propos, PU Aix-Marseille 1993, p. 1.

<sup>575</sup> [www.larousse.fr/dictionnaires/francais/flexibilit%C3%A9/34138](http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/flexibilit%C3%A9/34138)

<sup>576</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p. 8.

comportements. Il favorise une route à suivre, une direction. Le principe va être malléable et c'est là que réside sa force. S'il présentait une trop grande rigueur, le principe ne serait pas applicable à un certain nombre de situations juridiques. Le principe directeur peut recevoir des exceptions. Les dérogations sont alors les mises en œuvre du principe directeur. Finalement, la règle de droit sera ferme et rigide et assurera, par ce biais, la fonction sociale du droit : assurer l'ordre et la paix, tandis que les principes directeurs impliqueront une certaine souplesse, nécessaire à la mobilité du droit.

**194 – Des normes juridiques flexibles** – Il en est ainsi avec les principes directeurs de liberté contractuelle et de force obligatoire. Le législateur énonce un principe et fixe son champ d'application. Dès lors la liberté contractuelle régit la formation du contrat sous quelques exceptions : ordre public, bonne mœurs, discrimination etc. Quant à la force obligatoire, le législateur en fixe le cadre et les limites. Par la suite, il appartiendra au juge d'appliquer ou non le principe. Ces principes sont source d'interprétation. Le principe directeur de bonne foi est le principe qui connaît *a priori* le plus de flexibilité en ce qu'il est perçu comme un instrument de mesure permettant au juge d'apprécier la normalité d'un comportement en référence à un modèle donné<sup>577</sup>. Toutefois, cette flexibilité qui est offerte aux principes directeurs du contrat ne permet pas de définir avec exactitude le permis de l'illicite. Il existe alors une ouverture à l'interprétation : plus la notion est abstraite et générale, plus elle permet une grande flexibilité. Dès lors, le principe directeur ne peut s'appliquer sans la médiation du juge, il va ainsi guider le magistrat dans l'application des prescriptions en lui laissant une large latitude quant au choix de la solution. Dès lors, « *pour trancher un litige, le juge s'appuie sur les faits de la cause révélés par les parties ou « découverts » par lui, permettant d'évaluer et d'apprécier la situation conflictuelle* »<sup>578</sup>. Le point de départ du raisonnement du juge n'est pas la règle mais, le fait concret. Le juge dit alors le « fait » en droit en s'abstenant de fournir des repères trop précis afin de permettre une application des principes à des situations diverses et variées. Le rôle du juge ne se réduit pas ici à une autorité d'exécution mais plus originalement, il se trouve investi d'un pouvoir normatif : « *il ne détermine pas seulement la solution du cas d'espèce, mais également le contenu au fond de la notion qu'il applique* »<sup>579</sup>. Le principe directeur en droit des contrats accède à une dimension axiologique, véhiculant, comme il a été remarqué, une idéologie

---

<sup>577</sup> Pour exemple, article 1137 du Code civil : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose(...) soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* ».

<sup>578</sup> V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991-3, spéc. p. 763.

<sup>579</sup> V. FORTIER, *loc. cit.*, spéc. p. 768.

politique et juridique ayant nécessité un jugement de valeur. Ce dernier sera également mis en œuvre par le juge qui opérera un choix parmi les différentes données pour sélectionner celles qui correspondent au contenu juridique du principe directeur qu'il entend appliquer. Le magistrat sera tenu, par le principe directeur, à accomplir une œuvre personnelle sous l'autorité de la loi.

**195 – Conclusion sur la flexibilité** – La flexibilité apparaît comme un élément essentiel pour caractériser un principe directeur du contrat. Pour autant c'est un caractère difficile à manier car il possède un « *seuil de sensibilité modéré* »<sup>580</sup> faisant craindre un aléa judiciaire. Cette crainte doit toutefois être relativisée car le juge applique la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi depuis la création du Code civil et si un certain zèle a parfois conduit les juges à rendre des solutions contestables, l'analyse de la jurisprudence enseigne que ces notions ont toujours été circonscrites. Ainsi ces principes ne connaissent pas une application absolue mais, même alors, leurs exceptions ne méconnaissent pas leur existence dans le droit.

#### **D. La généralité des principes directeurs du droit des contrats**

**196 – Le critère de la généralité des principes directeurs** – Pour qu'une règle juridique puisse rentrer dans la catégorie des principes directeurs du droit des contrats, elle doit réunir un dernier caractère, la généralité. En effet, ce dernier permet de distinguer les principes directeurs des simples règles de droit. Si les règles de droit ont vocation à régir un ensemble d'actes indéterminés ou de situations, elles sont spéciales dans la mesure où elles sont édictées en vue d'une situation juridique donnée, au contraire des principes généraux qui comportent des applications indéfinies. Cette généralité du principe directeur dégagée de la généralisation des règles de droit emporte alors plusieurs conséquences juridiques. Elle implique, tout d'abord, l'aptitude à créer d'autres règles de droit. Elle permet, ensuite, de trancher un litige lorsque plusieurs règles de droit entrent en conflit.

**197 – L'aptitude du principe directeur à créer d'autres règles** – La distinction principe-règle de droit a été dégagée par BOULANGER, puis d'autres auteurs sont venus adopter ce degré de généralité supérieur en reconnaissant la capacité qu'ont les principes à

---

<sup>580</sup> E. VERGES, *op. cit.*, n° 245.

inspirer d'autres normes : « *Ce qui permet de distinguer une règle d'un principe, ce n'est pas l'abstraction, puisqu'ils en sont tous deux dotés, mais la capacité qu'ont les principes d'inspirer d'autres normes* »<sup>581</sup>. Le principe directeur permet de découvrir des solutions qui se voient exprimées par la suite sous forme de règles<sup>582</sup>. Dans le même sens, on peut constater que la règle est établie selon des conditions déterminées en présence desquelles il est possible de savoir si la conséquence juridique de la règle sera applicable ainsi que les éventuelles exceptions à la règle. La règle est alors « *indéfectible* » tandis que le principe qui « *n'établit pas exhaustivement toutes les conditions d'application de la conséquence juridique dont il s'agit, ou bien n'énumère pas toutes les exceptions* »<sup>583</sup> est une norme « *défectible* ». Ainsi, les principes directeurs, ayant pour fonction d'orienter le juge et les parties ont vocation à générer plusieurs règles de droit dont elles seront déduites. Le phénomène est alors celui de l'induction-déduction dont le processus évolutif a été décrit par F. GENY : « *à l'origine se trouve un texte ou un ensemble de textes qui permet d'extraire un principe ; par la suite, on déduit de ce principe de nouvelles règles qui vont s'ajouter au droit positif existant* »<sup>584</sup>.

À côté de cette aptitude à générer d'autres règles de droit, les principes directeurs permettent aussi de trancher un conflit.

**198 – L'aptitude à trancher un conflit** – On relèvera l'autorité des principes directeurs qui constituent « *l'armature de la législation positive* »<sup>585</sup>. En cela, « *leur connaissance permet de dire qu'une loi est contraire au droit lorsqu'elle viole ces principes* »<sup>586</sup>. Les principes directeurs servent d'outils pour trancher un conflit. L'hypothèse est alors celle d'un conflit entre deux règles de droit issues de la théorie générale du contrat puisque si jamais une règle spéciale venait à entrer en conflit avec un principe, l'adage « *speciala generalibus derogant* » privilégierait la règle spéciale. Ainsi, en présence de deux règles divergentes, il s'agirait d'interpréter la situation sous le prisme des principes directeurs pour donner la priorité à la règle qui serait conforme à un principe directeur. Ce raisonnement a été mis en

---

<sup>581</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992 p. 60, n° 67. V. également, F. ZÉNATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en droit*, sous la dir. de S. CAUDAL, Économica 2008, p. 260.

<sup>582</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, op. cit., p.60, n° 69.

<sup>583</sup> R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, sous la dir. de S. CAUDAL, Économica, 2008, p. 115.

<sup>584</sup> F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>ème</sup> éd., 1919, T.1, n°22, réédition, LGDJ, Paris, 1995, p.45.

<sup>585</sup> G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après Planiol*, LGDJ, 1956, n° 15.

<sup>586</sup> *Ibid.*

œuvre notamment dans un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 06 mai 2010<sup>587</sup>. Dans les faits, les juges étaient confrontés à deux règles contradictoires, d'un côté l'obligation de respecter la procédure disciplinaire prévue par les statuts de l'association, de l'autre, la liberté de choisir son cocontractant. En l'espèce, M<sup>me</sup> X. s'était vu refuser le renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France, ce qui impliquait l'interdiction pour elle d'utiliser la marque de l'association. La cour d'appel de Poitiers le 9 avril 2009 décida que le non-renouvellement de l'adhésion était licite. Elle fit une application du principe de la liberté contractuelle qui permet de choisir son cocontractant. Un pourvoi devant la Cour de cassation fut formé par l'ancienne adhérente au motif d'une part que la procédure disciplinaire prévue par les statuts de l'association n'avait pas été respectée et que d'autre part le refus de renouveler un contrat à durée déterminée peut, même si un délai de préavis suffisant a été respecté, revêtir un caractère abusif en raison des circonstances particulières qui accompagnent cette décision ; qu'il en va, notamment, ainsi, lorsque la partie qui prend une telle décision agit de mauvaise foi, en justifiant sa décision par des motifs délibérément erronés, dépourvus de sérieux ou fallacieux. Il s'agissait alors de savoir si l'association était en mesure de refuser le renouvellement d'une adhésion sans avoir à expliquer ces motifs alors que les statuts prévoyaient le respect de formalités particulières. La Cour de cassation, interprétant les différentes règles juridiques applicables, privilégia le principe de la liberté contractuelle en acceptant que l'association puisse refuser le renouvellement d'une adhésion. À ce titre, elle releva que la décision du conseil d'administration ne constituait nullement une exclusion disciplinaire, mais relevait de l'exercice de la liberté que s'était réservée l'association d'agréer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de son refus et qu'aucun abus de droit ne pouvait être reproché à l'association qui avait averti M<sup>me</sup> X plusieurs mois avant l'échéance, lui donnant le temps de trouver une autre solution.

Cet arrêt est une exacte application d'une jurisprudence un peu plus ancienne<sup>588</sup> et plus récemment, la Cour de cassation a renouvelé la mise en œuvre du principe de la liberté contractuelle de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer, dans sa décision du 11 mars 2014<sup>589</sup> dans laquelle elle juge au visa des articles 1134 du Code civil, 11 de la Convention EDH et 4 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 « *qu'il résulte de ces textes que nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1er juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en*

---

<sup>587</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010, n° pourvoi 09-66.969, *Bull. civ.* 2010, I, n° 101. En résumé, le refus de renouveler l'adhésion de l'un de ses membres par une association relève de la liberté contractuelle. Ce refus ne constituant pas une exclusion disciplinaire, il n'a donc pas à être motivé.

<sup>588</sup> Cass. Com., 7 avril 1998, pourvoi n° 96-13219.

<sup>589</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, n° pourvoi : 13-14341.

*demeurer membre, que tout membre d'une association, qui n'est pas formée pour un temps déterminé, peut s'en retirer en tout temps après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire, et que les dispositions statutaires entravant la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer en tout temps sont entachées d'une nullité absolue ».*

**199 – Conclusion** – Si l'on découvre dans une règle de droit son aptitude à regrouper et engendrer une pluralité de règles techniques ou son aptitude à trancher des règles techniques, ces dernières en sont les modalités de mise en œuvre, il faut alors admettre que la règle de droit observée présente une plus grande généralité que les règles qui en sont inspirées et qu'elle a un potentiel « directeur ». Si elle recouvre les autres caractères, elle pourra entrer dans la catégorie des « principes directeurs ».

**200 – Conclusion de section** – Les principes directeurs réunissent plusieurs caractères : la consubstantialité en ce que les normes choisies pour être directrices doivent incarner l'âme et l'esprit du contrat, la continuité puisque ces normes juridiques doivent poursuivre des finalités puissantes pour présenter une force d'inertie permanente, la flexibilité pour que ces principes puissent s'appliquer à des situations nombreuses et indéfinies en investissant le juge d'un pouvoir normatif et la généralité en ce que les principes directeurs sont formulés dans des règles générales et possèdent un large champ d'application. La réunion de ces caractères ne suffit néanmoins pas à conceptualiser la catégorie des principes directeurs du droit des contrats. En sus, certaines fonctions sont poursuivies, ce qui permet d'apprécier l'originalité et le choix de politique législative de cette catégorie juridique.

## SECTION II. LES FONCTIONS DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS

---

**201 – Annonce** – Il arrive que le législateur détermine lui-même la fonction du principe qu'il crée. Ainsi, existe la qualification de principes directeurs du procès dans le Code de procédure civile, de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le préambule de la Constitution. Quand rien n'est dit, il revient alors à l'interprète de déterminer la nature du principe. Concernant l'objet de cette étude, il faut supposer que le législateur ne réglera pas cette question puisque dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats issue de la loi du 16 février 2015 les rédacteurs, ayant conscience du rejet d'une grande partie de la doctrine pour cette catégorie juridique, se sont bien gardés de nommer de « directeurs » les principes qu'ils souhaitaient voir consacrés. Dans les différents projets de loi relatifs à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, sont utilisés les qualificatifs de « directeurs » puis de « généraux » pour expliquer l'introduction de la liberté contractuelle et de la bonne foi dans les dispositions préliminaires. Le législateur<sup>590</sup> risque de ne pas déterminer lui-même avec exactitude les fonctions qu'il entend poursuivre avec la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi. En conséquence, il conviendra de réfléchir sur les fonctions dont peut se doter la catégorie juridique des principes directeurs. Mais, pour être objectif, il faut noter que la démonstration sera biaisée en ce sens que les fonctions sont déterminées au regard du contenu possible (liberté contractuelle, force obligatoire, bonne foi) et non eu égard au contenant puisque cette catégorie juridique ne se classe pas en fonction des critères organiques et qu'elle apparaît à tous les stades de la hiérarchie des normes. À l'observation, il semblerait que cette catégorie juridique poursuive une fonction normative (§ I), et politique (§ II).

---

<sup>590</sup> V. en ce sens l'avant-projet d'ordonnance présenté le 25 février 2015.

## § I. La fonction normative des principes directeurs du droit des contrats<sup>591</sup>

**202 – Le rôle prescripteur des principes directeurs du droit des contrats** – Les principes directeurs du droit des contrats exercent des fonctions normatives d'interdiction, d'obligation et de permission et acquièrent ainsi un caractère prescriptif. Ce sont tout d'abord, des normes prohibitives, en ce qu'ils constituent des interdictions. C'est le cas par exemple du principe de bonne foi qui interdit, dans la mesure admise par le droit positif, aux parties de se contredire au détriment d'autrui<sup>592</sup>. D'une manière générale, un contrat dans lequel une stipulation méconnaît un principe directeur devrait être écarté, de même, une partie ne respectant pas une interdiction dégagée d'un principe directeur sera sanctionnée notamment par une action en responsabilité, le manquement constituant une faute contractuelle. Les principes directeurs du droit des contrats sont ensuite des normes impératives en ce qu'ils constituent des obligations. Ainsi, les parties ont l'obligation d'exécuter le contrat tel qu'il a été prévu, et d'agir de bonne foi. Les principes directeurs du droit des contrats peuvent enfin constituer des normes permissives, par exemple la liberté contractuelle permet aux parties de conclure ou non le contrat, de déterminer le contenu du contrat, etc.

**203 – Le rôle complétif des principes directeurs du droit des contrats** – À sa fonction prescriptive s'ajoute la fonction interprétative des principes directeurs du droit des contrats. En tant que telle, cette catégorie de normes constitue l'armature de la pensée juridique. Tout d'abord, les principes directeurs servent à interpréter la loi. Une loi peut être interprétée conformément à un principe. Les principes directeurs se révèlent également utiles pour combler les lacunes législatives. L'article 4 du Code civil interdit le déni de justice<sup>593</sup>, ainsi en cas de lacune, le juge appréciera la situation juridique au regard de ces principes. Enfin, ils se présentent comme le meilleur ferment pour l'évolution du droit comme a pu le décrire Gény : *« on saisit un texte ou un ensemble de textes, on en extrait un principe ; on déduit de ce principe de nouvelles applications concrètes ; on consacre ces solutions dans de nouvelles règles de droit... »*<sup>594</sup>. C'est ainsi que s'illustre la « libre recherche scientifique ». Une nuance toutefois est notée : cette liberté n'est que relative car la disparition ou modification d'une règle de droit n'a que, bien souvent, un caractère épisodique alors que l'élimination d'un

---

<sup>591</sup> Les effets normatifs des principes directeurs seront étudiés dans la 2<sup>ème</sup> partie de l'étude, titre II.

<sup>592</sup> C. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 1987, n° pourvoi : 85-17.596, *Bull.* 1987, III, n° 88 p. 53.

<sup>593</sup> V. *infra*, n° 235.

<sup>594</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1919, T. 1, n° 20.

principe vient bouleverser l'ordonnancement juridique et impacte sur de nombreuses règles juridiques. Les principes directeurs doivent dès lors avoir une longévité importante comme il a pu déjà être souligné *via* le caractère de continuité.

**204 – Le rôle technique des principes directeurs du droit des contrats –** Techniquement, ces principes peuvent être soit directeurs soit correcteurs soit être alternativement directeurs et correcteurs. Certains principes seraient directeurs « *parce que l'ordre social en dépend* »<sup>595</sup>. Il en est ainsi du principe de la liberté contractuelle et du principe de la force obligatoire. Ces principes constituent les pièces maîtresses de l'édifice juridique. D'autres seraient correcteurs, en ce sens, qu'ils dirigent l'action des juges afin de corriger des solutions légales qui aboutiraient, sans ce correctif, à un règlement du litige injuste ou inadapté. Est de cette nature le principe de bonne foi.

**205 – Conclusion sur la fonction normative du principe directeur –** Le principe directeur dirige l'interprète dans la voie qui doit être suivie. Il permet de rendre visible les lignes de force de la matière dont les règles techniques sont plus ou moins un reflet intelligible, il définit l'esprit de la matière pour une application moins formaliste et participe à la construction d'un droit cohérent, coordonné. Dès lors par leur fonction normative, les principes directeurs du droit des contrats poursuivent des rôles prescripteur, complétif et technique. À cette fonction s'ajoute une fonction politique.

## § II. Les fonctions politiques des principes directeurs du droit des contrats

**206 – Les fonctions « politiques » des principes directeurs –** Elles ne doivent pas être entendues au sens politique du terme. Ces principes ne servent pas au législateur et aux juges à imposer leurs propres convictions politiques mais visent à construire et à structurer le droit afin d'améliorer le droit des contrats en particulier. Ces fonctions sont alors nombreuses : protéger les droits et libertés, conceptualiser les règles fondamentales d'un système juridique, enrichir ce système dans un souci de cohérence et d'intelligibilité, retrouver les sources historiques et intellectuelles, influencer le législateur européen etc. Le droit des contrats joue un rôle politique certain, il aura tout d'abord à gérer des rapports de force et pourra ainsi les rééquilibrer en protégeant certaines catégories de personnes (salariés, locataires, consommateurs). Deux objectifs sont poursuivis par le droit des contrats, la réalisation des

---

<sup>595</sup> J.-L. BERGEL, *op. cit.*, spéc. n° 86, p. 113.

intérêts privés dans la mesure où les conventions sont légalement formées, et le respect de l'intérêt général *via* l'ordre public et les bonnes mœurs. Cette lecture politique du droit des contrats est assez courante aux Etats-Unis<sup>596</sup>. En France, la doctrine s'intéresse moins à la fonction politique du droit des contrats<sup>597</sup>, il y a pourtant des considérations politiques non négligeables en la matière. Le rapport de force entre les parties a été pris en compte avec la multiplication des législations protectrices. Par ailleurs, un choix de politique économique est également fait pour assurer la protection d'un certain ordre public. Ainsi, en 1804 a été privilégiée une politique libérale, favorisant la liberté contractuelle avant qu'une politique socialisante ne gagne du terrain. Actuellement, un point d'équilibre entre les excès du libéralisme et du dirigisme est recherché et pourrait être trouvé *via* l'édiction de principes directeurs.

**207 – Les facteurs d'évolution du droit des contrats** – Plusieurs facteurs ont été mis en avant avec la sociologie juridique<sup>598</sup>. Premièrement, un facteur moral<sup>599</sup> a évidemment œuvré pour faire évoluer le droit des contrats. C'est ainsi que, depuis quelques années, une importance particulière a été portée à l'exigence de bonne foi et à ses obligations dérivées<sup>600</sup>. Deuxièmement, un facteur politique et économique a également œuvré car l'expérience a montré « l'utopie » du libéralisme économique. Pour équilibrer, le législateur a dû venir au

---

<sup>596</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Thémis droit PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2012, n°44, p. 96 sur la fonction politique du droit des contrats. L'auteur revient sur le courant « réaliste » et sur le mouvement des critical legal studies.

<sup>597</sup> V. néanmoins CH. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD Civ.* 2005, 713.

<sup>598</sup> V. notamment, J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. 1.

<sup>599</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1949.

<sup>600</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, coll. Études juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V, le 13 janvier 2000, *Économica*, 2001 ; L. BENABOU et M. CHAGNY, *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 ; A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2006 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant et LGDJ, 1995 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997 ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007 ; G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse Picardie Jules Verne, 2008 ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001 ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001 ; CH. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9<sup>ème</sup> conférence Albert Mayrand, 2005, éd. Thémis ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. COUTURIER, BDP, T. 208, LGDJ, 1989 ; H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.

secours des plus faibles, d'où une floraison de textes spéciaux, et a dû régir certaines activités (droit de la concurrence, réglementation des crédits etc.). De cette façon s'il est certain que le droit des contrats a connu une pérennité depuis 1804, les finalités poursuivies par le législateur ont évolué avec le temps au point que certains contrats spéciaux ont remis en cause nombre de principes bien établis de la théorie générale des obligations<sup>601</sup>. A côté du législateur, le juge intervient aussi avec un pouvoir d'orientation. Pour illustration, il a eu l'occasion de sanctionner une incohérence par la contradiction de la parole et des actes : en effet, un concédant automobile a été sanctionné parce qu'il demandait à ces concessionnaires des sacrifices financiers importants qui ont eu pour conséquence la faillite de l'un d'entre eux alors même qu'il ne s'en était pas imposé et qu'il avait distribué des dividendes à ses actionnaires<sup>602</sup>, en somme, « *se prévaloir d'une difficulté et faire preuve d'aisance ne vaut* »<sup>603</sup>. Troisièmement, le facteur européen a probablement un rôle majeur à jouer dans l'évolution du droit des contrats. *A minima*, le droit européen publie un certain nombre de directives<sup>604</sup> et de règlements<sup>605</sup> intéressant la matière et plus largement, se développe un mouvement d'harmonisation des différentes législations nationales sur le droit des obligations. Plusieurs travaux<sup>606</sup> en montrent l'importance : les « *principes du droit européen du contrat* », le « *projet de cadre commun de référence* », « *la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente* ». Ces différents travaux ont reçu un accueil mitigé de

---

<sup>601</sup> On pense ainsi à toute la législation créée pour la protection du consommateur ainsi que le droit de la concurrence qui a pris son essor avec l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

<sup>602</sup> Cass. com, 15 janvier 2002, n° 99-21172, *RTD civ.* 2002, 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>603</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009, n° 220, p. 309.

<sup>604</sup> Entre autres : Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO L 372 du 31.12.1985, ppes 31-33 ; directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, LO L 42 DU 12.02.1987, ppes 48-53 modifié par la directive 90/88/CEE du Conseil du 22 février 1990, JO L 61 du 10.03.1990, ppes 14-18 et la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16.02.1998, JO L 101 du 01.04.1998, ppes 17-23 ; directive 93/13/CEE du Conseil du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 du 21.04.1993, ppes 23-34 ; directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO L 171 du 07.07.1999, ppes 12-15 ; directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédits aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil JO L 133 du 22.05.2008, ppes 66-92 ; directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

<sup>605</sup> V. notamment Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) JO L 199 du 31.07.2007, ppes 40-49 ; Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 04.07.2008, ppes 6-16, ainsi que la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.

<sup>606</sup> Pour un récapitulatif, voir *supra* n° 40 à 80 : historique des projets européens et internationaux concernant l'introduction de principes directeurs du droit des contrats.

la part de la doctrine française bien qu'ils aient eu pour mérite d'attirer notre attention sur un droit français des contrats vieillissant et relativement peu attractif.

**208— Des principes directeurs nouveaux comme renouvellement du droit des contrats** — Plusieurs auteurs<sup>607</sup> ont appelé à un renouvellement du droit commun des contrats qui s'opérerait par voie d'adjonction de principes nouveaux et latents dans le droit positif. Plusieurs principes ont été proposés par la doctrine : « principe d'égalité contractuelle<sup>608</sup> », « principe de proportionnalité<sup>609</sup> », « fraternité contractuelle<sup>610</sup> », « cohérence contractuelle<sup>611</sup> », « principe du raisonnable en droit des contrats<sup>612</sup> », « transparence en droit des contrats<sup>613</sup> ». Il serait intéressant de vérifier si certains de ces principes nouveaux obéissent aux critères déterminants de la notion de principe directeur. À cet effet, l'étude portera sur deux principes, qui paraissent les plus opératoires et qui se retrouvent parfois dans les différents projets de réforme, à savoir le raisonnable et la cohérence.

**209 – La notion de raisonnable** – Dans le langage courant, raisonnable est un dérivé de raison et renvoie à une capacité de discernement<sup>614</sup>. Il « *répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens), sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible)* »<sup>615</sup>. Si le raisonnable puise ses sources dans la raison, les deux notions ne doivent toutefois pas être confondues. En effet, le raisonnable quitte la sphère de la rationalité stricte pour se retrouver

---

<sup>607</sup> M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales Toulouse, DL 1978, p. 235, spéc. p.245 ; PH. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 117 ; PH. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 271.

<sup>608</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. p. 378 ; D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, thèse Paris II, 1999.

<sup>609</sup> D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, n° spécial, 30 septembre 1998, p.12. ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

<sup>610</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357, spéc., p. 382 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges en l'hommage à François TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603.

<sup>611</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

<sup>612</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.

<sup>613</sup> N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.

<sup>614</sup> Dictionnaire Littré : <http://www.littre.org/definition/raisonnable>.

<sup>615</sup> V. « Raisonnable », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

dans une « *rationalité édulcorée* »<sup>616</sup>. Le raisonnable n'est pas la logique rigoureuse mais, « *un bon sens pratique* »<sup>617</sup>. C'est en quelque sorte une rationalité pratique, pragmatique. Le raisonnable est également synonyme de mesure, d'une juste moyenne<sup>618</sup> et désigne ce qui est acceptable. La dimension morale du raisonnable<sup>619</sup> se retrouve ici. Une association est d'ailleurs souvent faite entre le raisonnable et la bonne foi.

**210— Comparaison entre raisonnable et bonne foi** — Il est vrai que, dans certains textes, les notions sont rapprochées. Par exemple, dans les principes du droit européen des contrats (PDEC), l'article 1302 précise qu'est raisonnable « *ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* ». Ici, la bonne foi sert à définir le raisonnable et réciproquement, le raisonnable a été amené à définir la bonne foi<sup>620</sup> : « *l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans l'intérêt exclusif, ni nuire de manière injustifiée à son partenaire* ».

Les deux notions doivent pourtant être distinguées car si la bonne foi trouve son origine profonde dans la morale, le raisonnable puise sa source dans la raison et la tradition, il n'existe pas de dénominateur commun. Un auteur affirme ainsi que dans l'analyse du sens ordinaire du "raisonnable", « *on suit une méthode dite de la mesure qui se caractérise par une appréciation totalement dénuée d'aspects psychologiques puisqu'il s'agit d'apprécier l'adéquation entre une norme de référence et les circonstances de l'espèce. Dans toutes ces hypothèses, les intentions réelles ou dissimulées importent peu* »<sup>621</sup> tandis que dans l'analyse ordinaire de la « bonne foi », on apprécie une intention, on recherche l'élément psychologique.

En vérité, les choses sont plus complexes puisqu'il existe une part de subjectivité dans le raisonnable et à l'inverse la bonne foi gagne actuellement à être objectivée et à se détacher de son analyse psychologique mais il est constant que la bonne foi ne peut être réduite à une « *acceptabilité rationnelle* »<sup>622</sup>, elle est beaucoup plus que cela. La distinction nécessaire entre

---

<sup>616</sup> L.-M. DUONG, *Le raisonnable en droit économique*, Thèse Nice, 2004, p. 12.

<sup>617</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadriga- PUF, Paris, 2004, n° 936,

<sup>618</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

<sup>619</sup> V. en ce sens, J.-R. LUCAS, *On justice*, Oxford University Press p. 37, traduction : « *dans l'anglais contemporain, il y a une différence de sens entre les mots "raisonnable" et "rationnel", car le premier a une connotation morale qui suggère une certaine ouverture envers autrui, tandis que le second a (simplement) une connotation égoïste* ».

<sup>620</sup> V. en ce sens, CA Paris, 24 octobre 2000, D. 2001, somm. 3236, obs. D. MAZEAUD,.

<sup>621</sup> O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, coll. de droit international, 1997, n° 451, p. 512.

<sup>622</sup> M. A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992 cité in H. RAMPARANY-

le raisonnable et la bonne foi a d'ailleurs été consacrée dans plusieurs travaux<sup>623</sup>. En effet les aspirations économiques et morales coexistent en droit des contrats même si elles sont à proportion inégale. Un auteur a ainsi proposé de distinguer le raisonnable qui oblige à des devoirs de « bonne fin »<sup>624</sup>, de la bonne foi qui conduit à des « devoirs moraux »<sup>625</sup>. Les deux normes seraient complémentaires et coexisteraient dans le même temps. Dans cette perspective, il y aurait des devoirs moraux rattachés à la bonne foi dont la finalité première serait la moralisation des relations contractuelles et des devoirs de logique qui se caractériseraient par une rationalité minimale indispensable pour la réalisation de l'opération économique escomptée par les parties et dont la finalité serait la recherche de l'efficacité économique du contrat. Ces distinctions, pour intéressantes qu'elles soient, connaissent malheureusement quelques limites. En effet, la rigueur de la distinction ne tient pas toujours devant la réalité : *« l'opposition entre le matériel, l'utilité économique, le particulier et l'obligation d'une part, la morale, la loyauté, le général et le devoir d'autre part est exagérée. (...) C'est faire preuve d'esprit de système que d'opérer un cloisonnement entre l'obligation contractuelle et les règles morales. Souvent l'exécution de l'obligation ne peut se détacher de la manière d'exécuter et donc de la conduite du débiteur »*<sup>626</sup>. Il est utile de souligner que ce système n'englobe pas toutes les catégories de devoirs comportementaux. L'obligation de sécurité, par exemple, dépasse l'exigence de moralité et elle est extérieure à la réalisation de l'opération économique. En somme, s'il est possible et pertinent de distinguer la bonne foi du raisonnable, en pratique, le système mis en place ne paraît pas vraiment opératoire, ce qui explique pourquoi les deux notions sont souvent associées.

**211 – Le raisonnable comme standard juridique** – La standard constitue, comme il a pu être noté<sup>627</sup>, *« une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci (...) et vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité »*<sup>628</sup>. Le raisonnable répond à la

---

RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009, p. 7.

<sup>623</sup> V. notamment, J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, CH. JAMIN et D. MAZEAUD (Dir.), Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p. 99 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997 ; M. OUDIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille (l'obligation de comportement en droit civil comparé)*, thèse Paris XI, 2000.

<sup>624</sup> B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997.

<sup>625</sup> *Ibid.*

<sup>626</sup> J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *op. cit.*, spéc. p. 116.

<sup>627</sup> V. *supra*, n° 165-168.

<sup>628</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de*

définition du standard et apparaît comme une notion floue, autrement dit comme une norme souple et une notion à contenu variable. S'il est admis très largement que le raisonnable constitue un standard<sup>629</sup>, on peut s'interroger sur son éventuelle qualification en principe. De fait, il faut constater qu'en droit du commerce international, il existe une « *volonté d'ériger le raisonnable en règle générale de droit* »<sup>630</sup> : on peut recenser une quarantaine de références au raisonnable dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 et il est même reconnu comme un « *un principe dominant* »<sup>631</sup>. Dans les Principes Unidroit et les Principes du droit européen du contrat, on peut compter respectivement jusqu'à 53 et 82 renvois au raisonnable. Cet emploi important s'explique par la fonction que remplit le standard : il fait consensus. Le recours au raisonnable se fait ainsi parce qu'il n'est pas possible que tous les États s'accordent sur une notion plus précise. Qu'en est-il en droit interne et plus précisément en droit des contrats ?

**212 – Le raisonnable en droit des contrats – *A priori***, il est possible de douter de l'adéquation du raisonnable dans notre droit en ce qu'il serait contraire à la tradition juridique française, le législateur préférant privilégier les règles précises et se méfiant du pouvoir qu'il confie aux juges. Pourtant, ces préjugés se révèlent faux. Dès l'origine, le Code civil intègre des standards, dont celui du « bon père de famille » et du « raisonnable ». Ainsi, l'article 1112 du Code civil relatif à la violence se réfère expressément au caractère raisonnable<sup>632</sup>. Par ailleurs, la référence au raisonnable est tout à fait conforme à l'esprit des Lumières marqué par la « raison » : « *Max Weber a montré que l'idée de rationalité était une des marques profondes de l'Occident, qu'elle nous venait du droit romain et du droit canon et caractérisait les codifications contemporaines* »<sup>633</sup>. Lorsqu'on évoque l'article 1152 du Code civil qui prévoit l'intervention du juge en présence de peines « *manifestement excessives ou dérisoires* », on observe que le législateur contemporain a poursuivi le mouvement amorcé. Le développement du raisonnable s'est, par ailleurs, accentué par le biais de la notion de délai raisonnable qui innerve notamment le droit des contrats. Les projets doctrinaux qui se sont

---

*l'idée de normalité*), LGDJ, BDT, T. 135, 1980, n° 93, p. 120.

<sup>629</sup> V. en ce sens, J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 5<sup>ème</sup> éd., 2012 ; CH. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984, p. 152.

<sup>630</sup> F. DIESSE, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI* 2006, p. 55.

<sup>631</sup> *Op. cit.*, p.82.

<sup>632</sup> Article 1112 C. civ : « *Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ».

<sup>633</sup> PH. MALAURIE, « Conclusion », in *Le contrat: question d'actualité*, LPA, 5 mai 2000, n° 90, p. 74 et s.

succédé ces dernières années n'y échappent pas non plus: l'avant-projet dit « Catala » prévoyait par exemple en son article 1139 que « *le contrat s'interprète en raison et en équité* ». Mais, bien que les manifestations du raisonnable en droit des contrats gagnent du terrain, il n'existe actuellement aucune consécration de ce dernier en « principe » ou en un « système ». La première difficulté qui pourrait expliquer cette absence tient à l'impossibilité de fixer le contenu du raisonnable qui reste une notion casuistique se prêtant difficilement à l'exercice de la systématisation. La seconde difficulté relève de l'éventuelle inopportunité à intégrer, comme un principe directeur, une notion floue et un concept mou susceptible d'entraîner une insécurité juridique et de l'arbitraire. Si ces critiques ne sont pas insurmontables<sup>634</sup>, la bonne foi connaît les mêmes, il faut s'interroger sur la concurrence avec des notions déjà consacrées en droit positif comme la bonne foi, l'abus, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui etc. Ainsi, puisqu'il existe déjà des mécanismes sanctionnant les comportements déraisonnables, un doute peut naître sur la pertinence d'un principe directeur du raisonnable. Le principe du raisonnable n'existe donc pas en droit positif contractuel mais qu'en est-il dans une vision prospective ?

**213 – Le raisonnable, un potentiel principe directeur** – Il semble opportun de vérifier si le raisonnable présente les caractères déterminants de la notion de principe directeur élaborés précédemment. Tout d'abord, le raisonnable est-il consubstantiel à la notion de contrat ? Pour cela, il convient de se demander s'il est nécessaire que soit instauré un équilibre parfait entre les prestations des parties. En effet, la justice contractuelle pourrait imposer que la prestation de l'un soit regardée comme quantitativement ou économiquement égale à la prestation de l'autre. En réalité, le contrat n'est pas l'œuvre d'une rationalité mathématique parfaite. L'esprit qui l'anime est celui du « juste équilibre » que l'on pourrait aussi appeler l'équilibre raisonnable ou l'équilibre socialement satisfaisant. Ainsi, dès l'origine, le code civil ne sanctionne pas toutes les formes de disproportion dans l'équivalence des prestations. Le défaut d'équivalence entre les prestations n'est sanctionné que lorsque la disproportion est

---

<sup>634</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009, n° 164 et s., p. 232 et s. L'auteur rapporte une citation de F. DIESSE, extraite de son article « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la CVIM », art. précité : « *le sens du mot raisonnable serait détaché des considérations ondoyantes et versatiles propres à chaque partie, et serait essentiellement dicté par les circonstances qui entourent la formation et l'exécution du contrat* ». Le raisonnable s'apprécie donc en fonction d'éléments objectifs, de données tangibles, concrètes et mesurables. Selon l'auteur de la thèse précitée, une lutte contre l'arbitraire est, de plus, envisageable grâce à l'obligation de motivation : « *en somme les risques d'arbitraire et d'insécurité juridique se trouvent atténués dans le recours au raisonnable dès lors que le juge se soumet à ce processus d'argumentation qui, en tout état de cause, se met naturellement en place à cause du critère commun à tous les éléments de détermination du raisonnable : une certaine rationalité* », n° 165, p. 236.

manifeste ou unanimement jugée comme inacceptable : ainsi en est-il avec les contrats lésionnaires et les clauses abusives par exemple. Il peut y avoir un défaut d'équivalence des prestations créées par le contrat qui ne soit pas sanctionné dès lors qu'il n'est pas déraisonnable. Le défaut léger d'équivalence est une possibilité offerte par le jeu de la liberté contractuelle. Mais, face à des prestations inégales jugées déraisonnables, la lésion et d'autres mécanismes du droit commun des contrats permettront de respecter les impératifs de la justice commutative : ainsi en est-il de l'erreur sur la valeur constitutive d'un dol ou de l'absence de cause dans un contrat dont la prestation est dérisoire (et non pas simplement insuffisante) ou encore de l'abus. Quant au défaut d'équivalence lors de l'exécution du contrat, il faut considérer, dans cette optique, que le changement brutal des circonstances modifiant l'équilibre initialement prévu par les parties n'est pas jugé comme déraisonnable puisque le droit positif<sup>635</sup> refuse la révision pour imprévision. Tel que décrit, il est alors possible de considérer que le raisonnable est consubstantiel au contrat en ce que le contrat doit parvenir à un équilibre relatif, raisonnable pour fonctionner. En conséquence, seul le déséquilibre patent qui met en danger la relation contractuelle doit être corrigé car il est jugé socialement et économiquement comme déraisonnable. En réalité, c'est une grille de lecture du contrat et de sa théorie générale qui est envisageable<sup>636</sup> mais il faut toutefois convenir que jamais la raison n'a été posée comme une exigence légale impérative permettant la formation et l'exécution du contrat. Au vu de ces différents éléments, est-il alors possible de considérer que le raisonnable forme la substance intime et profonde du contrat ? Certains pourront l'imaginer, d'autres s'y refuseront : suivant la conception spiritualiste ou matérialiste faite du contrat, on acceptera ou on refusera de considérer le raisonnable comme faisant partie de l'essence du contrat. La consubstantialité du raisonnable au contrat apparaît comme un élément discuté.

Ensuite, le raisonnable se présente-t-il comme une règle continue ? Ce caractère est plus consensuel car il est constant que le droit des contrats lutte pour faire prévaloir le droit sur la force notamment par des références éthiques, telles que la bonne foi et le raisonnable, afin d'assurer la protection des plus faibles<sup>637</sup> et à ce titre, le paysage juridique contemporain permet d'observer un renforcement du caractère raisonnable dans le droit commun des contrats. En attestent les derniers projets de réforme qui sanctionnent l'abus de faiblesse et de

---

<sup>635</sup> Le dernier avant-projet proposé par la Chancellerie ne retient pas cette vision. V. *infra* n° 331-336.

<sup>636</sup> V. en ce sens S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

<sup>637</sup> V. l'intervention de CH. TAUBIRA le 29 juin 2015 à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France pour une séance de travail sur la réforme du droit des contrats et des obligations.

dépendance, qui encouragent une intervention mesurée du juge etc. Le raisonnable semble être une règle permanente, ce qui l'empêcherait de disparaître au gré des réformes mais, qui dans le même temps, resterait fidèle aux évolutions sociales et économiques en permettant son renforcement ou son déclin.

Pour continuer d'apprécier le raisonnable à travers les caractères déterminants des principes directeurs, il convient d'examiner sa flexibilité. Il est certain que les sanctions des clauses ou des contrats déraisonnables sont flexibles : nullité, réputé non écrit, refaction, résolution, dommages-intérêts. Le raisonnable, de façon plus générale, va favoriser une route à suivre en tant que notion pragmatique, empirique basée sur l'observation de la réalité sociale. Il est conçu, en droit positif, comme un instrument qui permet de donner au juge une marge de manœuvre sur des points du contrat marqués par l'indétermination voulue ou subie par les parties : *« bref, si l'on ne sait pas à un instant ce que sera la durée d'un délai raisonnable, le montant d'un prix raisonnable ou ce que l'on est raisonnablement tenu de prévoir, on sait en revanche que ce délai, ce montant ou cette prévision devra à tout le moins obéir à certains critères »*<sup>638</sup>. Le raisonnable semble présenter le critère de flexibilité.

Enfin, dernier caractère déterminant, le raisonnable est-il général, autrement dit, s'applique-t-il à tous les stades du processus contractuel ? À l'examen, le raisonnable se retrouve au stade de la formation du contrat notamment dans la lésion, dans l'éradication des clauses abusives qui se trouvent généralisées dans le dernier avant-projet de réforme du droit des contrats<sup>639</sup>, dans l'abus de nécessité ou de dépendance également proposé dans la dernière proposition de réforme<sup>640</sup> en tant que consécration d'une violence, qualifiée de moderne. Le raisonnable se retrouve également au stade de l'exécution du contrat comme l'illustre l'hypothèse où une partie commet un abus dans la détermination du prix car ce n'est pas la clause qui prévoit que le prix sera unilatéralement fixé par la volonté d'une partie une fois le contrat conclu qui est déraisonnable ou disproportionnée mais bien l'exécution de son droit de fixer le prix qui peut permettre un abus en pratiquant un prix préjudiciable à son partenaire.

---

<sup>638</sup> L. DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC*, 3-2008, p. 701, spéc. p. 711.

<sup>639</sup> Article 1169 alinéa 1<sup>er</sup> : « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée », alinéa 2 : « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation », *infra* n° 325-329.

<sup>640</sup> Article 1142 : « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse », *infra* n° 320-324.

L'exécution déraisonnable de son droit de fixer le prix relève davantage de l'exécution du contrat que de sa formation. Il pourrait être objecté que ce n'est pas tant le raisonnable qui est appliqué que la proportionnalité. Il est vrai que si les deux notions sont proches, l'une comme l'autre ont su développer des identités distinctes comme en témoigne le développement de la proportionnalité comme principe général reconnu par la Cour de justice de l'Union Européenne<sup>641</sup>. Cependant, en droit des contrats, les deux notions fonctionnent en complémentarité : dans un premier temps, le raisonnable permet d'identifier le caractère excessif d'une prestation, dans un second temps la proportionnalité lutte contre le déséquilibre jugé déraisonnable. Les deux notions étant complémentaires, l'argument ne semble pas pouvoir être retenu pour nier le caractère général du raisonnable. En somme, le raisonnable pourrait être consacré comme un principe directeur si sa consubstantialité n'était si discutable. En serait-il de même avec la cohérence ?

**214 – Les manifestations de la cohérence en matière contractuelle**<sup>642</sup> – Pour une partie de la doctrine, la cohérence est une « *exigence absolue* »<sup>643</sup>, qui apparaît comme un « *succès croissant* »<sup>644</sup> en matière contractuelle et justifie qu'elle soit érigée en un principe<sup>645</sup>. Selon un auteur qui a analysé le phénomène, la cohérence présente deux facettes, elle « *se dédouble et s'affiche tantôt sous la forme d'un principe de cohérence du contrat, tantôt sous la forme d'un principe de cohérence du comportement du contractant* »<sup>646</sup>. Elle se retrouve à différents stades : dans l'interprétation du contrat, dans l'existence de clauses contractuelles, dans la nullité de la condition potestative, dans la garantie du fait personnel, dans le respect de l'obligation fondamentale, dans la rupture des négociations, dans le délai raisonnable d'une offre, dans les ruptures des contrats à exécution successive, dans la mise en œuvre de la clause résolutoire etc. La cohérence interdit alors d'empêcher la naissance d'une obligation, de faire obstacle à l'exécution de l'obligation à laquelle on a consenti et de faire obstacle à l'exécution de l'obligation de son débiteur.

---

<sup>641</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70

<sup>642</sup> V. *supra* n° 115 sur le principe de cohérence proposé dans le projet de l'Académie des sciences morales et politiques, dit « Terré »

<sup>643</sup> B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968, n° 174.

<sup>644</sup> D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 8 mars 2005, *RDC* 2005, p. 1015.

<sup>645</sup> V. en ce sens notamment, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, spéc., n° 678 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, spéc. n° 592 ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

<sup>646</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, n° 6, p. 23.

**215 – La généralité de la cohérence** – Au regard de ce qui a été évoqué, il peut être retenu que le champ d'application de la cohérence est complet, le caractère de généralité ne poserait pas, de prime abord, de difficulté pour sa reconnaissance éventuelle en principe directeur. La généralité de cette exigence de cohérence pourrait cependant être contestée après étude car, dès lors qu'elle est sanctionnée au stade de l'exécution du contrat, elle se confond avec l'inexécution, la consécration d'un principe directeur de cohérence semble alors superflue : « à la vérité, il peut paraître inutile, tout au moins en droit des contrats, d'affirmer l'existence d'un principe de cohérence, s'il signifie uniquement que l'on doit respecter ses engagements. L'article 1134 du Code civil suffit à justifier ce principe, sans que l'on ait besoin de faire appel à un devoir de cohérence. Le devoir de cohérence est donc à chercher ailleurs, là où il pourrait avoir peut-être son utilité »<sup>647</sup>. C'est uniquement lorsque l'incohérence dépasse le stade de l'exécution que l'exigence de cohérence se révèle utile. En somme, la cohérence se manifeste bien comme une exigence générale mais il se trouve qu'elle se révèle inutile au stade de l'inexécution du contrat.

**216 – La consubstantialité de la cohérence** – Un auteur notait la consubstantialité de la cohérence : « la notion de contrat est dès le départ liée à l'idée de cohérence : c'est être cohérent que de respecter ses engagements »<sup>648</sup>. L'idée est exacte, mais là encore, si la cohérence signifie simplement respecter ses engagements, cette exigence est inutile puisque le droit commun des contrats bénéficie déjà du principe universel de la force obligatoire du contrat.

**217 – La flexibilité de la cohérence** – Il n'est pas possible d'édicter une obligation générale de cohérence puisque, dans diverses hypothèses, une partie sera autorisée à se contredire, notamment lorsque la confiance que son partenaire a placée dans son comportement est illégitime<sup>649</sup>. Par ailleurs, une obligation absolue de cohérence reviendrait à porter une atteinte fondamentale à la liberté contractuelle et contraindrait les opérateurs, notamment économiques, à une continuité stérile et sclérosante. Ce serait le sacrifice du dynamisme inhérent et indispensable à toute activité économique et sociale. Il faudrait alors naturellement circonscrire le champ d'application de la cohérence qui ne pourrait trouver à

---

<sup>647</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'Université de Paris V, le 13 janvier 2000, *Economica*, 2001, p. 83.

<sup>648</sup> B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 595, p. 322.

<sup>649</sup> D. MAZEAUD, « les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *Economica* 2001, p. 130.

s'appliquer sans la médiation du juge et qui déterminerait le champ du licite avec les contradictions légitimes au détriment d'autrui, du champ de l'illicite avec les contradictions illégitimes. La cohérence apparaît alors bien comme une norme flexible qui devra être mise en œuvre par le juge. Cette règle recevrait des dérogations et exceptions témoignant de sa malléabilité.

**218 – La continuité de la cohérence** – Pour être qualifiée de continue, la cohérence doit poursuivre une finalité importante pour la soustraire aux réformes à venir et elle doit être une norme pérenne. Il est certain que la cohérence en tant qu'exigence fondamentale du droit a une force d'inertie puissante mais qu'elle demeure aussi sensible aux changements sociaux. Au cours du temps, la cohérence pourrait voir son application se renforcer ou décliner mais elle demeura toujours un objectif à tenir.

**219 – Conclusion sur la cohérence comme principe directeur** – La cohérence en matière contractuelle apparaît certainement comme une règle continue et flexible, en revanche sa consubstantialité peut être discutée<sup>650</sup> et plus fondamentalement, son caractère général peut être contesté car cette règle se révèle parfois inutile en ce qu'elle se confond avec l'inexécution. Il ne faut toutefois pas nier l'intérêt de cette règle. Peut-être celle-ci doit-elle rester, en la matière, une grille de lecture et un rappel des valeurs et objectifs que poursuit le droit et plus précisément le droit des contrats mais, à notre sens, elle ne doit pas se manifester sous la forme d'un principe prohibitif général. Par ailleurs un autre argument pourrait exprimer l'inutilité d'un principe directeur de cohérence en matière contractuelle : il s'agit de son rattachement à la bonne foi et au raisonnable.

**220 – L'exigence de cohérence, expression de la bonne foi ou du raisonnable** – D'apparente évidence, la cohérence est rattachée par une partie de la doctrine à la bonne foi<sup>651</sup>

---

<sup>650</sup> Selon nous, la cohérence, tout comme le raisonnable, nous apparaît davantage comme un objectif à atteindre, comme une grille de lecture mais elle ne révèle pas la philosophie inhérente à la conception à la française du contrat.

<sup>651</sup> Sur cette affirmation V. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, n° 1106 qui cite notamment en ce sens : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 1996 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques (contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle)*, thèse dactylographiée, Lille, 1977, n° 189 – V. également D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 20 janvier 1998, *D.* 1999 somm., p. 114 : « au nom de cette altruisme contractuel, fruit de l'épanouissement de la notion de bonne foi dans le droit contemporain des contrats, les contractants sont ainsi soumis à un certain civisme qui se traduit par quelques devoirs au rang desquels on doit notamment mentionner l'exigence de cohérence ».

qui estime qu'elle trouverait sa source dans le principe supérieur de bonne foi<sup>652</sup>. En témoignent les commentateurs<sup>653</sup> des principes Unidroit qui n'hésitent pas à voir la règle de l'interdiction de se contredire comme une application du principe de bonne foi. Un auteur proposait également un seul fondement à l'exigence de cohérence en matière contractuelle, cette dernière n'étant qu'un « *sous principe du principe de bonne foi* »<sup>654</sup>.

D'autres auteurs<sup>655</sup>, au contraire, rattachent la cohérence à l'exigence de raisonnable. En effet, bien qu'ils ne déniaient pas les liens qui entremêlent parfois bonne foi et cohérence, ils appréhendent la cohérence au-delà de la bonne foi. Ils estiment que l'incohérence peut résulter d'une simple passivité<sup>656</sup>, de maladresse<sup>657</sup> ou de négligence<sup>658</sup> soit d'un comportement qui ne nécessite pas d'intention de nuire. Un comportement contradictoire peut être sanctionné « *en lui-même sans que l'attitude initialement prise soit en elle-même condamnable* »<sup>659</sup>. La cohérence, ainsi comprise, se détache de la bonne foi et de la moralisation du contrat. L'incohérence serait sanctionnée comme une « *une contradiction objective du comportement* »<sup>660</sup>. Par essence, la cohérence serait une « *œuvre de raison* »<sup>661</sup> et une faute de logique, en conséquence « *la contradiction appréciée par le juge à l'aune du raisonnable, est le véritable fondement d'une sanction indépendante de la licéité du comportement* »<sup>662</sup>.

Dès lors, que la cohérence trouve sa source et son fondement dans la bonne foi ou dans le raisonnable, pourquoi ériger en principe directeur un sous principe ; dans cette hypothèse, il faudrait alors également reconnaître la loyauté, la collaboration, la proportionnalité etc. En ce sens, « *sacrifier la richesse et la diversité de nos procédés et de*

---

<sup>652</sup> PH. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1996, p. 906.

<sup>653</sup> V. les commentaires de l'article 1.8 des principes Unidroit dans sa version de 2004.

<sup>654</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, art. précité, p. 95.

<sup>655</sup> V. en ce sens, H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, thèse précitée, n° 225 et s., p. 313 et suiv. ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, notamment n° 1123 et suiv.

<sup>656</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, n° 1106, p. 835.

<sup>657</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, n° 1123, p. 845.

<sup>658</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, thèse précitée, n° 226, p. 314 qui cite des arrêts dans lesquels les caisses de sécurité sociale avaient versé de manière négligente certaines sommes aux assurés qui croyaient légitimement y avoir droit : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 278.

<sup>659</sup> H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, n° 4, p. 304.

<sup>660</sup> D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. com., 8 mars 2005, *RD Bancaire et fin.* 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 3, p. 9.

<sup>661</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, thèse précitée, n° 229, p. 319.

<sup>662</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse précitée, n° 1347, p. 974.

*nos concepts, au profit d'un concept unique, autonome, au champ d'application trop large et aux contours imprécis, serait une erreur* »<sup>663</sup>.

## **221 – Un renouvellement du droit des contrats par des principes anciens et ancrés**

– À la lecture des différents projets proposés, tant au niveau européen que national, il apparaît que les principes directeurs proposés ne correspondent pas à ceux évoqués ci-dessus. C'est toujours l'adjonction de principes anciens et ancrés dans la tradition juridique française qui a été proposée, à savoir, liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi. Ce mouvement de renouvellement de la matière par l'adjonction de principes anciens peut sembler contradictoire mais il s'explique car en tant que catégorie juridique nouvelle, cette dernière semble *a priori* dangereuse pour la sécurité juridique. Ce sont des principes, héritiers de notre culture juridique, qui ont été choisis. « Âme et esprit du droit des contrats », les principes directeurs seraient une œuvre de compromis et incarneraient la « *substantifique moelle* » de la matière. C'est ainsi que l'avant-projet de réforme du droit des contrats consacre comme « *étendard politique du nouveau droit des contrats français* »<sup>664</sup>, deux principes au sein des dispositions préliminaires : la liberté contractuelle et la bonne foi. Rompant une longue période d'immobilisme, les rédacteurs ne semblent pas vouloir complètement bouleverser la théorie générale du contrat. Certains commentateurs pourront regretter le manque d'innovation des rédacteurs, alors que d'autres s'indigneront de cette révolution juridique. Il nous apparaît plutôt sécurisant de codifier des principes directeurs connus et maîtrisés dans la mesure où cette catégorie juridique présente de nombreuses zones d'ombres.

**222 – Conclusion** – Les principes directeurs du droit des contrats poursuivent une fonction politique. Fondamentalement, ils représentent un étendard politique du droit des contrats français puisque, seules les règles fondamentales seraient conceptualisées dans un souci de légitimité, de cohérence et d'intelligibilité. Mais ils poursuivent également une fonction politique plus technique en cherchant, d'une part, à protéger les droits et les libertés des individus, et d'autre part, à influencer la création de règles de droit des contrats. En conclusion, cet exercice d'observation a permis de constater que les principes directeurs du droit des contrats se caractérisaient par quatre critères : la consubstantialité, la continuité, la flexibilité et la généralité. Par ailleurs, pour rentrer dans la catégorie des principes directeurs,

---

<sup>663</sup> Rapport de M. BOVAL, Conseiller rapporteur pour l'arrêt n° 573 du 27 février 2009 rendu en Assemblée plénière : [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/boval\\_conseiller\\_12302.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/boval_conseiller_12302.html).

<sup>664</sup> D. MAZEAUD, « Droit des contrats, réforme à l'horizon », *D.* 2014. p. 291, n°4.

la règle doit poursuivre en plus deux fonctions. Une première fonction normative qui fait jouer à la règle un rôle prescripteur, complétif et technique et une seconde fonction politique permettant à la règle d'être légitime. Les principes directeurs constitueraient les garanties fondamentales d'une bonne justice contractuelle et de leur observation dépendra l'issue du procès. Ils orienteraient le juge dans le processus d'élaboration d'un jugement rationnel affirmant « *des exigences suprêmes du droit et de la conscience collective* »<sup>665</sup>.

---

<sup>665</sup> W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international », *RCADI*, volume 5, 1975, p.147 : on note ainsi le devoir de bonne foi, de la sécurité juridique, de la bonne administration de la justice, des droits de la défense, de la logique du raisonnement juridique.

---

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

---

**223 – Propos conclusifs** – L’objectif poursuivi dans ce chapitre II a été de dégager des traits communs à la catégorie juridique des principes directeurs du droit des contrats, autrement dit, à rechercher des critères d’identification. Quels sont-ils? Pour qu’une règle de droit puisse rentrer dans cette catégorie juridique, elle doit réunir les caractères suivants :

- la consubstantialité,
- la continuité,
- la flexibilité,
- la généralité

Tous ces critères déterminants de cette notion sont cumulatifs. Par ailleurs, pour qu’une norme puisse entrer dans la catégorie des principes directeurs, elle doit remplir certaines fonctions. En effet, seules les normes qui poursuivent une fonction normative et politique pourront être retenues. A cet égard, il a été observé que la norme devait jouer à la fois un rôle prescripteur, complétif et technique mais aussi un rôle politique. Les principes directeurs ne doivent pas servir au législateur et aux juges à imposer leurs propres convictions politiques mais viser à structurer et améliorer le droit des contrats en particulier. Elles vont permettre alors de protéger les droits et libertés, de conceptualiser les règles fondamentales d’une matière donnée, d’enrichir ce système dans un souci de cohérence et d’intelligibilité, de retrouver ses sources historiques et intellectuelles, d’influencer le législateur européen etc.

Cet examen des traits communs aux principes directeurs du droit des contrats encourage à penser qu’aucun « tremblement de terre contractuel » ne surgira puisque les principes consacrés forment les fondements même du contrat. Il peut être observé que la méthode d’élaboration des principes directeurs en matière contractuelle se rapproche de ce qui a été réalisé en procédure pénale puisque les principes contractuels émanent eux aussi de la doctrine et de la jurisprudence et traduisent une orientation idéologique et politique en concrétisant les principes fondamentaux de la matière. C’est ainsi que les principes directeurs du droit des contrats pourraient être conçus comme une construction intellectuelle et philosophique pour poser les jalons sur lesquels repose l’esprit du droit des contrats. Cette charte contractuelle serait ainsi gravée dans le marbre. Ce projet s’annonce fortement comme

une légitimation politique des principes directeurs afin de moderniser notre droit contractuel français. Le législateur démontre une volonté marquée d'afficher « l'étendard politique du droit contractuel français ». Sa portée est alors multiple : symbolique tout d'abord car les principes directeurs permettent de diffuser « *dans la clarté et la transparence, l'essence de la matière et l'esprit qui l'anime. La pédagogie accompagne le symbole. Et dans la tradition d'un droit codifié, l'affichage des valeurs essentielles dictant le domaine du contrat n'est pas à négliger* »<sup>666</sup> ; une portée politique ensuite puisque toutes les codifications doctrinales européennes et internationales comportent des principes généraux, il est important de souligner la volonté du législateur de parvenir à une législation attractive et compétitive. Enfin les principes directeurs ont, surtout, une fonction normative regroupant, pour le moment, les principes essentiels transversaux et normatifs.

---

<sup>666</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. TERRÉ, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p. 113.

---

## CONCLUSION DU TITRE II

---

**224 – Originalité normative des principes directeurs du droit des contrats** – Il a été d'abord constaté que les principes directeurs s'intégraient dans la catégorie des normes juridiques. Il a fallu ensuite les distinguer des normes voisines approchantes pour vérifier si les principes directeurs présentaient une originalité. À cet effet, il est apparu tout d'abord que par la généralité qui les caractérise, les principes directeurs pouvaient être regroupés dans la catégorie plus large des principes normatifs mais de cette qualification, peu de conséquences concrètes pouvaient être tirées. Il a fallu également constater qu'ils ne devaient pas être confondus avec les principes généraux du droit. En effet, leur valeur juridique ne sont pas identiques puisque là où elle est la même pour les principes généraux du droit (infra-législative et supra-décrétale), elle diverge au sein des principes directeurs qui sont constitués de règles à valeur constitutionnelle et législative. De plus, les principes directeurs, au contraire des principes généraux ont tous un fondement textuel. Enfin, ils divergent de la catégorie des standards en étant distincts de par leurs fonctions et finalités.

**225 – Caractères des principes directeurs du droit des contrats** – Pour qu'une norme puisse être qualifiée de principe directeur, elle doit présenter certains caractères. Les principes directeurs sont premièrement consubstantiels, ce qui signifie qu'ils forment la substance même, intime et profonde du contrat. Sans eux, le contrat, tel que conçu en droit français, ne serait pas. Deuxièmement, ces principes sont continus : ils doivent poursuivre une finalité importante pour les soustraire des réformes à venir, ils doivent constituer des normes pérennes tout en demeurant sensibles aux changements sociaux et à ce titre ils peuvent connaître une lente évolution vers le renforcement ou le déclin. Troisièmement, ils sont flexibles : dès lors, le principe directeur n'obéit pas à la logique binaire de la règle de droit car il va prévoir un cadre dans lequel va évoluer toute une série de comportements. Il favorise une route à suivre, une direction. Le principe va être malléable et c'est là que réside sa force. S'il présentait une trop grande rigueur, le principe ne serait pas applicable à un certain nombre de situations juridiques. Le principe directeur peut recevoir des exceptions, et ces dérogations seront alors les mises en œuvre du principe directeur. Quatrièmement, le principe directeur est général dans sa formulation et dans son champ d'application. Ainsi, pour qu'une règle juridique substantielle en la matière rentre dans la catégorie juridique de principe, elle doit pouvoir s'appliquer à tous les stades du processus contractuel. De la réunion de ces quatre

caractères, il apparaît que le principe directeur en droit des contrats accède à une dimension axiologique, véhiculant une idéologie politique et juridique ayant nécessité un jugement de valeur.

**226 – Fonctions des principes directeurs du droit des contrats** – Une première fonction normative a été soulignée. Celle-ci fait jouer au principe directeur un rôle prescripteur, complétif et technique. Une seconde fonction politique s'est ajoutée permettant à la règle d'être légitime. En effet, les principes directeurs du droit des contrats pourraient constituer, s'ils étaient consacrés, les garanties fondamentales d'une bonne justice contractuelle. De leur observation dépendrait l'issue du procès puisqu'ils orienteraient le juge dans le processus d'élaboration d'un jugement rationnel affirmant « *des exigences suprêmes du droit et de la conscience collective* »<sup>667</sup>.

---

<sup>667</sup> W. GANSHOF VAN DER MEERSCH « L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international », *op. cit.*

---

# CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

---

**227 – La notion et la catégorie juridique des principes directeurs du droit des contrats** – L'objectif de cette partie a été de souligner l'apparition progressive des principes directeurs du droit des contrats et le pouvoir normatif de cette catégorie juridique en construction.

L'analyse de leur apparition dans les différents projets internationaux, européens et français a permis de constater que les différents principes, s'ils ne sont pas toujours formulés de façon identique, reviennent de façon constante : c'est ainsi qu'une attention particulière est portée à la liberté contractuelle, à la force obligatoire et à la bonne foi. Pourtant, à l'heure actuelle, aucune réflexion poussée sur le concept de principe directeur en droit des contrats n'existe. Il a fallu observer cette notion pour comprendre ce qu'elle recouvre et plusieurs éléments ont pu être dégagés. Premièrement, une définition, dans une vision prospective, a pu être proposée : les principes directeurs constitueraient un ensemble de règles de droit placé en tête de la partie relevant des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ayant pour objet essentiel d'orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et d'établir certaines garanties de bonne justice contractuelle. Leur appellation proviendrait du rayonnement que leur confère leur généralité d'application et de leur légitimité intrinsèque car ils sont porteurs de la conception française du contrat. Ils serviraient de guide à l'interprète du contrat et dans l'application du code. Deuxièmement, il est apparu que les principes directeurs sont des normes juridiques qui doivent être distinguées des normes approchantes, à savoir des principes généraux du droit et des standards. Troisièmement, pour qu'une norme puisse rentrer dans cette catégorie juridique, elle doit réunir un certain nombre de caractères cumulatifs que sont la consubstantialité, la continuité, la flexibilité et la généralité. À travers ces différents facteurs d'unité, il faut reconnaître que les principes directeurs du droit des contrats, pris comme catégorie juridique, présenteraient une certaine originalité. La notion, essentiellement fonctionnelle, apparaît, pour l'instant, en construction.



---

# SECONDE PARTIE : LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DES CONTRATS, DES EFFETS A PRECISER

---

**228 – Division** – Dans la première partie de ce travail, les éléments communs à tous les principes directeurs du droit des contrats ont été recherchés afin de mettre en lumière l'unité et l'originalité de cette catégorie juridique. Il convient désormais de s'intéresser aux effets émanant de leur éventuelle consécration. En effet, les principes directeurs du droit des contrats vont interagir au sein d'un système juridique et leur consécration ne restera pas sans conséquence. L'étude des effets des principes directeurs du droit des contrats soulève inévitablement des interrogations quant au lien qui les unissent au juge judiciaire. Il faudra constater que les principes directeurs du droit des contrats auront des répercussions tant sur la procédure contractuelle mise en œuvre par les juges que sur la substance contractuelle. L'avenir des principes directeurs dans la procédure contractuelle (*Titre I*) se manifestera par un renouvellement, d'une part, du débat relatif à la jurisprudence comme source de droit et, d'autre part, dans l'acte de juger en ce que le juge sera dans l'obligation de recourir à un contrôle de proportionnalité. L'avenir des principes directeurs sur la substance contractuelle (*Titre II*) se concrétisera par un renouveau du droit des contrats. Il s'agira alors d'apprécier la vitalité des principes directeurs puisque ces derniers permettraient la résistance du droit commun des contrats à la spécialisation du droit contractuel et favoriseraient la rénovation du droit commun des contrats.

TITRE I : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA PROCÉDURE CONTRACTUELLE

TITRE II : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA SUBSTANCE CONTRACTUELLE



---

# TITRE I : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA PROCEDURE CONTRACTUELLE

---

**229 – Les hésitations sur les différentes sources du droit** – S'arrêter sur le lien qui unit le juge aux principes directeurs revient à s'interroger de prime abord sur les différentes sources du droit et plus précisément sur la litigieuse question de la qualification de la jurisprudence comme source ou autorité du droit. À cet égard, F. Gény a été un auteur éminent dans la construction et la réflexion des sources du droit privé<sup>668</sup>. Dans son célèbre ouvrage, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, il a critiqué la méthode traditionnelle d'interprétation, l'exégèse, qui exagérait le « *fétichisme de la loi écrite et codifiée* ». Pourtant, l'auteur n'a pas réussi à se libérer totalement de l'héritage légaliste puisqu'il promeut dans cet ouvrage la loi comme source formelle par excellence à côté de laquelle transite la coutume. Par source formelle, l'auteur entend « *les injonctions d'autorités extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle qui serve à la direction de la vie juridique* »<sup>669</sup>. La caractérisation des sources formelles est alors leur « *irrésistibilité nécessaire* ». C'est ainsi que F. GENY a reconnu comme sources formelles, la loi et la coutume, et qu'il a distingué ces sources formelles, des autorités du droit dans lesquelles se trouve la jurisprudence. Depuis F. GENY, il ne semble pas qu'un consensus se soit produit sur les sources du droit. De façon non exhaustive, il peut être noté que PLANIOL<sup>670</sup> ne reconnaissait que la loi et la coutume comme sources du droit, CORNU et COURBE<sup>671</sup>, allant plus loin, reconnaissaient la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, RIPERT et BOULANGER<sup>672</sup> incorporaient la loi, la coutume, la jurisprudence et les règles corporatives tandis que J. GHESTIN et G. GOUBEUX<sup>673</sup> favorisaient la loi, la coutume, la jurisprudence, la pratique et la doctrine. La loi et la coutume sont les deux seules sources

---

<sup>668</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Préf. R. SALEILLES, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. rev. et mise au jour de l'éd. de Paris LGDJ, 1919, 1996 ; *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, quatre tomes, Paris, Société du recueil Sirey, 1914-1934.

<sup>669</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, n° 91.

<sup>670</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, F. PICHON, 1900, p. 3.

<sup>671</sup> G. CORNU, *Droit civil- Introduction- Les personnes, les biens*, 4<sup>ème</sup> éd. Paris, Montchrestien, 1990, p. 140 et P. COURBE, *Droit civil- Introduction générale au droit*, 2<sup>ème</sup> ad., Dalloz, Paris, 1990, p. 37 in J. VANDERLINDEN, « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou A propos de *Méthode d'interprétation et sources*, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge », in *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Y. Blais, Dalloz, Bruxelles Bruylant, coll. Etudes, thèmes et commentaires, 2000, p. 55.

<sup>672</sup> G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1950, p. 48.

<sup>673</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil-Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1977, p. 175.

incontestables du droit, c'est là un des héritages de F. GENY.

**230 – La place contestée de la jurisprudence**– S'agissant plus particulièrement de la jurisprudence, sa place est contestée et les auteurs sont encore frileux<sup>674</sup> comme l'attestent les qualifications qui lui ont été données : la jurisprudence ne serait pas « *une vraie source de droit* »<sup>675</sup>, elle ne serait qu'une « *autorité* »<sup>676</sup>, une « *source complémentaire à la loi* »<sup>677</sup>, « *une source indirecte* »<sup>678</sup>. L'étude de cette question, on ne peut plus classique, récurrente et jamais close<sup>679</sup> qui n'a cessé d'alimenter la doctrine<sup>680</sup> en raison des bouleversements qui ont frappé notre société et notre appréhension du droit positif pourrait sembler, à première vue, inutile. L'introduction éventuelle de principes directeurs et la multitude des forces créatrices du droit à l'époque contemporaine renouvelle pourtant le débat. Ces questions doivent être analysées. En effet, les principes directeurs pourraient être édictés par le législateur mais le contenu et l'étendue seraient fixés *a posteriori* par le juge. Comment alors analyser ce phénomène ? La jurisprudence devient-elle une source du droit avouable et est-elle créatrice de droits subjectifs ? Au fond, la question est celle de savoir si la jurisprudence devient une source de droit.

---

<sup>674</sup> Le plus frileux étant peut-être étonnamment, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 25<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 142, p. 269.

<sup>675</sup> P. VOIRIN, *Manuel de droit civil*, 19<sup>ème</sup> éd., par G. Goubeaux, Paris, LGDJ, 1977, p. 22.

<sup>676</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op.cit.*

<sup>677</sup> G. CORNU, *op. cit.* p. 145.

<sup>678</sup> A. WEILL, *Droit civil-Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1973, p. 124.

<sup>679</sup> P. ESMEIN, « la jurisprudence et la loi », *RTD Civ.* 1952, p. 19.

<sup>680</sup> V. notamment sur cette question les manuels suivants : AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2010 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, Droit privé, 10<sup>ème</sup> édition, 2013 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 25<sup>ème</sup> éd., 1999 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, collection manuel, 2<sup>ème</sup> édition, 2013 ; S. DUFFRIN-BRICCA, L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit*, Gualino, collection mémento LMD, 7<sup>ème</sup> édition, 2013 ; C. LARROUMET et A. AYNES, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. Traité de droit civil, 6<sup>ème</sup> édition, 2013 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2012. V. aussi ces ouvrages généraux : J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. forum, 2006 ; J. FOYER, G. CANIVET (ouvrage collectif), *La création du droit par le juge*, Archives philosophiques du droit, T.50, 2007 ; et les articles suivants : P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD* 1982, T. 27, p 251 ; L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? », *Mélanges Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 47 ; D. DE BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge », *Mélanges PH. JESTAZ, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 29 ; G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, avant-propos », *Arch. Phil. Dr.*, T.50, pp.7-29 ; P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Arch. Phil. Dr.*, T.50, pp.49-75 ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. Sc. Sociales Toulouse, 1978, p. 463 ; X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *Arch. Phil. Dr.*, T.50, pp. 77-88 ; P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Defrénois*, 2006, art. 38352 ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert.*, LGDJ, T.I, p. 28 ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001/1, p. 77.

**231 – « Vers une nouvelle façon de juger »<sup>681</sup> ?** – L'observation et l'étude du raisonnement juridique traduit assurément les transformations actuelles du mode de production du droit<sup>682</sup>. Le modèle français est traditionnellement celui du « syllogisme juridique »<sup>683</sup> qui reflète la théorie juridique de la séparation des pouvoirs et la domination du pouvoir législatif comme source principale du droit. Or, si les principes directeurs du droit des contrats venaient à donner une force supérieure à la jurisprudence en la reconnaissant *de facto* comme une source de droit, cela ne serait pas sans conséquence dans les modes de production du droit utilisés par les juges. En effet, les principes directeurs dotent les juges d'un nouvel instrument dans l'arsenal juridique des modes de production du droit. L'emprise des principes directeurs du droit des contrats dans la procédure contractuelle mise en œuvre par les juges questionne alors. À cette fin, pour circonscrire les transformations induites par les principes directeurs du droit des contrats sur la procédure contractuelle, il conviendra d'apprécier tout d'abord, le renouvellement du débat relatif à la jurisprudence comme source ou autorité du droit (*Chapitre I*), ensuite, de décrire le renouvellement dans l'acte de juger avec la conciliation à réaliser entre le syllogisme et la pesée globale des intérêts (*Chapitre II*).

---

<sup>681</sup> J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 495.

<sup>682</sup> V. sur cette question F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint Louis, 1<sup>er</sup> février 2010.

<sup>683</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1991.



---

## CHAPITRE I : LA JURISPRUDENCE CONTRACTUELLE, SOURCE DE DROIT

---

### 232 – Opposition traditionnelle entre deux conceptions de la jurisprudence –

Deux conceptions s'opposent : la jurisprudence peut, tantôt, être conçue comme une autorité du droit, il s'agit de la thèse dite classique ou juridique et moniste tantôt comme une source du droit dans la thèse dite moderne ou réaliste et pluraliste. Au titre de la première théorie, dite classique, la conception du droit positif est entendue étroitement. Toute règle juridique prendrait sa source dans une autorité étatique compétente pour l'édicter. Ainsi, seules les règles constitutionnellement instituées peuvent former les sources du droit positif. En cela la jurisprudence ne peut être regardée comme une source formelle du droit car les juges n'ont pas été investis constitutionnellement d'une compétence normative, comme en atteste le titre VIII de la Constitution du 04 octobre 1958 qui qualifie le pouvoir judiciaire de simple « autorité », et l'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlement en ce qu'il énonce qu' « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Au titre de la seconde théorie, dite moderne, le droit positif repose sur une conception plus large. En effet, l'examen réaliste du droit positif oblige à constater que la jurisprudence édicte des règles juridiques. Dans cette conception, le droit positif n'est pas composé uniquement par les règles constitutionnellement édictées mais est formé de l'ensemble des règles dont les autorités publiques imposent le respect. En cela la jurisprudence se révèle comme une source du droit puisque les auteurs n'ont pu que constater l'existence de règles juridiques positives issues de la jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été souligné « *que tout le droit commun de la responsabilité administrative, tout le droit des contrats administratifs ont été définis par le juge administratif indépendamment de toute source écrite du droit* »<sup>684</sup>. De même en droit privé, une partie importante des règles de droit est posée par le juge avec la théorie des « principes généraux du droit » et des « principes visés ou visables »<sup>685</sup>. Dès lors, bien que la jurisprudence n'ait pas été investie d'un pouvoir

---

<sup>684</sup> G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 5<sup>ème</sup> édition, 1973, p. 283 cité par O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. Sc. Sociales Toulouse, 1978, spéc. p. 469.

<sup>685</sup> V. la thèse de P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Droit privé, Paris, 1999 ; du même auteur, « Les visas de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation inventaire d'un droit « hors-la-loi » », *LPA*, 8 juin 2005, n° 113, p. 5 ; « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », Conférence du 4 avril 2006 à la Cour de cassation : [http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2006\\_55/technique\\_cassation\\_6798.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/technique_cassation_6798.html).

normatif, elle l'exerce en fait au point que « *le système réel des sources du droit français ne coïncide pas avec le système officiel* »<sup>686</sup>. Un retour sur la controverse de la jurisprudence comme source ou autorité du droit sera opéré (*Section I*).

**233 – Le renouvellement du débat avec les principes directeurs du droit des contrats** – Que l'on favorise l'une ou l'autre des théories, il apparaît que la jurisprudence a une valeur d'emprunt<sup>687</sup> du moins pour l'ordre judiciaire « *n'avouant jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant toujours au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi, la règle jurisprudentielle prend, par cette fiction, figure de valeur de règle légale* »<sup>688</sup>. À cet égard, les principes directeurs pourraient relancer le débat car cette catégorie juridique concède au juge un instrument supplémentaire qui favoriserait la création de règles de droit par le juge. Cette consécration des principes directeurs pourrait ainsi transformer la jurisprudence en une source de droit avouable (*Section II*).

---

<sup>686</sup> O. DUPEYROUX, *op.cit.* spéc. p. 474.

<sup>687</sup> V. en ce sens, O. DUPEYROUX, *op. cit.*, spéc. p. 475.

<sup>688</sup> J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, T. I, p. 28.

## SECTION I. RETOUR SUR LA CONTROVERSE DE LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DE DROIT

---

**234— Annonce de plan**— Il convient de revenir sur la conception juriste et moniste qui prône l'absence de pouvoir normatif du juge (§ I) puis sur la conception réaliste et pluraliste qui reconnaît un pouvoir normatif au juge (§ II).

### § I. L'absence de pouvoir normatif du juge dans la conception juridique et moniste

**235 – Division** – Pour les partisans de cette théorie, la loi représente la source formelle principale du droit en ce qu'elle représente l'expression de la volonté générale. Sa souveraineté résidant dans la Nation, la loi représente la forme prévalente de création du droit. La jurisprudence n'a qu'un rôle limité (même si essentiel) à jouer dans son pouvoir contentieux. Ses pouvoirs sont encadrés par le principe majeur dominant la théorie des sources : la séparation des pouvoirs. Présenté comme « *un rempart de la démocratie* »<sup>689</sup> et même « *un des piliers de la civilisation occidentale* »<sup>690</sup>, ce principe circonscrit alors les pouvoirs du juge en traduisant un vestige de la méfiance rencontrée à l'égard des juges. La fonction essentielle du juge est de dire le droit (A), en conséquence il est obligé de juger sous peine de commettre un déni de justice. Ce pouvoir est toutefois encadré par la prohibition des arrêts de règlements (B). En effet, le législateur craignant les abus et excès des anciens parlements, des garde-fous ont été prévus.

#### **A. L'obligation de juger**

**236 – Contexte** – Le conflit inhérent à toute vie sociale est paradoxalement un facteur de sociabilisation<sup>691</sup> en ce sens qu'il nécessite un mode de règlement pour ne pas nuire à la paix sociale. Le juge est alors l'acteur principal de règlement du conflit et dans ce cadre, il va exercer sa fonction de juger. Si les formes de cette fonction sont variées, en France, l'exercice représente la fonction première de la souveraineté. Et reprenant les mots de PORTALIS, « *C'est*

---

<sup>689</sup> PH. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Deffrénois*, 2006, art. 38352

<sup>690</sup> *Ibid.*

<sup>691</sup> L. CONDE, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *J.-Cl. Civ.* article 4, LexisNexis, 1<sup>er</sup> septembre 2013, n°1.

*pour acquitter cette dette sacrée que les tribunaux sont établis* »<sup>692</sup>. On comprend alors l'origine de l'article 4 du Code civil qui consacre l'obligation de juger des magistrats.

**237 – La jurisprudence comme parole**<sup>693</sup> – L'article 4 dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». La fonction essentielle du juge est de juger, d'appliquer le droit prévu par le législateur. Le déni de justice se définit comme « *le refus ou la négligence de juger, ou plus généralement de prendre une décision de la part de ceux qui sont appelés à rendre la justice* »<sup>694</sup>. Ainsi, en France la loi, en tant qu'expression de la volonté générale est la source principale du droit. Les hommes de la Révolution, étant persuadés de la primauté et de l'autosuffisance de la loi eussent voulu qu'il n'existe point de jurisprudence mais les rédacteurs du Code civil, bien heureusement, connaissaient l'importance de celle-ci. PORTALIS, dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil explique ainsi qu'il appartient « *au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, d'en diriger l'application* »<sup>695</sup>. Classiquement, il est enseigné depuis, que le juge ne doit être que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ». Formule attribuée à Montesquieu par l'effet d'un détournement de citation<sup>696</sup>. En effet, bien qu'il soit établi que l'écrivain s'exprimait à cette occasion sur l'organisation du procès anglais, le tribun Jacques-Joseph Garat-Mailla détourna cette citation pour lui donner un sens aux antipodes de ce qu'elle voulait dire à l'origine puisque, Montesquieu reconnaissait l'originalité du procès anglais dans lequel le jury statue sur les faits alors que le juge se fait la bouche de la loi soit « l'oracle du droit ». Il ressort que sa pensée est donc bien loin de l'automate répétant mécaniquement les mots du législateur ! C'est le sens substitué qui fut pourtant retenu : le juge est depuis considéré comme un « *être inanimé* »<sup>697</sup> qui dit et applique la loi sans pouvoir en modérer la force et la rigueur. Cette image du juge est liée aux errements des parlements de l'Ancien Régime et manifeste le souhait de mettre fin à l'arbitraire personnel et au système de castes en vigueur auparavant. Cette passivité du rôle du juge s'est traduite pendant un temps

---

<sup>692</sup> P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, T. VI, p. 358.

<sup>693</sup> Expression utilisée par le Doyen J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Champs Flammarion, 1996, p. 58.

<sup>694</sup> Cass. civ. 12 juin 1929, *Gaz. Du palais* 1929, 2, p. 541.

<sup>695</sup> J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, que l'on trouve sur le site suivant : <http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>.

<sup>696</sup> V. G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, avant-propos », *Arch. Phil. Dr.*, T.50, pp.7-29 spéc. p. 9.

<sup>697</sup> C. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op.cit.

par le recours au « référé législatif » des juges de la Cour de cassation<sup>698</sup> en cas de difficultés sur l'appréciation d'une loi et en cas de conflit entre les juridictions du fond et la Cour de cassation. Dans ces hypothèses, le juge suspendait et se trouvait dans l'obligation de demander l'avis du pouvoir législatif pour qu'il lui dicte une solution. A cet effet, le tribunal d'appel de Lyon eut l'occasion de rappeler que « *le régulateur général et commun des jugements* » ne pouvait être que la loi dont « *le juge doit être un esclave* ». Cette pratique fut supprimée par une loi du 1<sup>er</sup> avril 1837. Depuis, le législateur doit se garder de statuer sur les cas d'espèce et inversement le juge ne doit pas empiéter sur les attributions du législateur. Cette séparation des pouvoirs représente un principe matriciel de notre droit. Le juge n'est alors qu'un simple exécutant dans la conduite du syllogisme juridique : la majeure étant constituée de la loi, la mineure, du rapport des faits et de la loi pour parvenir à la conclusion – résolution du litige. Dans ses tâches, le juge a l'obligation de trancher le litige en se prononçant sur toutes les demandes des parties (article 5 Code de procédure civile), sans dénaturer le procès (article 4 CPC), et il a l'obligation d'appliquer les règles de droit conformes (article 12 CPC) en précisant le fondement juridique de sa décision.

## **B. L'interdiction de légiférer, la prohibition des arrêts de règlement.**

**238 – Généralités** – L'article 5 du code civil prévoit qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Si cet article traduit le sentiment de défiance des révolutionnaires et rédacteurs du Code civil à l'égard des juges, il s'agit toutefois d'une « *semi-résurrection de la puissance de juger*<sup>699</sup> » car les juges ont récupéré leur pouvoir d'interprétation. L'article condamne les arrêts de règlement en interdisant au juge de légiférer.

**239 – Historique sur les arrêts de règlement** – Historiquement, les arrêts de règlement formulaient des règles générales et obligatoires et étaient appelés à combler les silences de la loi et des coutumes ou à les préciser ou bien encore à interpréter des textes. Deux procédures permettaient au Parlement d'adopter lesdits arrêts : la première procédure rendait des arrêts en dehors de tout litige sur des réquisitions du Procureur Général qui intervenait après une « sollicitation d'arrêt » émanant d'autorités diverses : évêques, seigneurs, agents du Roi etc.

---

<sup>698</sup> Un référé législatif des juges du fond existait aussi auparavant. Celui-ci déniait tout pouvoir d'interprétation aux juges du fond. Cette pratique a été supprimée avec la création du Code civil en 1804 mais a laissé subsister le référé législatif des juges de la Cour de cassation jusqu'en 1837.

<sup>699</sup> PH. REMY, « La part faite au juge in Le code civil », *Pouvoirs*, 2003, n° 107, p. 22

La seconde procédure rendait des arrêts pris à l'occasion d'un litige et « *introduisait des dispositions réglementaires à la suite d'arrêts rendus inter partes. Parfois qualifiés d'arrêts en double partie, ces arrêts juxtaposaient deux dispositions distinctes, l'une mettant un terme au débat opposant les plaideurs, l'autre généralisant la solution de pur droit apportée à l'espèce en imposant son respect aux juridictions inférieures du ressort dans tout litige soulevant le même problème, toujours sous réserve d'intervention ultérieure du Roi ou de rétractation par nouvel arrêt de règlement du Parlement lui-même* »<sup>700</sup>. L'époque emblématique des arrêts de règlement correspond au XVI<sup>ème</sup> siècle ce qui s'explique par deux raisons principales : d'une part, les parlementaires n'hésitaient pas à s'autoproclamer « sénateurs » en prenant part au pouvoir législatif alors dévolu au Roi, d'autre part, l'état du droit encourageait les parlementaires à compléter le droit en vigueur (ordonnances, édits, coutume) qui se révélait très incomplet, lacunaire, et rapidement obsolète. Mais dès le XVII<sup>ème</sup> siècle, la pratique des arrêts de règlement fut désamorcée au point qu'à la veille de la Révolution, ces arrêts ne relevaient que de l'épisodique dans des matières précises (procédure, organisation judiciaire et droit pénal par exemple).

**240 – Interdiction des arrêts de règlement dit « proprio motu »** – L'article 5 du Code civil empêche le juge d'user de son pouvoir juridictionnel pour transformer une décision en loi. Le magistrat doit, comme il a été dit, se prononcer sur les « *causes qui lui sont soumises* » et doit statuer uniquement sur l'espèce considérée. *A fortiori*, cela lui interdit également de prescrire des règles générales en dehors des causes soumises. Il ne peut pas créer de règles *proprio motu* comme la Cour de cassation a pu le rappeler à plusieurs occasions<sup>701</sup>.

**241 – Interprétation à donner à l'article 5** – Entendu dans un sens étroit, il semblerait que l'article 5 interdise toute règle qui serait comprise dans le dispositif mais c'est le sens plus large qui a été retenu : sont sanctionnés uniquement les arrêts dans lesquels le dispositif contient une règle générale et réglementaire non reliée au cas d'espèce. Une proposition générale ne signifie pas systématiquement l'annulation de la décision. Pour être valable, il est

---

<sup>700</sup> L. CORBION CONDE, « La prohibition des arrêts de règlements, le mode juridictionnel », *J. Cl. civ.* article 5, LexisNexis, 30 juin 2008.

<sup>701</sup> V. par exemple Cass. req., 19 juin 1929, *DH 1929*, p. 377 rappelant qu'il est interdit au juge de prendre une décision « *en dehors de toute contestation portée ou discutée devant lui* ». En effet, en dehors de tout litige, de telles décisions relèvent davantage du pouvoir législatif et réglementaire. A cette occasion un rapprochement a dû être opéré entre les actes réglementaires contraires à l'article 5 du Code civil et ceux autorisés en vue de l'organisation judiciaire (article R. 213-1 et R. 311-14 du Code de l'organisation judiciaire). Finalement l'élaboration des textes relatifs à ce dernier domaine est confiée à la direction des services judiciaires par l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 et l'article 3 du décret n° 2008-689 du 9 juillet 2008.

nécessaire que la norme générale consacrée dans la décision serve à fonder la solution du cas d'espèce. La Cour de cassation, dans un ancien arrêt a pu ainsi retenir que « *n'est pas un arrêt de règlement le jugement qui indique les principes généraux sur lesquels reposent les dispositions qu'il consacre, bien que cette indication se trouve dans le dispositif si elle n'a d'autre but que de justifier les décisions qui la suivent et qui statuent exclusivement sur les différends des parties en cause* »<sup>702</sup>.

**242 – Article 5 et arrêt de principe** – Un arrêt de principe<sup>703</sup> peut se définir comme « *un arrêt contenant un principe d'application générale appelé à régir d'autres cas analogues, ce qui se manifeste plus précisément par les arrêts de la Cour de cassation contenant un chapeau* »<sup>704</sup>. Si l'admission des arrêts de principe a été longtemps contestée en raison de la prohibition des arrêts de règlement, aujourd'hui, ils sont admis indiscutablement. Il a été estimé que l'article 5 n'excluait pas la création de règles prétorienne pour régir son activité juridictionnelle. La seule condition consiste à bien motiver la solution retenue par rapport au cas donné.

**243 – Article 5 et relativité de la chose jugée** – La relativité de la chose jugée signifie que les décisions n'ont qu'une autorité limitée à l'affaire sur laquelle les juges statuent, la solution ne valant que pour l'espèce donnée. C'est ainsi que Léon MAZEAUD soulignait que : « *la règle de relativité de la chose jugée s'applique aux jugements déclaratifs. Ceux-ci affirment l'existence d'un droit ; mais ils ne l'affirment qu'entre les parties à l'instance* »<sup>705</sup>. Selon certains auteurs<sup>706</sup>, cette relativité concourt à la prohibition des arrêts de règlement car si une règle prétorienne devait obligatoirement être suivie, cela rétablirait les arrêts de règlement, généraux et obligatoires. Finalement, l'autorité et la relativité de la chose jugée s'additionnent et se transforment en jurisprudence « *mais en s'accumulant, elle ne peut acquérir une efficacité qu'elle n'avait pas à l'état isolé* »<sup>707</sup>, présenté autrement, les partisans de la doctrine classique ne peuvent concevoir que de la répétition des décisions puisse jaillir une règle juridique.

---

<sup>702</sup> Cass. req., 1<sup>er</sup> février 1882, *DP* 1882, 1, p. 113.

<sup>703</sup> V M-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz-Sirey, coll. Méthodes du droit, 7<sup>ème</sup> éd., 2010.

<sup>704</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 224, p. 250.

<sup>705</sup> L. MAZEAUD, *RTD Civ.*, 1929, pp. 47-48.

<sup>706</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2012, n°354, p. 289.

<sup>707</sup> J. CARBONNIER, « loi étrangère et jurisprudence étrangère », *Journal droit international*, 1935, pp. 482-483 cité par J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, T.1, LGDJ, 1950, p. 28.

**244 – L'article 5 et la création de règle par la jurisprudence** – L'habitude a été prise d'invoquer l'article 5 du Code civil pour dénier aux juges le pouvoir de créer des règles de droit. Mais l'interdiction consacrée est-elle réellement celle de ne pas participer à la création du droit ? Des auteurs en doutent<sup>708</sup> car les rédacteurs du Code civil qui connaissaient l'importance de l'œuvre du juge dans le règlement d'un litige ont peut-être simplement interdit au magistrat de participer à la création du droit « *en la forme et à la manière du législateur* »<sup>709</sup>. Cela expliquerait pourquoi on peut admettre les arrêts de principe et les revirements de jurisprudence<sup>710</sup>. En tous les cas, cet article s'imposait dans la perspective d'un droit légaliste axé sur une séparation stricte des pouvoirs judiciaire et législatif. Avec les articles 4 et 5, « *les pouvoirs sont réglés ; aucun ne doit franchir ses limites (...), une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature (...), l'esprit de judicature, qui est toujours appliqué à des détails (...) ne pourrait souvent s'accorder avec l'esprit du législateur, qui voit les choses plus généralement et d'une manière plus étendue et plus vaste* »<sup>711</sup>. Dès lors, même si la jurisprudence produit des règles, ces dernières ne peuvent être qualifiées de normes car elles ont nécessairement un caractère individuel et ne peuvent accéder à la normativité en raison de leur absence de généralité.

**245 – Article 5 et précédent judiciaire** – Le précédent se définit comme un « *antécédent ; décision antérieure prise comme référence ; relativement à une décision à prendre, solution déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables* »<sup>712</sup>. Le droit français refuse de reconnaître le précédent judiciaire qui permet à un justiciable d'invoquer indifféremment le droit écrit ou une règle prétorienne. Il est interdit à un juge de recourir à une jurisprudence consacrée pour fonder sa décision. C'est ainsi que la Cour de cassation a énoncé dans une décision du 9 mars 1982 que « *le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées (...) qu'en se prononçant par référence à un autre litige, sans même rappeler les motifs*

---

<sup>708</sup> V. L. CORBION CONDE, « La prohibition des arrêts de règlements, le mode juridictionnel », *J. Cl. civ.* article 5, LexisNexis, 30 juin 2008 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 329 ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001/1, p.77

<sup>709</sup> P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, spéc. p. 339, n°10. V. également sur cet avis, P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001/1, p.77.

<sup>710</sup> V. *infra* n° 752 et s.

<sup>711</sup> J-E-M PORTALIS *in* P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, T.VI, p. 361.

<sup>712</sup> V° « Précédent », G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8<sup>ème</sup> édition, avril 2007.

*propres à justifier la décision rendue, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »<sup>713</sup>. Ce refus du précédent judiciaire se justifie assez aisément dans la mesure où son admission reviendrait à doter rétroactivement d'un pouvoir réglementaire une règle prétorienne « *sans que sa pertinence paraisse avoir été mise à l'épreuve des circonstances particulières du litige présent à régler* »<sup>714</sup>. Et, depuis une décision du 21 mars 2000<sup>715</sup>, « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». Il paraît opportun également de retenir que le précédent judiciaire ne s'impose pas en droit français en raison de son inutilité car les pouvoirs du juge français sont étroitement encadrés par l'obligation de motiver<sup>716</sup>. Si le juge souhaite demeurer fidèle et constant à sa jurisprudence, rien ne l'en empêche, ainsi « *le juge ne saurait écrire noir sur blanc qu'il s'enchaîne dans une habitude. Ce qui ne signifie pas en fait, qu'il lui soit interdit d'avoir une habitude (l'essentiel étant qu'il ne l'écrive !). (...) Un magistrat peut donc avoir une habitude. Mais il lui est interdit d'ériger cette habitude en norme* »<sup>717</sup>. Le juge est libre dans son office d'application du droit ; en conséquence, le revirement de jurisprudence est favorisé.

#### **246 – Le revirement de jurisprudence et la jurisprudence comme autorité de droit –**

Il s'agit de « *l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise ; adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient ; renversement de tendance dans la manière de juger* »<sup>718</sup>. La question de la rétroactivité de la jurisprudence s'est naturellement posée : savoir si la nouvelle règle prétorienne trouve à s'appliquer à l'avenir mais aussi aux situations antérieures. Il s'agit d'une question importante car reconnaître la rétroactivité du revirement revient à appliquer la nouvelle décision à une situation dans laquelle une personne a agi en conformité avec la jurisprudence antérieure au risque pour celle-ci d'être condamnée en raison d'une nouvelle interprétation que le

<sup>713</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 mars 1982, n° pourvoi : 80-16195, *Bull. III*, n°60 : pour une violation de l'article 455 du Code de Procédure Civile.

<sup>714</sup> L. CORBION CONDE, « La prohibition des arrêts de règlements, le mode juridictionnel », *J.-Cl. Civ.* article 5, LexisNexis, 30 juin 2008, spéc. n° 20.

<sup>715</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, n° pourvoi : 98-11982, *Bull.* 2000 I n° 97, p. 65 : le demandeur au pourvoi faisait grief à l'arrêt d'appel de l'avoir déclaré forclos pour agir en garantie contre les vices cachés en raison de l'expiration du « *bref délai* » prévu par l'ancien article 1648 du Code civil. Pour fonder sa demande, il invoquait notamment la méconnaissance du principe de sécurité juridique, la cour d'appel ayant opposé à l'action, pour la déclarer irrecevable, une jurisprudence nouvelle ne permettant plus d'invoquer le défaut de conformité de la chose vendue, afin d'échapper à l'exigence du bref délai.

<sup>716</sup> V. *supra*, n° 221.

<sup>717</sup> X. LABBE, *Critères de la norme juridique*, PU de Lille, 1994, p. 97.

<sup>718</sup> V°. « *Jurisprudence (Revirement de)* », G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF- Quadriga, 10<sup>ème</sup> éd., janvier 2014

justiciable ne pouvait prévoir ! Autrement dit, cela revient pour la Cour de cassation à censurer des arrêts qui, à l'époque des faits, étaient conformes au droit positif.

Le principe est pourtant celui de la rétroactivité du revirement<sup>719</sup>. Comment alors concilier la rétroactivité de la jurisprudence et le refus de reconnaître au juge un pouvoir créateur ? La justification a été trouvée avec la théorie de l'incorporation. Selon cette dernière, le juge ne fait qu'exprimer le sens donné à la loi et la jurisprudence se trouve incorporée au texte qu'elle applique. La jurisprudence adopte l'autorité que la loi lui confère et étant présumée incorporée, l'interprétation donnée par les juges du texte législatif est réputée exister dès l'entrée en vigueur de la loi : *« Par conséquent, la rétroactivité de la jurisprudence est considérée comme naturelle : l'interprétation, quelle qu'elle soit, que le juge fait de la loi sera considérée comme avoir toujours existé et s'appliquera aux faits s'étant déroulés après l'entrée en vigueur du texte. On parle de l'effet déclaratif de la jurisprudence, cette dernière ne faisant que conférer à la loi le sens qu'elle est supposée toujours avoir eu »*<sup>720</sup>. Si le revirement rétroactif apparaît injuste pour les parties, il s'explique pourtant aisément par l'absence de pouvoir normatif du juge. En effet, si les magistrats ne peuvent créer des règles normatives, pourquoi le justiciable se fonderait-il sur les décisions jurisprudentielles antérieures et interprétations passées alors même qu'elles sont circonscrites aux situations données. En application, le mécanisme selon lequel *« une jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence »*<sup>721</sup> s'explique par l'effet déclaratif de la jurisprudence. Selon la théorie de l'incorporation, il n'y a pas de revirement de jurisprudence mais des divergences dans les solutions prétorienne.

Pourtant cette théorie sera mise à mal par la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, certains ne pouvant valoir que pour l'avenir. En effet, la Cour de cassation suivant le Conseil d'Etat<sup>722</sup>, a pu juger que *« c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action*

---

<sup>719</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, n° pourvoi : 98-11982, *Bull.* 2000 I n° 97, p. 65.

<sup>720</sup> M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Université Franche-Comté-Besançon, 2011, n° 58, p. 47.

<sup>721</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1960, p. 25.

<sup>722</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !, droit adm.* 2004, n° 115. Dans cette décision a été jugé que lorsque l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif *« est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets »*, le juge peut moduler les effets dans le temps de l'annulation de l'acte au regard notamment du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif.

*engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »<sup>723</sup>. La Cour de cassation admet depuis la paralysie de la rétroactivité des revirements et « *consacre la coexistence simultanée de deux interprétations antinomiques de la même loi, ruinant un peu plus le mythe de l'incorporation de la jurisprudence dans la loi interprétée et constitue une preuve de son activité créatrice* »<sup>724</sup>. Un tournant dans la réflexion s'est produit dans les années 1950, sous l'impulsion des écrits remarquables de J. MAURY<sup>725</sup> et de M. WALINE<sup>726</sup> qui ont reconnu les faiblesses de la théorie classique des sources qui prennent leur fondement dans une vision moniste du droit. Il a été reconnu que cette conception avait le défaut de méconnaître la réalité du droit positif. En effet, plusieurs auteurs notaient qu'il n'était pas certain que le problème de la jurisprudence comme source du droit « *ait été examiné avec un souci suffisant de la réalité* »<sup>727</sup> et que « *c'est trop méconnaître la réalité que de refuser d'y voir (dans la jurisprudence) une source du droit* »<sup>728</sup>. C'est la naissance de la conception moderne qui prône une vision réaliste et pluraliste.

## § II. La reconnaissance du pouvoir normatif du juge selon la conception réaliste et pluraliste

**247 – Division** – Longtemps minoritaire, ce courant paraît aujourd'hui avoir pris de l'ampleur et les auteurs s'accordent pour reconnaître l'existence d'un droit jurisprudentiel<sup>729</sup>. Pour s'en convaincre, ils<sup>730</sup> soulignent que la vraie source du droit est la jurisprudence car les praticiens du droit invoquent, dissèquent et interprètent les arrêts de la Cour de cassation. De

<sup>723</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° pourvoi : 01-10.426, *Bull.* 2004, II, n° 387 p. 323. L'arrêt concernait une atteinte potentielle à la présomption d'innocence fondée sur les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881.

<sup>724</sup> PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 351, p. 323.

<sup>725</sup> J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, T.1, LGDJ, 1950, p. 28.

<sup>726</sup> M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de George Scelle*, LGDJ, 1950, T. II, p. 613.

<sup>727</sup> J. BOULANGER, *Rép. Civ. Dalloz*, T. 3, jurisprudence, n° 22 cité par O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. Sc. Sociales Toulouse, 1978, spéc. p. 468, note 16.

<sup>728</sup> P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD Civ.* 1952, p. 19.

<sup>729</sup> En revanche, les auteurs ne sont pas unanimes sur le fondement théorique de ce droit jurisprudentiel.

<sup>730</sup> V. l'ouvrage de PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, pp. 346 et s qui développe le pouvoir créateur de la jurisprudence.

plus, la jurisprudence s'appuie davantage sur ses propres règles qu'elle a qualifiées de « principes » de sorte qu'elles deviennent des règles autonomes. Dès lors, le pouvoir normatif des juges se manifeste à plusieurs égards. La jurisprudence est ainsi parfois regardée comme une source autonome de droit (A), elle se donne la possibilité de changer ses normes *via* les revirements de jurisprudence (B) et elle s'octroie également la possibilité de créer et de réformer le droit (C).

### A. La jurisprudence comme source autonome<sup>731</sup>

**248 – Cour de cassation et suggestion de réforme** – La Cour de cassation se considère comme une source de droit. C'est ainsi que tous les ans, elle rend un rapport annuel dans lequel elle suggère parfois au législateur une réforme. Un exemple avec le rapport de 1995 : la Cour de cassation proposait l'abrogation d'une disposition du Code de procédure pénale (l'article 546 al. 3 CPP) qui était jugée contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ; n'étant pas entendue, elle réitéra la proposition en 1996 puis opéra elle-même la modification dans la jurisprudence en 1997<sup>732</sup>. N'ayant pas été suivie dans un premier temps par le législateur, elle créa elle-même le droit en refusant d'appliquer un article. Finalement l'article 10, 2° de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 supprime l'alinéa litigieux.

**249 – La doctrine de la Cour de cassation** – On peut également rattacher l'autonomie de la jurisprudence à « *la doctrine de la Cour de cassation* ». En effet, la jurisprudence n'hésite pas à faire appel à elle, affirmant principes et règles. Il en est ainsi dans l'arrêt du 9 juillet 2002<sup>733</sup> de la saga Chronopost dans lequel elle décide « *que la cour d'appel, qui s'est bornée à appliquer la doctrine de la Cour de Cassation, n'a pas encouru le grief du moyen ; que celui-ci est irrecevable* ». Cette expression est d'abord apparue le 8 novembre 1988<sup>734</sup> dans deux arrêts liés. Dans le premier arrêt, la demande formée par des salariés contre le cédant d'une entreprise est rejetée car il a été estimé que la même activité poursuivie sans interruption

---

<sup>731</sup> V. en ce sens, S. BELAID, « Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge », LGDJ, 1974, cité in J-L. SOURIOUX, « Sources du droit en droit privé », *Sources du droit, Arch. Philo. Dr.*, T. 27, éd., Sirey 1982, p. 33 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 329.

<sup>732</sup> Cass. crim., 6 mai 1997, n° pourvoi : 96-83512, *Bull. crim.*, 1997, n° 170 p. 566 : « *n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la disposition de l'article 546, dernier alinéa, du Code de procédure pénale qui réserve au seul procureur général un droit d'appel contre certains jugements rendus en matière de police, dans des hypothèses où ce même droit est refusé au prévenu ainsi qu'à l'officier du ministère public et au procureur de la République* ».

<sup>733</sup> Cass. com., 9 juillet 2002, n° pourvoi : 99. 12554, *Bull.* 2002, IV, n° 121 p. 129.

<sup>734</sup> Cass. soc., 8 novembre 1998, n° pourvoi : 88-41348 et 88-41353, *Bull.* 1988, V, n° 571, p. 367.

opère les transferts des contrats d'un employeur à l'autre. Dans le second arrêt, la demande formée contre le cessionnaire a été rejetée car les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail<sup>735</sup> ne reçoivent application qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur et la seule perte d'un marché ne constitue pas une telle modification. Les deux arrêts apparaissant contradictoires et « *le second arrêt étant conforme à la doctrine de la Cour de cassation* », les juges de la Haute cour ont estimé qu'il convenait d'annuler le premier arrêt. La formule s'est par la suite généralisée. Et, en plus de s'autoproclamer comme source de droit, par son autorité, elle censure les arrêts qui vont à l'encontre de sa doctrine ; de ce fait, elle édifie sa jurisprudence et sa doctrine en leur donnant une force comparable à une norme législative. Un auteur souligne d'ailleurs que « *dès lors qu'une décision de la Cour de cassation est reconnue par les juridictions inférieures comme une ligne à suivre, elle a un effet normatif. Dès lors que cette décision instaure l'unité de la jurisprudence, et s'impose par l'autorité morale et hiérarchique de son auteur, elle devient norme. L'effet normatif donne une efficacité erga omnes à la solution de droit que contiennent certains arrêts des cours supérieures et concrétise la fonction unificatrice de la Cour de cassation* »<sup>736</sup>.

Dernièrement la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière<sup>737</sup> a dû répondre à la question de la recevabilité d'un moyen par lequel il était reproché à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie. Elle a alors décidé qu'il était impossible de former un pourvoi contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de renvoi qui s'était conformé à la doctrine de la Cour de cassation. Dans les faits, un syndicat (SIAH) avait régulièrement acquis par voie d'expropriation une partie du terrain appartenant à une autre société (SADIM) dans le cadre d'un programme de construction de bassins de retenue des eaux pluviales sur le cours des rivières mais il a également construit sur une autre partie du terrain, non concernée par l'expropriation, un canal de dérivation des eaux de la rivière. La Cour d'appel de renvoi avait alors constaté l'existence d'une voie de fait et ordonné en

---

<sup>735</sup> « *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

<sup>736</sup> CH. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994, I., 3776 .

<sup>737</sup> Cass. Ass. Plén., 19 juin 2015, n° pourvoi : 13-19.582. C'est une confirmation d'une jurisprudence plus ancienne : Cass. Ass. Plén., 9 juillet 1993, n° pourvoi : 89-19.211 dans lequel il a été décidé que lorsque la juridiction de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, le moyen qui appelle la Cour de Cassation à revenir sur ce qu'elle avait décidé dans son précédent arrêt est irrecevable. Il en est ainsi lorsque la juridiction de renvoi a jugé, conformément à l'arrêt de cassation, qu'aucun créancier ayant produit à une procédure collective n'est recevable à agir contre un tiers à raison du préjudice constitué par l'insuffisance des répartitions ou des dividendes, dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers a agi contre le tiers fautif.

conséquence sous astreinte la démolition du canal, la remise en état des lieux et condamné la SIAH au paiement de dommages-intérêts. Se fondant sur la motivation d'une décision du Tribunal des conflits rendue dans une autre instance dans l'intervalle entre la saisine de la Haute cour et le pourvoi, la SIAH fait plusieurs griefs à la Cour qui décide que « *le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable* ».

**250 – Obligation de motivation** – L'obligation de motivation résulte d'un long processus. Sous l'ancien droit, la non motivation caractérisait les décisions des parlements qui voyaient en elle un moyen d'indépendance et leur permettait de ne pas être liés par leurs décisions précédentes. En 1788, un édit posa comme principe que tous les arrêts rendus en matière criminelle devaient énoncer et qualifier les crimes et délits<sup>738</sup>. La période révolutionnaire poursuivra cette œuvre : l'article 15 de la loi des 16-24 août 1790 institua l'obligation de motivation pour les juges d'appel, l'article 208 de la Constitution du 5 fructidor an III étendit cette obligation et contraignit les juges à viser les dispositions légales, et la loi du 20 avril 1810 prévint la nullité de tous les arrêts qui ne contiendraient pas de motifs. C'est aujourd'hui l'article 455 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile qui dispose que « *le jugement doit être motivé* ». Si l'obligation de motivation fut conçue à l'origine comme un instrument de contrôle du juge par le législateur pour vérifier son obéissance à la loi, la motivation est devenue par la suite un outil utile au juge pour asseoir son rôle créateur. En effet, un auteur<sup>739</sup> note que la motivation engendre du droit : « *à mesure que le motif de droit ainsi conçu est répété en jurisprudence, il devient une formule de style recouvrant une véritable règle. La constance et l'imitation édifient ainsi le droit jurisprudentiel selon un processus sédimentaire universel* »<sup>740</sup>. La motivation permet ainsi de comprendre le corps de pensée de la jurisprudence<sup>741</sup>. Il faut souligner que si la jurisprudence poursuit une fonction individuelle avec l'autorité de la chose jugée, elle poursuit dans la même mesure une fonction généralisante et pédagogique. Elle « *donne la leçon* »<sup>742</sup>.

---

<sup>738</sup> V. L. CORBION CONDE, « La prohibition des arrêts de règlements, le mode juridictionnel », *J.-Cl. civ.* article 5, LexisNexis, 30 juin 2008, spéc. n° 15.

<sup>739</sup> MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 361, p. 336.

<sup>740</sup> *Ibid.*,

<sup>741</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 219, p. 245.

<sup>742</sup> P. BELLET, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RID Comp.*, 1980 n° 2, p. 296 cité par J.-L. SOURIOUX in « Sources du droit en droit privé », *Sources du droit, Arch. Philo. Dr.*, T. 27, éd., Sirey 1982, p. 33.

**251 – Légitimité d'une source autonome autoproclamée** – Il est permis de douter de la légitimité d'une source qui se revendique comme telle, néanmoins, un auteur note qu'il en est de même pour la loi : « *comment la loi peut-elle être placée au-dessus des hommes alors qu'elle est leur œuvre ? En réalité, la loi (...) proclame sa nature de source du droit sans autre justification. La seule justification envisageable est négative, à savoir que la loi demeure une source du droit tant que les citoyens ne renversent pas le souverain doté du pouvoir constituant* »<sup>743</sup>. Il en est de même pour la jurisprudence, elle demeure une source de droit tant que le législateur n'a pas cassé la jurisprudence.

## **B. Les revirements de jurisprudence**

**252 – Généralités** – La question des revirements rétroactifs étaye, de façon plus ou moins convaincante, la preuve que la jurisprudence n'est qu'une simple autorité de droit. Des revirements plus atypiques seront étudiés car ils vont souligner, au contraire, le rôle créateur de la jurisprudence.

**253 – Le revirement pour l'avenir ou prospectif** – Certaines juridictions, dont la Cour de cassation, restreignent dans le temps la portée d'un arrêt. Il est alors question de revirement pour l'avenir<sup>744</sup> ou de revirement prospectif. Cette technique n'allait pourtant pas de soi puisque la Haute cour encourageait auparavant à une rétroactivité absolue de sa jurisprudence. En atteste l'arrêt rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile le 09 octobre 2001<sup>745</sup> : « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ». Il a été ainsi estimé qu'un médecin engage sa responsabilité pour manquement à son devoir d'information alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'il ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels. La dissidence s'opère par un arrêt de la 2<sup>ème</sup> chambre civile du 08 juillet 2004<sup>746</sup> dans lequel les juges accomplissent un revirement en repoussant toutefois les effets à l'avenir uniquement car « *l'application immédiate de cette règle nouvelle de prescription dans l'instance en cours, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, aboutirait à priver la victime d'un procès* ».

---

<sup>743</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, *op. cit.*, p. 318, n° 346.

<sup>744</sup> CH. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994, I., 3776 ; P. MORVAN, « Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Dalloz*, 2005, chr. 247 ; N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.

<sup>745</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 09 octobre 2001, n° pourvoi : 00-14564, *Bull.* 2001. I. n° 249, p. 157.

<sup>746</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° pourvoi : 01-10426, *Bull.* 2004, II, n° 387, p. 323.

équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Cette technique est aujourd'hui admise, en droit commercial<sup>747</sup>, en droit pénal<sup>748</sup> et fait l'objet d'une acclimatation<sup>749</sup> par toutes les chambres. Cette modulation dans le temps des effets d'un arrêt rappelle alors le principe de non rétroactivité touchant les actes normatifs, comme le confirment les articles 2 du Code civil<sup>750</sup> et 8 de la DDHC<sup>751</sup>. Le revirement pour l'avenir souligne alors le pouvoir créateur de la jurisprudence en ce sens qu'il est un instrument de réforme du droit, comme les actes normatifs, il n'a pas d'effet rétroactif.

**254 – Le revirement rétrospectif ou d'anticipation**<sup>752</sup> – Lorsque le législateur prévoit l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, le juge reste soumis à l'application de la loi ancienne pour les litiges qui relèvent de son champ d'application. En conséquence, une inégalité de traitement surgira inévitablement entre les situations soumises à la loi ancienne et celles à la loi nouvelle. Pour remédier à cette iniquité, le juge pourra, selon un auteur, réputer la loi nouvelle d'ordre public qui sera alors d'application immédiate pour les situations antérieures ou bien qualifier la loi d'interprétative. Mais encore, le juge pourra procéder à un revirement d'anticipation c'est-à-dire lire la loi ancienne à la lumière de la loi nouvelle. L'exemple le plus célèbre fut la décision rendue en Assemblée Plénière, le 09 juillet 1982<sup>753</sup> dans laquelle fut

---

<sup>747</sup> Cass. com., 13 novembre 2007, n° pourvoi :05-13.248, *Bull.* 2007, IV, n° 243 : « *mais attendu que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge ; Attendu qu'il n'y a donc pas lieu de faire une application immédiate de cette règle d'irrecevabilité au pourvoi en cassation formé par M. Y..., ès qualités, même si celui-ci n'a pas remis au greffe, dans le délai du dépôt du mémoire ampliatif, un acte de signification de l'arrêt attaqué, alors que cette décision déclarant irrecevable son action en annulation de paiements faits durant la période suspecte, n'est pas au nombre de celles énumérées aux articles 160 et 170, alinéa 1<sup>er</sup> du décret du 27 décembre 1985* ».

<sup>748</sup> Cass. crim., 19 octobre 2010, n° : 10-83306 ; 10-83902 ; 10-83051. Dans le premier arrêt, les juges retiennent qu'il est fait exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque la chambre de l'instruction, qui pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, énonce que la personne gardée à vue a bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer. Toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice. Ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

<sup>749</sup> Pour comprendre la méthodologie d'un revirement pour l'avenir, V. P. MORVAN, « Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Dalloz*, 2005, chr. 247 ; P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 352, p. 324.

<sup>750</sup> « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

<sup>751</sup> « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

<sup>752</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 353, p. 325.

<sup>753</sup> Cass. Ass. Plén., 09 juillet 1982, n° pourvoi : 80-17084, *Bull. des arrêts de la Cour de cassation Assemblée*

décidé que « l'article 334-8 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juin 1982, énumère seulement les cas dans lesquels l'acte juridique de reconnaissance ou les actions contentieuses engagées ont pour effet d'établir, en droit, directement ou indirectement, le lien de filiation naturelle ». Les juges estiment alors qu'il n'y a pas obstacle à la constatation, en vertu de l'article 311-3 du même Code, de la possession d'état d'enfant naturel, fondée sur des éléments de pur fait, d'où résulte une présomption légale, commune aux filiations légitime et naturelle, instituée par les articles 311-1 et 311-2 du Code civil. Cette technique démontre alors le pouvoir créateur du juge et surtout son pouvoir de combattre le sens d'un texte législatif.

### C. Le pouvoir créateur et réformateur de la jurisprudence

**255 – Interprétation des lois civiles, acte littéral ou créateur de droit ? –**  
L'interprétation<sup>754</sup>, qui est l'action d'expliquer un texte, de lui donner un sens consiste à rechercher une signification au texte et à lui donner une direction<sup>755</sup>. L'interprétation des lois civiles par le juge judiciaire peut tout d'abord être conçue comme un acte littéral si l'on retient la loi comme source exclusive du droit ; la jurisprudence ne serait alors qu'une autorité du droit. En atteste la citation suivante : « en théorie, l'interprétation c'est l'explication de la loi, interpréter, c'est découvrir, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile ; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas (...) meilleures ou moins bonnes ; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement, elle ne serait plus de l'interprétation »<sup>756</sup>. Eu égard au mythe de la perfection de la loi, le juge ne ferait qu'appliquer la loi, sans rien ajouter. Ce mythe a montré ses limites et l'histoire du XX<sup>ème</sup> siècle a prouvé que la loi n'était pas infaillible. Il est depuis des décennies admis que la loi ne saurait être univoque et complète ce qui explique pourquoi la jurisprudence fait de plus en plus œuvre créatrice. Le mythe du positivisme légaliste ayant été fortement ébranlé, le juge est appelé sans cesse à un travail de

---

Plénière, n° 4.

<sup>754</sup> L'interprétation dans le droit, Arch. Philo. Dr. T. XVII, Sirey, 1972 ; PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit, op.cit.* ; L. CORBION CONDE, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *J-Cl. civ.* article 4, LexisNexis, 1<sup>er</sup> septembre 2013.

<sup>755</sup> V. H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 409, spéc. p. 416. L'auteur note que dans l'une des acceptions du mot sens, « il s'agit d'une signification : un terme ou une proposition sont les signes d'une pensée qu'ils transmettent plus ou moins heureusement ; dans une seconde acception, le sens indique une direction à suivre. De même une norme exprime une pensée mais en vue d'une direction à suivre ».

<sup>756</sup> CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. I, 2<sup>ème</sup> éd., 1860, n° 115 cité par PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 416, p. 382.

connaissance, d'exploration, de compréhension et de formulation. La règle de droit n'est pas uniquement quelque chose qu'il hérite, c'est une chose qu'il lui appartient de faire vivre par son interprétation. A cet égard, il exerce son rôle créateur.

**256 – Interprétation normative** – L'interprétation est devenue un moyen pour le juge de compléter l'œuvre du législateur. En ce sens, la jurisprudence apparaît comme une source secondaire du droit. Rappelons toutefois que l'interprétation normative du juge peut toujours être désavouée par le constituant ou législateur puisqu'elle reste soumise à la hiérarchie des organes.

**257 – Etendue de son devoir d'interprétation** – L'article 4 du Code civil interdit tout d'abord au juge de refuser de juger en raison du silence ou de l'insuffisance de la loi. Une question se pose alors: est-ce toujours de l'interprétation quand le législateur ne s'est pas exprimé sur un point de droit, le juge ne fait-il pas plutôt œuvre de création dans cette hypothèse ? En réalité, une fois le vide législatif constaté, le juge doit dégager une interprétation par voie de doctrine, qui « *consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés (car) sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge ?* »<sup>757</sup>. Ensuite, le juge ne peut refuser de juger sous prétexte de l'obscurité de la loi<sup>758</sup>. Le magistrat doit œuvrer à interpréter le texte pour dégager et clarifier son sens. Quelle que soit la situation, le juge doit œuvrer à l'application du droit, la question des lacunes ne se pose pas réellement car *via* l'article 4 du Code civil, le système juridique a prévu qu'une solution se trouvait nécessairement en puissance pour tout problème de droit : si le législateur ne l'a pas prévue, le juge palliera.

**258 – Méthodes d'interprétation des lois civiles** – Les différentes méthodes d'interprétation des lois civiles ont été pendant un temps envisagées pour être incluses dans le titre préliminaire. Portalis distinguait ainsi deux méthodes : l'interprétation par voie de doctrine et l'interprétation par voie d'autorité, cette dernière étant interdite au juge. De fait, il estimait que : « *lorsque la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en*

---

<sup>757</sup> J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*.

<sup>758</sup> L. BORE, « L'obscurité de la loi », *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 27.

*approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* »<sup>759</sup>. L'inscription a été abandonnée dans le Code civil pour permettre l'adoption de l'article 4. L'examen du droit positif permet de constater que selon les enjeux, les juges ont recours à des méthodes diverses et variées s'inscrivant tantôt dans un acte interprétatif tantôt dans un acte créateur. Il est recensé ainsi à côté des arguments de logique juridique<sup>760</sup> (*a pari, a fortiori, a contrario, exceptio est strictissimae interpretationis*), des maximes juridiques<sup>761</sup> (*generalia specialibus non derogant* par exemple) et des techniques d'interprétation diverses. Dans l'ordre herméneutique, la méthode exégétique a d'abord eu l'honneur de suivre l'introduction du Code civil et a été largement mise en œuvre au XIX<sup>ème</sup> siècle. Ainsi, pour découvrir la règle applicable, il était nécessaire de dégager le sens du texte donné par le législateur et si ce dernier était obscur ou incomplet, il convenait alors de rechercher quelle aurait été la volonté du législateur si le point de droit litigieux avait été porté à son attention. Dans cette recherche de la volonté du législateur, divers moyens étaient invocables : se référer aux précédents historiques, travaux préparatoires, exposés des motifs des projets de lois, couplé à des moyens de logique avec les fameux arguments de logique juridique. Par la suite, la méthode exégétique a connu une crise. La dénonciation de la méthode s'est illustrée dans le très célèbre ouvrage, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de F. GENY, qui soulignait le mythe de la perfection de la loi et les excès produits, notamment avec la multiplication des abstractions. L'auteur signala à cette occasion qu'il s'agissait d'une erreur que de croire que le législateur avait pu tout prévoir. À partir de cette époque, diverses méthodes sont encouragées pour certes, trouver la volonté du législateur lorsqu'un texte existe, mais aussi pour dégager une solution lorsque la question n'aura pas été réglée. GENY traduit ce mouvement par la *libre recherche scientifique* qu'il s'emploiera à développer dans *Sciences et techniques en droit privé positif*. Mais force est de constater que les juges ne se sont pas complètement libérés du carcan posé par la mystique du législateur<sup>762</sup> et ont multiplié les méthodes d'interprétation : grammaticale<sup>763</sup>, logique, psychologique<sup>764</sup>, historique et

---

<sup>759</sup> J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*.

<sup>760</sup> S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, DL 2013, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2012, PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012.

<sup>761</sup> *Ibid.*

<sup>762</sup> On pense notamment au phénomène de « l'inflation législative » déjà décrit par le Doyen CARBONNIER dans *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. forum, 2006, spéc. p. 107 à 114, mais aussi à l'expression plus récente de « densification normative ». V. sur ce dernier point, C. THIBIERGE, « La densification normative, découverte d'un processus », *Dalloz*, 10/04/2014, p. 834.

<sup>763</sup> Parce que l'interprétation prend appui sur un texte.

<sup>764</sup> Avec la recherche de la volonté des auteurs du texte.

évolutive<sup>765</sup>, téléologique<sup>766</sup>.

**259 – Parallèle avec les méthodes d'interprétation des conventions** – D'ailleurs, s'agissant cette fois de l'interprétation des conventions, ces différentes méthodes se retrouvent aux articles 1156 à 1162 du Code civil. En effet, deux méthodes sont possibles : la première est dite subjective : elle est directement inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté qui fait alors du juge, le simple serviteur de la volonté des parties. Interpréter, c'est rechercher qu'elle a été la commune intention des parties en dépassant la lettre du contrat pour déterminer ce qui a été effectivement désiré par les parties. La seconde est dite objective : elle s'est développée en critique à la première méthode car il se révèle parfois artificiel et vain de rechercher la commune intention des parties car elle est en réalité bien souvent inexistante. Chacune des parties donne au contrat le sens qui lui est le plus favorable. La méthode objective consiste alors à interpréter le contrat en faisant appel à la bonne foi, à l'équité contractuelle et aux usages. Les juges du fond utilisent ces méthodes de manière complémentaire. Il est à noter que les articles 1156 et suivants du Code civil constituent des conseils donnés aux magistrats pour interpréter le contrat mais qu'ils n'ont aucune valeur impérative. L'article 1156 pose ainsi la base de l'interprétation subjective invitant les juges à rechercher la véritable volonté des parties. Les articles 1157 (interprétation dans un sens permettant de donner un effet au contrat), 1158 (interprétation dans le sens convenant le mieux à la matière du contrat), et 1161 (interprétation des clauses les unes par rapport aux autres) sont alors des prolongements de l'interprétation subjective. Au contraire, les articles 1159 (interprétation par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé) et 1162 (interpréter le contrat en faveur du débiteur) marquent un glissement vers une interprétation plus objective. Parce que le contrat est une loi particulière<sup>767</sup>, son contrôle appartient aux juges du fond et échappe sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation.

**260 – La jurisprudence comme supplément prétorien** – La jurisprudence évolue entre ses actes simplement interprétatifs et ses actes créateurs. C'est ainsi que devant la carence du

---

<sup>765</sup> Le droit étant une création sociale, une traduction provisoire d'une règle, la loi peut donc acquérir un sens nouveau pour s'adapter aux exigences économiques, politiques, sociales.

<sup>766</sup> Interprétation reposant sur la recherche de la finalité de la règle, de son but social. Dans les faits, elle conduit souvent à privilégier l'esprit sur la lettre du texte. L'interprétation téléologique a pris une importance assez forte ces dernières années avec le recours aux *objectifs de la loi* comme l'attestent les différents travaux qui suivent : *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Trav. Asso. Intern. de méthodologie juridique, Bruxelles, 1990 ; J.-P. RICHARD, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », *RRJ*, 1989-4, pp. 785-851.

<sup>767</sup> V. Article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil

législateur, des pans entiers du droit ont été créés par le juge. Cette mission de complément du droit s'est développée au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle et la jurisprudence judiciaire est devenue une force créatrice en de nombreux domaines, par exemple, des théories comme celles de l'enrichissement sans cause<sup>768</sup> et la responsabilité du fait des choses<sup>769</sup> sont nées du travail formidable des juges.

**261 – La jurisprudence réformatrice** – Le rôle créateur et réformateur de la jurisprudence est mis en lumière particulièrement avec la jurisprudence *contra legem*. Deux exemples l'illustreront. La jurisprudence a créé des régimes de responsabilité sans faute avec la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées<sup>770</sup> et les troubles anormaux de voisinage<sup>771</sup> pour mettre fin à l'hégémonie de l'article 1382 du Code civil. Autre témoignage avec les clauses abusives. La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 prévoyait à l'origine que le juge aurait le pouvoir de caractériser, espèce par espèce, les clauses abusives. Finalement une telle clause ne pouvait réputer l'être que si elle avait été déclarée telle par décret. Or les gouvernements étant restés plutôt silencieux, la Cour de cassation reconnut aux juges le pouvoir de déclarer abusives de telles clauses<sup>772</sup>. De telles jurisprudences *contra legem* permettent ainsi de constater le rôle réformateur du juge et dessinent la jurisprudence comme une source réelle et pragmatique du droit dans un contexte de pluralisme des sources.

**262 – La jurisprudence ayant une portée normative** – Il convient de rappeler que la jurisprudence n'a pas de mission normative mais juridictionnelle : « *elle tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »<sup>773</sup>. Pourtant il ne peut être nié que les décisions rendues par la jurisprudence et plus précisément par la Cour de cassation, ont une portée normative : certes « *la disposition générale ainsi adoptée ne s'impose pas constitutionnellement aux autres juges, ni même aux justiciables. Mais la constance de la Cour de cassation implique un risque de censure, et ce risque de censure conduit les juges du fond à se conformer, pour l'essentiel, à ladite proposition générale. Par suite, les conseils des*

---

<sup>768</sup> V. Cass. req., 15 juin 1892, *Boudier*; DP 1892. 596, S. 1893.1.281, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, n° 239.

<sup>769</sup> F. LEDUC et alii, *La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997. V. Cass. Req., 30 mars 1897, S. 1898.1.71. Cass. Chambres réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.1.57, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, n° 199.

<sup>770</sup> Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, DP 1897, I, 433; S. 1897, I, 17

<sup>771</sup> Cass. civ., 27 novembre 1844, DP 1845, I, 13 ; S. 1844, I, 811, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.1, n° 79-80.

<sup>772</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, n° pourvoi : 89-20999, *Bull.* 1991. I. n° 153, p. 101.

<sup>773</sup> Article 12 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile.

*justiciables auront, eux aussi, tendance à s'y fier, de même que, par suite encore, les justiciables eux-mêmes* »<sup>774</sup>. Ainsi, par un phénomène de contagion, la position de la Cour de cassation propage ses règles énoncées aux cours inférieures qui les transmettent aux professionnels du droit puis aux justiciables. En somme, la jurisprudence n'a pas d'effet normatif mais la Cour de cassation donne une portée normative à ses décisions<sup>775</sup>.

**263 – Conclusion** – Mais est-ce vraiment le grand soir de la conception classique de la jurisprudence conçue comme une simple autorité du droit ? Ce n'est pas certain, en atteste le principe de la séparation des pouvoirs qui demeure matriciel, en cela la jurisprudence doit être motivée, les arrêts de règlement sont toujours prohibés, la loi peut toujours casser une jurisprudence. La jurisprudence n'est donc pas le législateur, il lui est toujours interdit de créer une norme en la forme et à la manière du législateur. En conséquence, la jurisprudence apparaît comme « *une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit* »<sup>776</sup>. Le droit est aujourd'hui pluraliste, à côté de la source formelle qu'est la loi, transitent d'autres sources puissantes, appelées les « *forces créatrices du droit* »<sup>777</sup>. Parmi elles, la jurisprudence fait partie des sources réelles et vivantes du droit. Elle est là, existante, œuvrant à l'application de la loi et créant du droit. Les sources du droit sont aujourd'hui plurales et hétérogènes. Pourtant, la jurisprudence apparaît, semble-t-il, comme une source de droit inavouable. Il lui est reconnu un certain pouvoir créateur notamment lorsque la loi se révèle ambiguë, contradictoire, insuffisante ou lacunaire (article 4 du Code civil). Mais force est de constater que la loi reste une source de droit inégalée ; notre système juridique reposant encore sur un légicentrisme appuyé même si ce dernier n'est plus fondé sur une assise moniste, les sources sont actuellement plurales et diversifiées. Le législateur délègue ainsi de jour en jour sa puissance législative comme en atteste le développement du « *soft law* »<sup>778</sup> qui accompagne le

---

<sup>774</sup> B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378.

<sup>775</sup> V. les débats sur la fonction normative de la Cour de cassation : certains auteurs nient sa fonction normative qui ne serait « *qu'une activité secondaire de son activité essentielle, à vrai dire unique, son activité juridictionnelle* », B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », art. précité. Ce ne serait donc pas une fonction propre à la Cour de cassation mais une fonction inséparable de la fonction juridictionnelle – V. en sens contraire, CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641 : « *la Cour de cassation a été conçue comme le bras armé de la loi contre les juges. La Cour exerce plus une fonction de nature quasi législative que juridictionnelle* ».

<sup>776</sup> PH. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Deffrénois*, 2006, art. 38352.

<sup>777</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1955. II. L'auteur a étudié « *l'influence des préceptes de la morale chrétienne, la force du nombre dans la démocratie, la défense des intérêts dans une société capitaliste, les dangers de l'abandon des principes traditionnels (...) il serait paradoxal de dire que notre droit n'a pas changé et vain de déclarer qu'il ne devait pas changer ; mais on peut affirmer que sa stabilité est nécessaire et que sa transformation n'est pas fatale* ».

<sup>778</sup> V. l'étude annuelle 2013 du Conseil d'état consacrée au *droit souple*, à la documentation française ; H.

droit dur : déontologie, autorités administratives indépendantes, convention de travail, usages... D'une séparation stricte des pouvoirs, se produit un transfert d'une partie de la compétence législative. Ainsi en est-il avec l'éventuelle introduction de principes directeurs en droit des contrats puisque le législateur déléguerait une partie de ses pouvoirs.

---

PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », *JCP administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.



## SECTION II. LA RECONNAISSANCE DE LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DE DROIT EN MATIERE CONTRACTUELLE

---

**264 – Les principes directeurs et la technique législative de la délégation** – La technique législative se définit comme « *l'art de faire des lois* »<sup>779</sup> et a pour objet de définir les directives générales nécessaires à la formulation des textes de droit et des règles juridiques. Le législateur doit faire un choix : « *ou déterminer l'objet de la régulation juridique aussi strictement que possible, ou déléguer cette détermination aux personnes appliquant ou servant le droit* »<sup>780</sup>. La première branche de l'option vise une séparation stricte des pouvoirs, le législateur prévoit alors la formulation la plus précise possible, la seconde branche, au contraire, privilégie un partage du travail entre le législateur et le juge. Le législateur, dans cette hypothèse, « *délègue une partie de ses compétences car il ne voit pas la nécessité, ni la possibilité de régler de manière stricte tous les cas a priori, en détail alors qu'on peut mieux le faire cas par cas* »<sup>781</sup>. Il ne cède pas ses pouvoirs, il guide les organes qui appliquent le droit dans le processus de l'application de la norme. C'est le cas lorsque le législateur a recours aux principes directeurs : « *au législateur le souci de l'intérêt général, la détermination de la règle de principe ; aux groupes particuliers l'adaptation aux besoins spécifiques ressentis, la fixation précise de l'étendue de l'obligation* »<sup>782</sup>.

Actuellement, si des critiques s'élèvent contre une indigestion législative<sup>783</sup>, le recours à la technique de la délégation *via* des principes directeurs peut être un remède à la maladie. L'introduction de principes directeurs revient alors à un transfert de compétence du législateur au juge et traduit l'intention du législateur de déléguer le soin d'attribuer un contenu à la norme par référence à ce que l'interprète retiendra au cas par cas. Par ce biais, le législateur laisse la plus grande part de création du droit à l'interprète, c'est-à-dire le juge, qui n'est pas, pour autant, le seul auteur de la norme. Une question reste posée : la jurisprudence ne devient-elle pas une source de droit avouée et avouable par cette délégation de compétence ? En effet, si les principes directeurs du droit des contrats venaient à être consacrés, le juge devrait alors interpréter les situations juridiques données au prisme des principes directeurs et

---

<sup>779</sup> V° « Législative (technique) » in *vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., janvier 2014.

<sup>780</sup> J. WROBLEWSKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ-4*, 1988, p. 848.

<sup>781</sup> *Ibid.*, V. spéc. p. 860, n° 12.

<sup>782</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 402, n° 401.

<sup>783</sup> R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. 43.

il aurait également la possibilité de créer des normes pour régler le problème posé par les faits donnés. En réalité, la suprématie légale demeurerait puisque le pouvoir délégué de la jurisprudence est réceptionné<sup>784</sup>. Le législateur n'abandonne pas son pouvoir, il en délègue simplement une partie. De plus, le pouvoir créateur reconnu à l'interprète ne s'apparente pas à un pouvoir législatif, il ne crée pas en « la forme de ». Ainsi compris, on serait face à une coordination entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Il convient d'ailleurs de souligner que cette collaboration serait plus remarquable dans cette matière de droit substantiel en comparaison de celle induite par les principes directeurs du procès car les pouvoirs du juge en procédure civile constituent davantage son office. En procédure pénale, eu égard au principe de l'interprétation stricte des lois pénales, le pouvoir créateur du juge existe mais son rôle apparaît amoindri.

Un autre argument plaide pour la reconnaissance du pouvoir créateur de normes de la jurisprudence : par l'application des règles de droit, les juges créent une norme juridique individuelle. On pourrait rétorquer que le magistrat ne fait « qu'appliquer le droit » qu'il « dit le droit » lui reconnaissant alors une simple fonction déclarative. Or « *la norme supérieure que le juge applique ne lui est pas donnée. C'est à lui qu'il appartient de la créer. En effet, ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification*<sup>785</sup> ». C'est le juge qui crée une norme juridique individuelle en appliquant un texte, la norme se crée par la signification que le juge donne au texte législatif. Dès lors, en usant des principes directeurs du droit des contrats, le juge créerait des normes juridiques individuelles. La jurisprudence se verrait reconnaître, *via* les principes directeurs, un pouvoir créateur. Néanmoins le juge ne serait pas le seul créateur de la norme, il ne pourrait toujours pas créer en la forme du législateur. Ce dernier ne lui transmettrait qu'une partie de ses compétences, il le guiderait dans l'application de la norme, à charge pour le juge de déterminer *a posteriori* le contenu et l'étendue de la norme. Par ailleurs le pouvoir normatif du juge serait limité.

**265 – Les limites au pouvoir normatif reconnu au juge** – Le juge devrait interpréter les principes directeurs consacrés par le législateur. Or dans son rôle d'interprétation, il est limité. Les Professeurs OST et VAN DE KERCHOVE opèrent un rapprochement entre

---

<sup>784</sup> P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 404, n° 403.

<sup>785</sup> M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire? », *Pouvoirs* 1981, n° 16, p. 9

l'interprétation et le jeu<sup>786</sup>.

À cet égard, ils notent que « *le jeu n'existe qu'en fonction, d'une part, d'un mécanisme ou d'un cadre contraignant et limitatif et, d'autre part, d'une certaine latitude ou liberté de mouvement à l'intérieur de ces limites* »<sup>787</sup>. Le jeu réside alors dans une tension entre ces deux pôles, ce qui se retrouve dans l'interprétation judiciaire qui est « *un jeu régi par des règles spécifiques* »<sup>788</sup> mais qui reste « *ouvert à une certaine liberté de l'interprète où la subjectivité, la fantaisie, voire l'arbitraire, a priori, ne sont pas nécessairement absents* »<sup>789</sup>.

S'agissant de son cadre limitatif, contraignant, figurent dans une première catégorie de règles, celles qui ont trait à l'activité juridictionnelle en général comme l'interdiction de se prononcer par voie de règlement, le refus et la sanction du déni de justice, l'obligation de motiver le jugement. Dans une deuxième catégorie de règles, est présente l'activité interprétative. Par exemple, une loi claire ne doit pas être interprétée mais simplement appliquée. Dans une troisième catégorie de règles, apparaissent celles qui donnent des directives d'ordre méthodologique (méthode exégétique, adages interprétatifs etc.).

Quant à la reconnaissance d'une liberté de mouvement dans le jeu de l'interprétation judiciaire, telle qu'elle se manifeste dans le pouvoir de réforme du juge et de son rôle créateur, les auteurs soulignent toutefois que la participation à ce jeu ne peut se concevoir que lorsque les participants adhèrent au « but du jeu » et à « l'esprit du jeu ». L'interprétation est un jeu collectif particulièrement encadré. Même en présence d'un énoncé textuel indéterminé, l'interprète doit respecter certaines règles : le sens du texte dépend d'un contexte composé d'éléments linguistiques, systémiques et fonctionnels<sup>790</sup>. Ainsi parmi les différentes interprétations possibles, le juge doit préférer celle qui améliorera l'œuvre en cours de création<sup>791</sup>. Par ailleurs le juge ne peut effectuer son travail que s'il l'exerce de façon acceptable, en donnant une motivation suffisante. Le juge n'est ni la simple « bouche de la

---

<sup>786</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *Arch. Philo. Dr.*, T. II : *Sources du droit*, éd., Sirey 1982, p. 395.

<sup>787</sup> *Op. cit.*, spéc. p. 404.

<sup>788</sup> *Ibid.*,

<sup>789</sup> *Op. Cit.*, spéc. p. 406.

<sup>790</sup> J. WROBLEWSKI, V. « interprétation juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1993, p. 199.

<sup>791</sup> V. la métaphore de R. DWORKIN sur le « roman à la chaîne » qui lui permet de comparer le romancier à un juge, in *L'empire du droit*, PUF, coll. Recherches politiques, 1994, pp. 251-252.

loi » ni l'excessif « gouvernement des juges »<sup>792</sup> ; c'est un entre-deux où lui est reconnu un pouvoir créateur mais limité.

**266 – Un débat renouvelé par l'introduction de principes directeurs du droit des contrats** – De la démonstration posée précédemment, il est apparu qu'aucune solution satisfaisante ne pouvait être trouvée : c'est une source de droit car la jurisprudence se voit conférer un pouvoir normatif mais ce n'est pas une source de droit autonome, elle est rattaché au pouvoir législatif qui lui délègue le pouvoir. Le champ d'action de la jurisprudence est limité. Le pouvoir légal reste tout puissant. À cet égard, la jurisprudence ne peut donc être assimilée aux autres sources que visent la loi et le règlement.

Mais la vraie question n'est pas réellement de savoir si elle est une source formelle ou non mais si le courant qui alimente cette source est créatrice de droit. La créativité renvoie aux questions d'imitation, de transposition, d'harmonisation mais aussi à l'invention et l'imagination. Or si la jurisprudence n'a pas d'effet normatif, la Cour de cassation donne malgré tout une portée normative à ses décisions et par un phénomène de contagion, propage ses règles énoncées aux cours inférieures qui les transmettent aux professionnels du droit puis aux justiciables. Il y a donc un effet d'imitation, de transposition et d'harmonisation. Par ailleurs, la jurisprudence se conçoit à la fois comme un supplément prétorien mais aussi comme réformatrice. Elle invente et innove. Avec les principes directeurs du droit des contrats, le législateur déléguerait une partie de ses compétences car il ne verrait pas la nécessité ou la possibilité de régler en détail les différentes situations alors qu'on pourrait mieux le faire au cas par cas. Le législateur ne céderait pas ses pouvoirs, il guiderait les organes qui appliquent le droit dans le processus de l'application de la norme. Par ce biais il laisserait la plus grande part de création du droit à l'interprète c'est-à-dire le juge. Législateur et juge seraient les deux auteurs de la norme. La jurisprudence en matière contractuelle deviendrait *de facto* une source avouée de création de droit sous le contrôle du législateur car le juge créerait une norme juridique individuelle en déterminant *a posteriori* le contenu et l'étendue de la norme. La jurisprudence contractuelle deviendrait alors une source de droit entendue comme l'ensemble des données juridiques agissant au stade de la genèse du droit (source formelle- processus de formation de la règle de droit) et de sa création (source d'inspiration et d'influence). En conséquence, si les sources du droit privé positif devaient

---

<sup>792</sup> V. en ce sens, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 165.

être schématisées, le modèle proposé par PH. MALAURIE et P. MORVAN<sup>793</sup> apparaît comme le plus opportun :

✚ Les sources de droit écrit :

- *Les normes supérieures à la loi* : Bloc de constitutionnalité, traités et conventions internationales (Convention européenne des droits de l'homme etc.)
- *La loi*
- *Le droit souple inférieur à la loi* en raison de sa subordination au législateur : circulaires, instructions, réponses ministérielles, avis des autorités administratives indépendantes, usage professionnel

✚ Les sources de droit non écrit :

- *La coutume*
- *La jurisprudence*
- *La doctrine*

**267 – Conclusion** – Si l'on entend dans « source du droit », l'ensemble des données juridiques agissant au stade de la genèse du droit, la jurisprudence apparaît bien, avec l'exemple des principes directeurs du droit des contrats, comme une source de droit. C'est une donnée juridique qui crée du droit même si elle ne semble pas à égalité avec la toute-puissance reconnue à la loi qui demeure une source du droit inégalée. Ainsi en renonçant à tenter d'embrasser toutes les hypothèses susceptibles de s'appliquer pour préférer fixer les maximes générales du droit des contrats et les principes féconds en conséquences, le législateur reconnaît la jurisprudence, en matière contractuelle, comme une source de droit avouable et comme acteur de la création du droit. L'édition de principes directeurs du droit des contrats poserait sa marque également sur la méthodologie des juges dans l'acte de juger.

---

<sup>793</sup> PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> édition, 2012



---

## CHAPITRE II : UN RENOUVELLEMENT DANS LA METHODOLOGIE DE L'ACTE DE JUGER

---

**268 – L'acte de juger et la méthode classique du syllogisme** – Selon la conception traditionnelle, le juge « *est celui qui réalise et réduit en acte les décisions abstraites de la loi ; qui, à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour étant applicable à ce fait, tire la conclusion d'un raisonnement et rend ainsi son jugement* »<sup>794</sup>. Fondé sur une logique aristotélicienne, « *le syllogisme est un discours dans lequel, certaines choses étant posées, quelque chose d'autre que ces données en découle nécessairement par le seul fait de ces données* »<sup>795</sup>. Le syllogisme met en rapport deux énoncés, appelés *prémises* (dites majeure et mineure), qui constituent des énoncés donnés pour vrais et qui permettront de dégager la *conclusion*. C'est un raisonnement déductif sous sa forme complète et régulière.

**269 – Le syllogisme comme modèle géométrique du droit** – L'influence du modèle géométrique ou logique sur la pensée juridique se manifeste dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle et une tentative est menée pour assimiler la décision du juge à un calcul scientifique et formel. C'est ainsi que Cesare BECCARIA dans son traité *Des délits et des peines* publié pour la première fois en 1764 propose une méthode d'interprétation des lois au paragraphe 4: « *en présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure, l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation. Si le juge fait volontairement ou par contrainte, ne fut-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude* ». L'auteur suggère de subsumer un fait particulier sous une règle générale et par là, il propose aux juges une nouvelle façon de prescrire pour rendre la justice, une direction unilatérale au raisonnement judiciaire : « *indiquer la loi, établir les faits, déduire la solution de rapprochement. Le syllogisme répercute ainsi la ligne de conduite, prescrite par le modèle géométrique, du général vers le particulier* »<sup>796</sup>. Avec cette proposition, BECCARIA offre une alternative à l'interprétation menée par les anciens<sup>797</sup> : « *là où les lois sont claires et précises, l'office du juge ne consiste*

---

<sup>794</sup> Mémoire présenté le 27 mars 1790 par DUPORT à l'Assemblée constituante, cité par C. CAMBIER, *Précis de droit judiciaire*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 56, reproduit in J. VAN COMPENOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *op. cit.*

<sup>795</sup> ARISTOTE, *Topiques*, I, 1, 100 a 25, *Premiers analytiques*, I, 1, 24b 18-20.

<sup>796</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, coll. Penser le droit, 3<sup>ème</sup> éd., DL 2011, spéc. p. 286, n° 135.

<sup>797</sup> Il est ici fait référence à la dialectique des anciens, à savoir, le modèle rhétorique de l'antiquité, le modèle

qu'à préciser les faits »<sup>798</sup>. L'acte de juger est assimilé à une opération purement logique et automatique. La Révolution française entérinera plus tard cette conception mécanique de la jurisprudence et étendra le syllogisme à toutes les matières juridiques.

**270 – Slot-machine theory**<sup>799</sup> – Dans cette logique géométrique, de rigueur, dans laquelle le jugement se réduit idéalement à un calcul, à une opération formelle, le juge peut parfois être conçu comme « *une ombre, un poseur de syllogismes, qui ne peut manquer de donner l'unique solution, qui ne peut se tromper que sciemment, intentionnellement ou par idiotie. Le juge produit la bonne solution comme la machine à sous délivre ses gadgets* »<sup>800</sup>. D'autres systèmes ont été développés dans la façon de juger. On retrouve ainsi la mise en balance des intérêts qui prend son essor avec les principes directeurs du droit des contrats. Cette technique s'appliquera dans deux situations : premièrement lorsque les principes directeurs devront être conciliés ensemble puisqu'à la différence des règles de droit qui fonctionnent sur un système binaire du « tout ou rien », les principes directeurs ne s'annihilent pas lorsqu'ils sont confrontés, ils doivent être lus ensemble et être conciliés ; deuxièmement lorsque l'un des principes directeurs se trouvera confronté à des libertés et droits fondamentaux. Les principes directeurs multiplieront ainsi le recours à la technique de la pesée des intérêts, favorisant un contrôle de proportionnalité privatisé et encourageant les juges vers un renouveau dans l'acte de juger. Il sera nécessaire de revenir succinctement sur la méthode classique de la façon de juger (*Section I*) avant d'observer les révolutions induites par les principes directeurs du droit des contrats qui favoriseront le développement de la pesée globale des intérêts (*Section II*).

---

biblique et le modèle scolastique. V. en ce sens B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation de la raison juridique*, *op. cit.*

<sup>798</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, paragraphe 14.

<sup>799</sup> L'expression est rapportée par Glendon SCHUBERT, dans l'article « Judiciary » de l'*International Encyclopedia of the Social Sciences*, David L. SILLS (ed), New York, The MacMillan Co. and the Free Press, 1968, vol. 8, p. 308 citée par F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°2, avril-juin 1987, pp. 343-371, spéc. p. 347.

<sup>800</sup> F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°2, avril-juin 1987, pp. 343-371, spéc. p. 347.

## SECTION I. RETOUR SUR LE SYLLOGISME JUDICIAIRE EN DROIT PRIVÉ

---

**271 – Le syllogisme d’Henri MOTULSKY** – C’est à l’éminent MOTULSKY que revient la réflexion sur la démarche syllogistique du juge en tant qu’elle assure en droit privé la réalisation des droits subjectifs : « *il faut, de l’ensemble de l’ordre juridique positif, détacher une règle paraissant correspondre au cas dont il s’agit ; il faut, d’un autre côté, dégager du magma de faits les circonstances juridiquement importantes ; et il faut essayer de construire, avec ces matériaux, un syllogisme juridique. Si la tentative réussit, l’existence d’un droit subjectif a lieu d’être proclamée ; dans le cas contraire, l’ordre juridique ne le reconnaît point* »<sup>801</sup>.

L’auteur énonce toutefois que le raisonnement débute par une première vue bien souvent inexacte, emprise de « *divination et pressentiment* »<sup>802</sup>. Le juriste commence nécessairement par une phase d’intuition, son flair lui faisant pressentir une solution mais il faut se méfier de son intuition car trop souvent « *le flair qui, d’emblée, voudrait embrasser le tout, risque d’aiguiller l’esprit vers la voie de l’erreur* »<sup>803</sup>. Dès lors, il lui semble préférable que le juriste se résigne à un raisonnement solidement pensé.

Le premier temps du raisonnement syllogistique débute par « *la règle possible* »<sup>804</sup> dit autrement « *l’hypothèse* ». La recherche de la majeure passe par une règle « *paraissant de nature à pouvoir s’appliquer* »<sup>805</sup>. Dans cette phase apparaît l’utilité des classifications des règles de droit : le juriste devra d’abord s’interroger sur le cas particulier pour estimer s’il relève du droit public ou privé, puis s’il choisit le droit privé, il devra déterminer la branche applicable, droit civil ou commercial ? S’il s’agit du droit civil, le cas particulier relève-t-il du droit des personnes ? De la famille ? Des biens ? Des obligations ? Des successions ? Une fois un choix opéré, il devra trouver une catégorie plus restreinte ; ainsi, en droit des obligations, il sera amené à appliquer soit la théorie générale soit les contrats spéciaux. Enfin, « *c’est parmi les règles composant le groupe le plus restreint qu’il choisira finalement celle qu’il retiendra*

---

<sup>801</sup> H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1991, n° 51, p. 50.

<sup>802</sup> *Op. cit.* n° 52, p. 50.

<sup>803</sup> *Op. cit.* n° 53, p. 51.

<sup>804</sup> *Op. cit.* n° 53, p. 52.

<sup>805</sup> *Ibid.*

à titre d'hypothèse pour la construction du syllogisme qu'il recherche »<sup>806</sup>. Cette « battue » comme la qualifie l'auteur, ne conduira pas toujours le juriste à une règle précise. En effet, parfois plusieurs matières peuvent se regrouper, interférer et le juriste se trouve à la « *croisée des chemins* ». Que faire alors ? « *La recherche, dans ce cas, doit, pour pouvoir être fructueuse, avoir dès l'abord égard au but qu'elle se propose d'atteindre (...), il s'ensuit que l'effet de la règle applicable contient nécessairement l'expression juridique de la prétention soumise à l'examen* »<sup>807</sup>. Cela revient à s'interroger sur ce que souhaite obtenir la personne qui enclenche « *le mécanisme de la réalisation des droits* »<sup>808</sup> et sur les effets possibles des différentes règles. Il faut donc partir de l'effet et trouver une règle se rapprochant *des circonstances de la cause* »<sup>809</sup>.

Le deuxième temps du syllogisme continue avec *la règle applicable* »<sup>810</sup> dit encore « *la vérification de l'hypothèse* ». Il s'agit de rechercher dans la mineure si la règle possible trouve à s'appliquer dans notre cas particulier, « *sujet* ». Il faut alors procéder à une comparaison entre l'hypothèse présumée et le cas particulier en découvrant leurs points de contact soit « *disséquer d'abord, confronter ensuite les deux facteurs en présence et les opérations à effectuer sont donc, en définitive, au nombre de trois : l'analyse de la présupposition de la règle adoptée ; l'analyse du cas particulier ; et la comparaison des résultats auxquels ces recherches auront abouti* »<sup>811</sup>. Ainsi, l'analyse juridique est touchée par la « *réalité sociale (...)* opérant un retour juridique au social : à force d'analyse, le Droit devient, ou plus exactement redevient du fait »<sup>812</sup>.

Le troisième temps du syllogisme se concrétise par la confrontation des résultats. Deux voies sont possibles. Soit la comparaison a abouti à la constatation d'une équivalence entre les éléments de la présupposition et ceux du cas considéré, le résultat est alors favorable : « *la conclusion selon laquelle le cas particulier est contenu dans la présupposition peut être formulée : le syllogisme se construit et la règle possible apparaît comme la règle applicable* »<sup>813</sup>, soit la comparaison fait apparaître des divergences entre la présupposition et les circonstances de la cause : « *la mineure du syllogisme ne peut donc se former puisque le cas*

---

<sup>806</sup> *Op. cit.* n° 56, p. 54.

<sup>807</sup> *Op. cit.* n° 57, pp. 54-55.

<sup>808</sup> *Op. cit.* n° 57, p. 55.

<sup>809</sup> *Op. cit.* n° 59, p. 56.

<sup>810</sup> *Op. cit.* n° 60, p. 58.

<sup>811</sup> *Op. cit.* n° 60, p. 59.

<sup>812</sup> *Op. cit.* n° 62, p. 61.

<sup>813</sup> *Op. cit.* n° 66, p. 65.

*particulier ne correspond pas à la présupposition ; et la règle provisoirement admise comme majeure doit être écartée »*<sup>814</sup>. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune règle de droit applicable aux faits donnés mais simplement qu'une hypothèse est tombée, il faut alors découvrir une autre règle possible qui devra être passée au crible du raisonnement syllogistique pour parvenir à une conclusion. La recherche peut rester infructueuse, dans cette circonstance, la prétention initiale doit alors être écartée.

**272 – Les insuffisances du syllogisme** – L'acte de juger apparaît traditionnellement comme un acte technique par lequel le juge réalise méthodiquement le droit ; dès lors si le modèle géométrique du syllogisme oblige les juges à une rigueur qui les cantonne normalement dans leur office à l'application de la loi, cette méthode n'est toutefois pas exempte de critique<sup>815</sup>. Effectivement, en théorie, la méthode syllogistique se présente comme objective puisqu'elle décrit de façon neutre et méthodique une réalité ou un phénomène indépendamment des intérêts et des préjugés des juges. Pourtant, le juge ne peut lutter contre un certain subjectivisme : *« il est ainsi amené à faire des choix de nature politique, de nature morale, quand il compare, quand il qualifie les faits (...) et précise la règle de droit. Le choix, on l'a entrevu, procédera souvent d'une intuition, intuition quant à la solution, intuition quant à la règle justificative »*<sup>816</sup>. Au final, le raisonnement syllogistique a son importance surtout pour la mise en forme du jugement afin de contrôler l'élaboration de la solution. Si, dans l'avenir, le juge utilisait les principes directeurs du droit des contrats, il aurait alors recours à la forme syllogistique, la méthode serait donc maintenue. Mais, une autre méthode, la pesée globale des intérêts, devra être utilisée lorsque plusieurs principes directeurs devront être conciliés ou lorsque l'un d'entre eux entrera en contradiction avec une liberté ou droit fondamental. Dans ces deux dernières situations, c'est cet autre modèle logique qui devra être utilisé ce qui favorisera un contrôle de proportionnalité privatisé.

---

<sup>814</sup> *Ibid.*

<sup>815</sup> C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Préf. P. MAYER, 2000, Bibl. droit privé, T.328, LGDJ, nos 81 et s., p. 61 et s

<sup>816</sup> *Ibid.*, spéc. p. 351.



## SECTION II. LE DEVELOPPEMENT DE LA PESEE GLOBALE DES INTERETS EN MATIERE CONTRACTUELLE

---

**273 – La pesée globale des intérêts et la réalité sociale** – Comme il a pu déjà être constaté<sup>817</sup>, cette technique est un mode de production juridique qui raisonne autour du « modèle de la computation, de la négociation et de la pesée qui contraste avec l'adjudication ferme (par droit et sentences) des droits subjectifs »<sup>818</sup>. C'est un système qui abandonne le « tout ou rien » du modèle syllogistique. Les principes directeurs possèdent dans cette optique une « dimension de poids »<sup>819</sup>, ils donnent une orientation et permettent à l'interprète de peser les intérêts en jeu pour faire pencher la balance du côté du principe qui présente l'intérêt le plus lourd. Cette technique reconnaît alors une importance aux facteurs sociaux : « ce qui est ressenti comme nécessité d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes »<sup>820</sup>. Ainsi chaque décision jurisprudentielle, présentant pourtant une forme logique, repose sur un jugement de valeur et sur l'importance de fondements législatifs concurrents. Dans cette perspective, les règles de droit et leur application sont des « moyens d'action sur la société, un outil capable d'en préserver l'ordre, l'équilibre, le progrès ou encore de résoudre ou d'apaiser les conflits d'intérêts qui s'agitent en son sein »<sup>821</sup>. Discrètement, cette méthode s'est retrouvée dans la pratique judiciaire française. Par exemple, le juge des référés utilise la pesée globale des intérêts pour « définir une solution provisoire d'équilibre dans l'attente d'une solution du litige au fond »<sup>822</sup>. De même, avec le contrôle de proportionnalité conditionnant la validité de certaines décisions et actes, les juges administratifs et constitutionnels<sup>823</sup> y recourent

---

<sup>817</sup> V. *supra* n° 108-109.

<sup>818</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2. Entre droit et non-droit: l'intérêt, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

<sup>819</sup> O. PFERSMANN et G. TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 28

<sup>820</sup> O.W. HOLMES, *The Common Law*, p. 1, cité par F. MICHAUT in « Le rôle créateur du juge selon l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°2, avril-juin 1987, pp. 343-371, spéc. p. 352

<sup>821</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, coll. Penser le droit, 3<sup>ème</sup> éd., DL 2011, spéc. p. 450, n° 211.

<sup>822</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, n° 217, p. 464.

<sup>823</sup> G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, BDP, T. 179, 1995 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22 de juin 2007 :

usuellement. Un auteur<sup>824</sup> souligne le développement de cette méthode chaque fois que les parties à un procès revendiquent l'exercice de droits subjectifs concurrents. Plus remarquable encore est son usage dans les créations jurisprudentielles originales : par exemple, la théorie des troubles anormaux du voisinage<sup>825</sup> a ainsi créé un cas de responsabilité objective à charge d'un voisin qui rompt, par un fait non fautif, l'équilibre établi entre les propriétés voisines. Dernièrement, les juges de la Cour de cassation<sup>826</sup> et la doctrine<sup>827</sup> se sont interrogés sur le développement du contrôle de proportionnalité qui se trouve favorisé actuellement par le recours aux droits fondamentaux. La mise en balance des intérêts n'est pas une technique inconnue du droit français mais afin d'apprécier « *de lege ferenda* » le développement de cette technique en matière contractuelle avec l'introduction de principes directeurs (§ II), il convient de revenir sur la mise en balance des intérêts en matière contractuelle « *de lege lata* » (§ I).

### § I. La mise en balance des intérêts par le juge en matière contractuelle « *de lege lata* »

**274 – Division** – Trois exemples viendront illustrer le recours ponctuel à la pesée globale des intérêts par le juge, le premier pris au stade de la formation du contrat avec la protection du consentement (A), le deuxième et le troisième exemples relevés au stade de l'exécution dans le contrôle judiciaire de l'inexécution (B). Ces trois mécanismes ont été élus en raison du caractère prétorien de leurs régimes qui ont été modélés sous l'impulsion d'une pesée globale des intérêts. Ainsi il faudra constater dans ces exemples que si le juge recourt au

---

« toute mesure restreignant un droit fondamental doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Plus précisément : – une telle mesure doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur; – elle doit être nécessaire: elle ne doit pas excéder – par sa nature ou ses modalités – ce qu'exige la réalisation du but poursuivi, d'autres moyens appropriés, mais qui affecteraient de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité, ne devant pas être à la disposition de son auteur; – elle doit enfin être proportionnée au sens strict: elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché ».

<sup>824</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, n° 217, p. 465.

<sup>825</sup> Cass. civ., 27 novembre 1844, *Derosne c/ Puzin et autres*, DP 1845.1.13 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 février 1971, *Brun c/ SCI du 10 rue Joseph-Liouville*, Bull. civ. III, n° 80, p. 58, JCP 1971. II. 16781, note LINDON. Arrêts reproduits et analysés dans *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2007, n° 79-80, pp. 491- 496.

<sup>826</sup> Rapport d'étape sur l'avant-projet de réforme du filtrage des pourvois devant la Cour de cassation.

<sup>827</sup> V. notamment, CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641 ; du même auteur, « Motivation. Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 20 juillet 2015, doct. 878 et « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263 ; « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015, p. 2001 ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378.

sylogisme juridique, c'est en pratique essentiellement dans la mise en forme du jugement que cette méthode se retrouvera, elle se juxtaposera avec une mise en balance des intérêts qui déterminera en réalité la solution.

### A. La pesée globale des intérêts par le juge dans la protection du consentement

#### 275 – Pesée globale des intérêts par le juge dans la protection du consentement –

Le dol dans la formation du contrat est une bonne illustration de la tension d'intérêts antagonistes qui doit être conciliée par le juge lorsque l'une des parties invoque ce vice de consentement. Il est sanctionné par l'article 1116 du Code civil et se définit<sup>828</sup> comme toute tromperie par laquelle un contractant induit son partenaire en erreur pour surprendre son consentement.

Il s'agit d'un délit civil dans lequel une partie a intentionnellement trompé son cocontractant et en a vicié le consentement. Ces deux aspects – délit civil pour l'auteur du dol et vice du consentement pour la victime du dol- imprègnent la théorie du dol et en réglementent le régime. C'est ainsi que pour être réprimé, l'auteur du dol doit commettre un acte de déloyauté supposant la réunion d'un élément matériel (manœuvres, mensonge, silence) et d'un élément intentionnel.

Par ailleurs, en plus de ces deux premières conditions, les tromperies ne seront prises en considération que si elles ont provoqué chez la victime une erreur déterminante. En revanche, le caractère excusable du dol questionne<sup>829</sup> notamment en présence d'une réticence dolosive : d'un côté, l'une des parties est restée silencieuse sur un élément déterminant du contrat mais de l'autre côté, bien souvent, « l'errans » n'a pas sollicité lui-même les éclaircissements nécessaires sur l'objet du contrat, le juge doit alors concilier la fourberie d'une partie et la négligence de la victime. Si un arrêt du 21 février 2001 rendu par la 3<sup>ème</sup> chambre civile<sup>830</sup> a posé en principe que « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend*

---

<sup>828</sup> V. L. AYNES, PH. MALAURIE et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 6<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 508 et s., p. 248 ; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat : le contrat, le consentement*, T.I, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Économica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 357 et s., p. 324 et s. ; F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 228 et s., p. 255 et s.

<sup>829</sup> V. sur la contestation du principe selon lequel la réticence dolosive rend toujours l'erreur excusable, J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : "la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" », *D.* 2012. 1346. En réponse, J. GHESTIN, « Libres propos en réponse à " La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée - Une règle de nature à induire en erreur ?" », *JCP G* 2012. 812. Sur une tentative de conciliation, G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012. 2986.

<sup>830</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, n° pourvoi : 98-20.817, *JCP G* 2001, I, 330, note A. CONSTANTIN ; *Defrénois*

*toujours excusable l'erreur provoquée* », des arrêts retenant la négligence de l'*errans* sont venus semer le doute<sup>831</sup>.

En réalité, dans cette situation, le juge procède à une appréciation simultanée des comportements des parties pour déterminer les informations à la disposition de la partie restée silencieuse et celles accessibles à son cocontractant. Si la réticence est établie (lorsqu'il y a la réunion de l'élément matériel et intentionnel), le juge ne sanctionne pas la négligence de la victime car « *la faute intentionnelle (de l'auteur de la réticence) est trop lourde pour que la simple négligence reprochée au demandeur puisse la contrebalancer dans la pesée globale du comportement des parties* »<sup>832</sup>. Au contraire, si les conditions de la réticence dolosive ne sont pas réunies, « *l'errans* » en manquant à son obligation de renseignement, sera victime de son imprudence- inattention- mégarde et il ne pourra pas annuler le contrat et/ou obtenir de dommages-intérêts.

Cette pesée globale des intérêts en présence se retrouve dans l'arrêt de la 3<sup>ème</sup> chambre civile du 9 octobre 2012<sup>833</sup> dans lequel un couple avait acquis un tènement immobilier sans avoir été averti par les vendeurs des tirs de mines en provenance de la carrière exploitée à proximité. Il s'agissait alors de savoir si les acquéreurs qui ignoraient un fait public (l'existence de la carrière) pouvaient se retourner contre les vendeurs qui avaient gardé le silence sur cet élément d'information. Comment concilier l'erreur inexcusable des acquéreurs et le silence des vendeurs ? La Cour de cassation soutient le raisonnement de la cour d'appel qui avait procédé par étapes : après avoir examiné les faits, les juges ont estimé que les vendeurs n'étaient pas tenus d'une obligation particulière d'information, celle-ci étant publique, vis-à-vis des acquéreurs qui n'ont pas été normalement vigilants. En conséquence, aucune réticence dolosive n'était établie. L'erreur des acquéreurs est sans réparation car ils pouvaient accéder à l'information par des moyens raisonnables, les vendeurs n'étaient pas tenus de s'exprimer sur la présence de la carrière et des tirs de mine. Le juge s'est ici livré à

---

2001, art. 37365, p. 703, note R. LIBCHABER ; D. 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD ; J. MESTRE et B. FAGES, *RTD Civ.* 2001, p. 353 ; C. CARON et O. TOURNAFOND, *D.* 2002, p. 927 ; P. CHAUVEL, *JCP Ent et Aff.* 2002, p. 764 ; CH. JAMIN, *JCP G*, 2002, II, 10027 ; V. aussi *Rapp. annuel C. Cass.* 2010, Étude, Le droit de savoir, p. 113.

<sup>831</sup> V. par exemple : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 novembre 2012, n° pourvoi : 11-22.907 : « *mais attendu qu'ayant relevé que l'acquéreur initial avait été informé de la pollution du terrain par un rapport annexé à l'acte sous seing privé de vente et qu'aucune obligation n'imposait aux vendeuses d'annexer ce "compromis" à la déclaration d'intention d'aliéner et que la commune disposait de services spécialisés et de l'assistance des services de l'Etat, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu retenir que la commune qui s'était contentée des documents transmis ne pouvait se prévaloir d'une réticence dolosive ni de l'existence d'un vice caché et devait régler le prix mentionné à la déclaration d'intention d'aliéner et réparer le préjudice subi par les SCI* »

<sup>832</sup> J. GHESTIN, art. précité.

<sup>833</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 octobre 2012, n° pourvoi : 11-23.869.

une pesée globale des comportements des parties pour déterminer l'intérêt qu'il fallait faire primer. Le raisonnement est à louer car il apporte une sécurité dans les relations contractuelles en s'opposant à ce qu'une partie puisse attaquer un contrat qui tourne à son désavantage au prétexte que son partenaire est resté silencieux sur une information accessible par tous. Toutefois, si la réticence dolosive devait être établie, l'intérêt de la victime devrait primer même si elle est restée ignorante et a manqué à son obligation de renseignement. Dans ce dernier cas, il est raisonnable de ne pas donner efficacité à un engagement contractuel qui ne correspond pas à la volonté réelle de celui qui l'a pris car il a été trompé. Il convient à présent d'envisager une autre illustration de la pesée globale des intérêts avec l'appréciation par le juge de l'inexécution contractuelle.

## **B. La pesée globale des intérêts par le juge dans le contrôle judiciaire de l'importance de l'inexécution**

**276 – Mise en balance des intérêts par le juge dans le contrôle judiciaire de l'exception d'inexécution** – Dans les contrats synallagmatiques qui engendrent des obligations réciproques et interdépendantes, une voie de justice privée, l'exception d'inexécution<sup>834</sup> a été offerte aux parties en octroyant la possibilité à un contractant de refuser d'exécuter la prestation à laquelle il est normalement tenu en vertu du contrat tant qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui est due par son partenaire. Il est offert aux parties la faculté de refuser d'exécuter leurs obligations comme moyen de défense au fond<sup>835</sup> sans décision préalable du juge. Néanmoins, les juges peuvent être appelés par l'une des parties à procéder *a posteriori* à un contrôle de régularité de l'exercice, se livrant par-là même à une pesée globale des intérêts en présence.

En effet, de grands principes interagissent et doivent se concilier, la force obligatoire du contrat qui impose que les parties respectent le contenu obligationnel du contrat passé, la liberté de suspendre ses propres obligations face à un partenaire contractuel défaillant et la bonne foi dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Un équilibre entre ces différents principes a été élaboré à travers la réunion des conditions pour procéder à

---

<sup>834</sup> « *Exceptio non adimpleti contractus* » ; V. L. AYNES, PH. MALAURIE et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 6<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 858 et s., p. 439 et s. ; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat : le contrat, le consentement*, T. I, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n°697 et s., p. 848 et s. ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013 n° 630 et s. p. 685 et s.

<sup>835</sup> V. « Exception » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

l'exception d'inexécution. Tout d'abord, cette faculté est offerte à tous les rapports synallagmatiques interdépendants qui donnent naissance à des obligations dont l'exécution est simultanée<sup>836</sup>. Ensuite, peu importe la source de l'inexécution, il suffit qu'il y ait une inexécution totale ou partielle bien que celle-ci ne doive pas être minime. La bonne foi contractuelle empêche qu'un contractant argue d'une inexécution minime pour suspendre sa propre obligation, en cela l'exception d'inexécution n'est pas un moyen de chantage, elle doit être envisagée comme une voie de justice proportionnée. Ainsi, un maître d'ouvrage<sup>837</sup> ne peut pas justifier son recours à l'exception d'inexécution en raison de malfaçons en refusant de payer le prix de vente alors que l'entrepreneur avait à plusieurs reprises proposé l'intervention du technicien de son service après-vente que le maître d'ouvrage a toujours refusée. À cette occasion, le juge se livre à une pesée globale des intérêts des parties et concilie les grands principes de la matière : liberté, force obligatoire et bonne foi. La même situation se retrouve avec la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

**277 – Pesée globale des intérêts et résolution unilatérale aux risques et périls du créancier**<sup>838</sup> – Dérogeant à l'article 1184 du Code civil qui pose le principe de la résolution judiciaire, la jurisprudence a admis la résolution unilatérale, en décidant que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »<sup>839</sup>. Un contractant peut prendre l'initiative d'une rupture du contrat mais à ses risques et périls car le débiteur peut demander au juge de contrôler *a posteriori* la régularité de cette rupture.

Deux grands principes s'affrontent : la liberté contractuelle et la force obligatoire. D'une part, la liberté contractuelle permet de clore rapidement une relation contractuelle le plus souvent privée d'efficacité en raison des manquements dont elle fait l'objet, et présente, pour le contractant à l'origine de la rupture, l'intérêt de sortir du contrat afin de pouvoir conclure un nouveau contrat avec un tiers pour réaliser l'opération économique initialement

---

<sup>836</sup> Après des hésitations, c'est au XX<sup>ème</sup> siècle qu'on a généralisé l'exception d'inexécution qui n'était offerte que dans certains contrats spéciaux. Ce n'était donc pas, à l'origine, un principe affirmé de manière générale.

<sup>837</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 septembre 2008, n° pourvoi : 07-16.205

<sup>838</sup> V. notamment ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois*, 2003. 38 ; PH. CHAUVIRE, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *Rev. Lamy dr. civ.* 2010/75, n° 3951 ; CH. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in CH. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations* : Economica 1999, p. 71 ; D. MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », *RDC* 2010, n° 3 ; « La rupture unilatérale du contrat pour inexécution », *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 51, 2985, p. 121.

<sup>839</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, n° 96-214.85, *D.* 2001, p. 1568, note CH. JAMIN ; *D.* 2001, somm. p. 115, obs. PH. DELEBECQUE ; *Deffrénois*, 1999. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 1999. 374, obs. J. MESTRE ; *GAJC*, T. II, 180, obs. H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE.

lancée. D'autre part, la force obligatoire vise à maintenir la survie du contrat conclu et tend à protéger sa valeur en évitant de favoriser son anéantissement, offrant au débiteur des manquements, une dernière chance d'exécuter ses obligations, permettant ainsi au contrat d'aboutir. Il s'agit de minimiser le nombre de contrats sombrant dans la potestativité, il y va de la sécurité juridique de ne pas encourager la multiplication des résolutions unilatérales.

Il appartient alors au juge saisi de contrôler la « *gravité du comportement* » d'une partie. Concernant ce contrôle, il semblerait qu'il nécessite un comportement caractérisé mettant en péril les intérêts du créancier. Deux interprétations de « *comportement grave* » sont possibles : l'une objective qui voudrait que le comportement grave soit une violation d'une obligation essentielle du contrat. La seconde subjective où le comportement serait analysé et pas le manquement contractuel. En pratique, il se dégage de la jurisprudence que la « *gravité du comportement* » ou « *faute grave* » se déduit avant tout des manquements contractuels eux-mêmes. Ainsi, l'importance du ou des manquements peut à elle seule constituer le « *comportement grave* ». L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 30 juin 2009<sup>840</sup> l'illustre assez bien. Dans les faits, la société Parfums Ted X après avoir commercialisé sans difficulté des produits réalisés et fabriqués par la société MBF Plastiques a rompu unilatéralement ses relations contractuelles en raison du caractère visible des défauts qui affectaient l'habillage en plastique du flacon de parfum. La Haute cour a estimé « *qu'après avoir relevé le caractère visible des défauts qui affectaient l'habillage en plastique d'un flacon de parfum diffusé à un prix qui exigeait un produit sans défaut, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir la gravité du comportement de la société MBF plastiques, a pu en déduire que la rupture unilatérale du contrat était justifiée* ». À l'inverse, lorsque le juge estime la résolution injustifiée, il peut allouer des dommages-intérêts. Certains auteurs<sup>841</sup> se sont interrogés sur la possibilité qu'aurait le juge de maintenir le contrat abusivement résolu. En pratique, il est difficile de revenir sur « *le fait accompli*<sup>842</sup> » d'autant que le délai entre la rupture et la décision du juge peut être long. Pour éviter cette situation, il est préconisé d'avoir recours à un juge des référés<sup>843</sup> qui pourra obliger les parties à un maintien provisoire du contrat.

**278 – Conclusion** – Au regard de ces exemples, il peut être constaté que le juge entreprend déjà ponctuellement une pesée globale des intérêts tant au stade de la formation

---

<sup>840</sup> Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-14.944.

<sup>841</sup> PH. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », *Dr et Patrim.* Mai 2004, n° 126, p. 70 ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 2003. 383.

<sup>842</sup> H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *GAJC*, T. II, 180, p. 276, spéc. n° 13.

<sup>843</sup> S. AMRANI-MEKKI, art. précité.

que de l'exécution des contrats. Dans ces hypothèses, plusieurs principes se concilient et lorsqu'ils s'affrontent, ils ne s'annihilent pas : ils font pencher la balance d'un côté et de l'autre, au gré des circonstances soumises au juge. La question n'est pas celle de savoir quel principe dominera l'autre mais plutôt comment ces principes vont se limiter mutuellement. Formellement, le juge légitimera la solution en ayant recours au syllogisme puisqu'il examinera les conditions de formation du dol, ou de l'exception d'inexécution ou encore de la résolution unilatérale pour déterminer si les conditions sont réunies ou non. Il appliquera les prémisses pour en déterminer une conclusion. Les deux méthodes collaborent lorsque le législateur n'a pas été suffisamment précis sur une règle de droit (dol, résolution du contrat) et qu'une marge d'appréciation a été laissée aux juges pour construire un régime *ad hoc*. La conclusion suivante peut être tirée : « *de lege lata* », le juge recourt au syllogisme juridique dans la mise en forme du jugement pour contrôler l'élaboration de la solution dans les litiges relatifs au dol, à l'exception d'inexécution et à la résolution unilatérale, méthode qu'il concilie avec la pesée globale des intérêts. Si le juge appréhende la situation et précise la règle de droit en fonction de conditions déterminées- système du tout ou rien- il faut retenir que ces conditions ont été déterminées par les juges selon un préjugé qui s'est élaboré sur une pesée globale des intérêts en présence et des valeurs législatives défendues par les textes.

## § II. La mise en balance des intérêts par le juge en matière contractuelle « *de lege ferenda* »

**279 – Division** – Deux situations favoriseront le recours à la pesée des intérêts si les principes directeurs du droit des contrats venaient à être consacrés : d'une part, lorsqu'un principe directeur entrera en contradiction avec un droit ou une liberté fondamentale, d'autre part, lorsque le législateur sera resté silencieux sur un point de droit donné et qu'il y aura lieu de concilier plusieurs principes directeurs. Plusieurs conséquences se dégagent alors : s'agissant de la liberté contractuelle, il y a un changement de paradigme, on part de la validité de principe des clauses portant atteinte aux droits fondamentaux pour arriver à leur illicéité de principe (A), et le rôle du juge en sera modifié puisqu'il devra concilier les différents principes entre eux ainsi que les clauses contractuelles avec les droits fondamentaux, de sorte que se développera un contrôle de proportionnalité privatisé (B).

## A. De la validité de principe des clauses portant atteinte aux droits fondamentaux à leur illicéité de principe.

**280 – Immixtion des droits fondamentaux en matière contractuelle** – L'immixtion des droits et libertés fondamentaux en droit des contrats touche l'ensemble des relations contractuelles et, plus particulièrement, les contrats dans lesquels naissent des rapports de force déséquilibrés, à savoir les contrats d'adhésion et de dépendance car, dans ce type de relation, des analogies peuvent être tissées avec le lien qui unit le citoyen à l'État<sup>844</sup>. La jurisprudence témoigne d'ailleurs de cette prise en compte des droits fondamentaux pour contrarier l'efficacité de certaines stipulations contractuelles. Cette immixtion se matérialise de façon tout à fait remarquable dans le contrat de bail comme le soulignent différents arrêts. C'est ainsi que dans un arrêt du 6 mars 1996<sup>845</sup>, la Cour de cassation a décidé « *que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvant, en vertu de l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, la cour d'appel qui, pour écarter l'existence d'un manquement du preneur à ses obligations, a relevé que M<sup>me</sup> Mel Z... hébergeait M. Y..., père de ses deux derniers enfants, ainsi que M<sup>lle</sup> X..., sa soeur, a, par ces seuls motifs et sans dénaturation, légalement justifié sa décision* ». Elle a, par la suite, confirmé<sup>846</sup> l'encadrement des clauses dites d'hébergement personnel qui privent le locataire du droit d'accueillir et de loger les personnes de son choix. Autre témoignage de cette prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans le contrat de bail avec l'arrêt du 19 mars 2003<sup>847</sup> dans lequel la Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel qui a retenu que l'exigence d'une caution imposée par le bailleur aux seuls citoyens étrangers à l'Union européenne ne pouvait être qualifiée de discriminatoire car « *il n'apparaissait pas anormal qu'un bailleur se constitue des sûretés de nature à garantir le paiement des loyers à proportion des risques de possibles difficultés en cas de défaillance des preneurs et qu'au regard du droit international, il est plus difficile pour un ressortissant d'un état de l'Union européenne de faire valoir ses droits à l'extérieur de l'Union* », la cour a également « *retenu que M. X... n'établissait pas que lui seul se serait vu réclamer une caution pour la seule raison de son appartenance à un groupe ethnique particulier, de sorte que la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer les textes susvisés au moyen, que les garanties prises en la circonstance ne sauraient être*

<sup>844</sup> V. en ce sens, J. ROCHFELD, obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2002, *RDC* 2003. 19.

<sup>845</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113.

<sup>846</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349.

<sup>847</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mars 2003, n° 01-03.730.

*qualifiées de discriminatoires* ». Cette immixtion des droits et libertés fondamentaux dans le champ contractuel n'est pas sans conséquence.

**281 – Une nouvelle dialectique posée pour la liberté contractuelle** – Dans le droit des contrats français, la liberté contractuelle est reine, la clause, en ce qu'elle est le produit d'une volonté commune aux parties est licite sauf si elle contrevient à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. C'est à celui qui invoque l'illicéité de la clause d'en apporter la preuve. Dès lors, il a pu être écrit que « *l'efficacité des droits et libertés fondamentaux était filtrée à la lumière des valeurs contractuelles* »<sup>848</sup> et qu'en conséquence, une primauté était reconnue à la liberté contractuelle. La démarche actuelle de la Cour de cassation est inverse et l'immixtion des droits fondamentaux pose une nouvelle dialectique : le consentement donné par les parties à une clause ne saurait justifier une atteinte aux droits fondamentaux qui deviennent premiers. Dès lors, une clause qui est pourtant le fruit d'un accord de volontés des parties ne saurait être valide qu'exceptionnellement si le caractère indispensable de l'atteinte au droit fondamental est rapporté. Les clauses de non-concurrence en sont la parfaite illustration.

**282 – L'exemple des clauses de non-concurrence** – En l'absence de disposition législative régissant les clauses de non-concurrence, les juges ont eu recours au droit commun des contrats pour élaborer le régime de ces stipulations contractuelles. À l'origine<sup>849</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait, en se fondant sur l'article 1134 du Code civil, la licéité des clauses de non-concurrence et posait en exception son illicéité lorsqu'elles contrevenaient à l'ordre public en dépassant « *une certaine mesure* »<sup>850</sup>. Il appartenait alors au salarié de rapporter la preuve que la clause portait une atteinte trop grande à sa liberté professionnelle. Une clause de non-concurrence était par principe licite et ne devait être annulée que « *dans la mesure où...* »<sup>851</sup>. Il y a eu par la suite<sup>852</sup> un changement de paradigme et la liberté du travail a été hissée au premier rang comme le souligne la jurisprudence de la chambre sociale qui a recours au visa de l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791, du principe

---

<sup>848</sup> J.-J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, 2000, p.194 cité in CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, T. 509, 2009, spéc. n° 67, p. 96 et s.

<sup>849</sup> V. en ce sens, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 23<sup>ème</sup> éd, 2006, n° 241, p. 300 ; G. COUTURIER, obs. sous Cass., soc., 19 novembre 1996, *Dr. Soc.*1997, p. 95

<sup>850</sup> Cass., soc., 19 novembre 1996, n° pourvoi : 94-19404.

<sup>851</sup> La formulation dans cet arrêt Cass., soc., 21 octobre 1960 est révélatrice « *mais attendu qu'une clause de non-concurrence est, en principe, licite et qu'elle ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressée* ».

<sup>852</sup> V. les trois arrêts Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 99-43336 ; 00-45.387 et 00-45.135.

constitutionnel de la liberté de travail ou du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. C'est ainsi que dans trois arrêts de la chambre sociale du 10 juillet 2002<sup>853</sup>, la Cour de cassation a fait « œuvre quasi-doctrinale »<sup>854</sup> en scandant qu' « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l' obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ». Actuellement, la clause de non-concurrence n'est licite que « dans la mesure où » alors que dans le passé, elle devait être annulée uniquement « dans la mesure où ».

**283 – Conclusion** – Le modèle des clauses de non-concurrence illustre ainsi le changement de paradigme : d'une licéité de principe, les clauses de non-concurrence sont devenues illicites par principe « à moins » qu'elles ne réunissent plusieurs critères cumulatifs :

- La clause doit ainsi être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise,
- être limitée dans le temps,
- être limitée dans l'espace,
- elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié,
- et enfin elle doit prévoir une contrepartie financière.

La liberté contractuelle n'est plus reine lorsque les droits fondamentaux entrent en jeu.

## **B. Le développement d'un contrôle de proportionnalité privatisé, une révolution méthodologique en cours.**

**284 – Définition de la proportionnalité** – La proportionnalité constitue à la fois un résultat, entendu ainsi, le juge vérifie que l'atteinte portée au droit est bien proportionnée au but recherché mais c'est aussi un moyen c'est-à-dire un outil de pensée dans le raisonnement utilisé pour résoudre le litige. Le contrôle de proportionnalité privatisé mêle le moyen et le

---

<sup>853</sup> Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 99-43336 ; 00-45.387 et 00-45.135 ; Y. SERRA, note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, jur. 2491, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail » ; observations de J. PELISSIER, *JCP G* 2002, II, 10162 ; R. VATINET, « les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Dr. soc.* 2002. 949 ; observations P. MORVAN, *JCP G*, 2003. I. 446 n° 1.

<sup>854</sup> Y. SERRA, note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, jur. 2491, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail ».

résultat.

À l'origine, ce contrôle de proportionnalité était utilisé par les juges européens qui avaient recours à la pesée globale des intérêts pour vérifier si l'acte de la puissance publique était conforme à l'intérêt d'un particulier. Il y avait mise en balance d'un intérêt général poursuivi par l'État contre l'intérêt privé d'un individu. Ces dernières années, a été constaté le développement d'un autre type de contrôle de proportionnalité. En effet, est apparu un contrôle de proportionnalité dit « privatisé »<sup>855</sup> qui s'est étendu mettant en balance deux intérêts privés. Ce contrôle est alors « détaché de toute référence à "l'autorité publique", à la "nécessité dans une société démocratique", ou à "la marge nationale d'appréciation" »<sup>856</sup>. L'application d'un contrôle de proportionnalité entre personnes privées se retrouve en droit interne<sup>857</sup>, ainsi en est-il dans l'arrêt du 4 décembre 2013<sup>858</sup> dans lequel la Haute Cour a préféré privilégier l'intérêt privé de la veuve qui se prévalait de son droit au respect de sa vie privée et familiale s'agissant d'une union qui avait duré plus de vingt ans sans qu'aucune opposition à sa célébration n'ait été effectuée et l'intérêt privé du fils du défunt et ancien époux de la veuve qui invoque la nullité du mariage, ce dernier étant normalement impossible entre ascendants et descendants et les alliés de la même ligne au nom de l'ordre public matrimonial<sup>859</sup>.

## 285 – Le contrôle de proportionnalité privatisé et les principes directeurs –

L'introduction de principes directeurs du droit des contrats aurait des répercussions sur la méthode de raisonnement utilisée par les juges pour résoudre un litige contractuel. En effet, comme il a été brièvement dessiné, dans son rôle classique, le juge n'a qu'une alternative avec

---

<sup>855</sup> J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », note sous l'arrêt VAN KUCK c. Allemagne, *RTD Civ.* 2004, p. 361.

<sup>856</sup> J. MOULY et J.-P. MARGUENAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Convention EDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36.

<sup>857</sup> *V. supra*, n° 108.

<sup>858</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 04 décembre 2013, n° 12-26.066 : « qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». V. note de F. CHENEDE : *D.* 2014, p. 179 ; point de vue de H. FULCHIRON : *D.* 2014, p.153 ; les observations de J-J LEMOULAND et D. VIGNEAU : *D.* 2014, p. 1342 ; les observations de S. THOURET, *AJ famille*, 2014, 124 ; les observations de J. HAUSER, *RTD Civ.* 2014, p. 88 et celles de J.-P. MARGUENAUD, *RTD Civ.* 2014, p.307.

<sup>859</sup> V. C. FATTACCINI, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), *D.* 2015, p. 1734 qui considère que l'arrêt s'inscrit dans une démarche traditionnelle de la Cour de cassation : « le droit étant destiné à régir des situations de fait, il y a toujours des faits dont il faut tenir compte pour rechercher quel est le droit applicable (...) Et le fait dont la Cour de cassation s'est saisie –la durée importante et paisible du mariage—qui n'est en réalité, rien d'autre qu'un critère, était un fait acquis des débats, un fait constant ». L'auteur estime que la Cour de cassation était en mesure de ne pas annuler un mariage paisible qui s'était étalé tout le long d'une génération pour la seule satisfaction pécuniaire du demandeur.

la mise en œuvre du syllogisme et sa logique du « tout ou rien » : soit une clause est valable parce qu'elle réunit les conditions de licéité soit elle est illicite car les modalités ne sont pas remplies. Son rôle sera transformé lorsque le juge devra concilier une clause à un droit fondamental ou bien lorsqu'il devra concilier plusieurs principes directeurs entre eux dans l'hypothèse où le législateur serait resté muet sur le point de droit à résoudre ou enfin lorsque les parties invoqueront deux principes directeurs contraires qui devront être conciliés.

**286 – Une réflexion sur les modes de fonctionnement de la Cour de cassation en marche** – Le développement du contrôle de proportionnalité est bien acté par la Cour de cassation<sup>860</sup> qui a mis en place des groupes de travail afin de mesurer son influence sur les méthodes de raisonnement de la Haute cour. En effet, suite à la multiplication des moyens fondés sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devant les juges du fond, des contrôles nouveaux ont été mis en place impliquant « *une appréciation d'ensemble des situations, de nature pluridisciplinaire, qui s'étend, au-delà des seuls aspects juridiques, aux réalités multiples du contexte, notamment social et économique, général et personnel, matériel et moral* »<sup>861</sup>.

Cette révolution méthodologique s'inscrit dans une mouvance très actuelle puisque la Cour de cassation s'est lancée dans une entreprise de « *rénovation de ses méthodes de travail* »<sup>862</sup> et circule un document s'intitulant « Rapport d'étape sur l'avant-projet de réforme du filtrage des pourvois devant la Cour de cassation »<sup>863</sup> qui fait suite à un constat, celui de la multiplication du contrôle de proportionnalité qui « *exige de prendre en considération les circonstances concrètes de l'espèce et ne permet plus de s'en tenir à une analyse purement juridique de la décision entreprise* »<sup>864</sup>. Ce nouveau contrôle<sup>865</sup> modifie le mode de raisonnement des juges et la motivation des arrêts puisque les faits deviennent partie prenante de l'arrêt. Ainsi, le juge ne peut plus prétendre à l'absolutisme de la règle de droit, il doit rechercher une pondération harmonieuse entre les intérêts en présence. Un contrôle de proportionnalité privatisé s'est développé factuellement, il se compose des trois éléments

---

<sup>860</sup> V. en ce sens, B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

<sup>861</sup> *Ibid.*

<sup>862</sup> CH. JAMIN, « Motivation. Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 2015, doctobre 878.

<sup>863</sup> L'actuel avant-projet a pour but d'augmenter le filtrage des pourvois et fait l'objet de nombreuses critiques, notamment celle d'un renforcement de l'arbitraire des juges et d'organiser une rupture de l'égalité entre les justiciables. V. en ce sens, B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378 ; CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641.

<sup>864</sup> *Ibid.*

<sup>865</sup> *Contra*, V. P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, libres propos, 902.

suivants<sup>866</sup> : la nécessité de la limitation apportée par la clause contractuelle, la proportionnalité de l'atteinte portée et l'absence d'atteinte au noyau dur du droit fondamental.

**287 – La nécessité de la limitation apportée par la clause contractuelle** – Les libertés et droits fondamentaux étant, en principe, indisponibles<sup>867</sup>, la justification de la clause qui y porterait atteinte ne pourrait être trouvée dans le consentement donné. Le respect de la liberté contractuelle ne saurait être suffisant pour justifier l'atteinte. Une telle atteinte ne peut s'expliquer que par la nécessité de respecter une autre liberté ou droit de valeur égale.

**288 – La proportionnalité de l'atteinte portée** – L'atteinte à une liberté ou droit fondamental doit être proportionnée à la finalité recherchée par la clause contrevenante. Par exemple, dans les clauses de non-concurrence, la clause doit être indispensable à la protection de l'intérêt légitime de l'entreprise. Si la clause excède ce qui est nécessaire à la finalité recherchée, elle sera jugée disproportionnée, et le juge ne l'appliquera pas.

**289 – L'absence d'atteinte au « noyau dur » du droit fondamental** – Le droit fondamental, à moins qu'il ne permette dans une certaine mesure, une renonciation, ne doit pas être vidé de sa substance par l'atteinte portée par la clause. Ainsi la clause de non-concurrence doit toujours « *permettre au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle* »<sup>868</sup>. Le droit fondamental et la liberté contractuelle ne sauraient être sacrifiés, ils doivent être conciliés par le juge.

**290 – L'altération de la sécurité juridique et le contrôle de proportionnalité privatisé** – Le civiliste peu habitué à ce mode de raisonnement est inquiet : il redoute la casuistique inhérente à la pesée globale des intérêts et craint le désordre qui naîtrait du contrôle de proportionnalité privatisé. Ses dangers étant réels, et ses incertitudes nombreuses, il est légitime de s'inquiéter.

---

<sup>866</sup> Certains éléments ont été détaillés par P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, BDP, T. 408, 2004, n° 303 et s., p. 223 et s. V. également CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, T. 509, 2009, n° 68, p. 99.

<sup>867</sup> Il est toutefois possible, sous conditions, de renoncer à des droits fondamentaux : J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Thèse Grenoble II, 2014.

<sup>868</sup> Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-40732.

En l'espace de deux ans, quatre arrêts<sup>869</sup> peuvent servir de référence pour apprécier la mise en œuvre, par le juge, du contrôle de proportionnalité. Le premier arrêt<sup>870</sup>, déjà étudié, a maintenu le mariage entre un beau-père et sa bru en violation de la nullité légale qu'imposait l'article 161 du Code civil au prétexte d'une ingérence de la loi dans le « droit au respect de la vie privée et familiale ». Le deuxième<sup>871</sup> a écarté le délai légal de l'article 333 alinéa 2 du Code civil pour agir en contestation de paternité au regard supérieur du « droit à l'accès à ses origines ». Dans le troisième<sup>872</sup>, la Cour de cassation censure une cour d'appel qui avait ordonné la destruction d'un ouvrage édifié sur le sol d'autrui suite à l'annulation du contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plans. Elle lui reproche de ne pas avoir recherché si la démolition constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres. La Cour ne se réfère ici à aucun droit de l'homme. Dans le dernier arrêt<sup>873</sup>, la Haute cour maintient, au titre du « droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », des caravanes et des cabanons qui étaient installés, en violation des règles d'urbanisme, dans une réserve naturelle.

Dans ces quatre décisions, le juge évince une règle légale parce qu'il estime son application inopportune en l'espèce. On pourrait être tenté de penser qu'il s'agit d'un nouveau contrôle de cassation mais qu'est ce qui empêcherait le juge du fond d'appliquer lui-même ce contrôle de proportionnalité ? De plus, il pourrait voir ses arrêts cassés pour ne pas l'avoir appliqué... L'inquiétude générée par ce contrôle de proportionnalité est d'autant plus prégnante que ce n'est pas « *seulement exercer, comme on y est habitué, un contrôle de mesure dans le cadre d'un office confiné par la loi (comme par exemple, doser une sanction à l'intérieur du cadre légal ou apprécier un excès manifeste ou un déséquilibre significatif), c'est (...) pour le juge se permettre de repousser une loi parce qu'il en trouve la mise en œuvre inappropriée*<sup>874</sup> ». Sous le label de la proportionnalité, on assiste à un nouveau contrôle, bien plus dangereux et subversif. « La proportionnalité 2.0 » se dote ainsi d'un visage nouveau. Il conviendra de le maîtriser (sûrement même de l'exclure) au risque de voir sacrifier le prévisible et la sécurité juridique.

---

<sup>869</sup> A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137.

<sup>870</sup> Cass., civ., 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, n° : 12-22066, *D.* 2014, 179, note F. CHENEDE, 153, Point de vue, H. FULCHIRON, *RTD civ.*, 2014. 88, obs. J. HAUSER, 307, Obs. J-P. MARGUENAUD.

<sup>871</sup> Cass., civ., 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n°: 14-20790, *D.* 2015, 2365, note H. FULCHIRON, *RTD civ.* 2015. 596 Obs. J. HAUSER et 825, Obs. J-P. MARGUENAUD.

<sup>872</sup> Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 15 octobre 2015, n° 14-23612, *D.*, 2015, 2423 note C. DUBOIS.

<sup>873</sup> Cass., civ., 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 2015, n° 14-22095, *D.* 2015, 72.

<sup>874</sup> A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *article précité*.

Une étude<sup>875</sup> témoigne pourtant de la conciliation raisonnée qu'il est possible de mettre en œuvre entre le contrat et les droits fondamentaux. Dans sa thèse, Monsieur Maurin souligne que les droits fondamentaux permettent de déterminer une certaine éthique contractuelle<sup>876</sup> en protégeant des valeurs telles que la protection de l'individu. Ils assurent une « police des comportements » contractuels. Ils peuvent également jouer un rôle, non négligeable, dans la réalisation du projet contractuel<sup>877</sup> : ainsi, au stade de l'exécution du contrat, il affirme que le contrat prime sur les droits fondamentaux. En ce sens, la liberté religieuse ne permet pas de rendre licite l'inexécution des obligations contractuelles<sup>878</sup>. L'excuse de fondamentalité n'a pas lieu d'être.

Au regard des dangers et des incertitudes qui pèsent sur le contrôle de proportionnalité, il est impératif de le cantonner comme un *instrument de contrôle de mesure* uniquement. Le tournant pris dans les derniers arrêts rendus par la Cour de cassation ne doit pas être encouragé. Le pouvoir judiciaire ne doit ainsi pas se forger une arme pour rejeter la prédominance de la loi et le législateur ne doit surtout pas la lui offrir. Traditionnellement, la Cour de cassation « *a été conçue comme le bras armé de la loi contre les juges. La Cour exerce plus une fonction de nature quasi législative que juridictionnelle (...) or le contentieux des droits fondamentaux ne la met plus nécessairement au service de la loi. Tout au contraire, il inverse les rôles en plaçant celle-ci sous son contrôle*<sup>879</sup> ». Ce pouvoir subversif du contentieux des droits fondamentaux étant réel, il est primordial de le circonscrire en restreignant la proportionnalité comme un simple instrument de contrôle de mesure.

### **291 – Les autres changements induits par le contrôle de proportionnalité privatisé –**

Dans l'optique traditionnelle du syllogisme et du système « du tout ou rien », si le juge décide que la clause litigieuse a passé la frontière de l'illicite, elle sera déclarée nulle. Au contraire, dans l'optique moderne, le juge pourra maintenir la clause en modifiant son étendue. Ainsi en est-il avec les clauses de non-concurrence : « *mais attendu que le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en*

---

<sup>875</sup> L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, BDP, tome 545, 2013.

<sup>876</sup> *Ibid*, n° 234 et s., p. 201 et s.

<sup>877</sup> *Ibid*, n° 263 et s., p. 219 et s.

<sup>878</sup> Cass., soc. 16 décembre 1981, n° 79-41300.

<sup>879</sup> CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641.

*restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »<sup>880</sup>. Cet arrêt a octroyé au juge un pouvoir de réfaction judiciaire dans le contentieux des clauses de non-concurrence malgré de violentes critiques. En effet, certains auteurs<sup>881</sup> ont dénoncé l'immixtion du juge dans les prévisions des parties, d'autres<sup>882</sup> dénoncèrent l'inopportunité de cette sanction car elle encourage l'employeur à l'édiction de clause de non-concurrence disproportionnée puisque soit le salarié respecte la clause et l'employeur est protégé au-delà du cadre légal, soit le salarié agit en disproportion de la clause et l'employeur ne risque rien hormis la réduction de la clause à la mesure de ce qui était nécessaire pour protéger l'intérêt de l'entreprise. La nullité partielle<sup>883</sup> qui consiste à dissocier une partie du contrat, une clause par exemple ou bien une portion de la clause contractuelle, pour la faire disparaître alors que le reste du contrat reste valable, serait une sanction plus opportune et correspondrait à une approche contemporaine de la nullité selon laquelle « *les effets de la nullité doivent être limités à ce qui est nécessaire pour écarter toutes les conséquences de l'acte contraire au but de la règle transgressée, et seulement ces conséquences-là* »<sup>884</sup>. La nullité partielle offrirait l'avantage d'éviter le sacrifice des droits fondamentaux ou de la liberté contractuelle. Par ailleurs, elle apparaît comme la sanction la plus opportune lorsque le juge se livre à une pesée globale des intérêts et pourrait être la suite naturelle du contrôle de proportionnalité privatisé.

Par ailleurs, de façon plus générale, ce contrôle approfondi de proportionnalité aura, comme il a déjà été observé, un effet sur la motivation des arrêts qui s'enrichiront de faits contextuels nécessaires à l'appréciation de la proportionnalité et permettra également une mise en place de conditions de recevabilité des pourvois plus rigoureuses afin de limiter l'afflux prévisible de pourvois nouveaux et de redonner un rôle unificateur et normatif<sup>885</sup> aux interventions de la Cour de cassation. Dès lors le recours au contrôle de conventionnalité peut s'expliquer de même que le développement du contrôle de proportionnalité privatisé.

## **292 – Conclusion** – L'introduction de principes directeurs en droit des contrats aurait pour

---

<sup>880</sup> Cass., soc., 18 septembre 2002, n° 00-42904

<sup>881</sup> V. notamment CH. RADE, Observations sous Cass. soc. 18 septembre 2002, *RDC* 2003. 150 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 23<sup>ème</sup> éd, 2006, n° 249, p. 307-308.

<sup>882</sup> V. en ce sens, Y. AUGUET, obs. sous Cass. com., 17 décembre 2002, *D.* 2004, somm. comm. 1156.

<sup>883</sup> PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Bibli. De droit privé, T. 101, 1969 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, résolution et responsabilité*, Préf. J. GHESTIN, BDP, T. 218, LGDJ, 1992.

<sup>884</sup> M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, T. 36, 2002, n° 96, p.67.

<sup>885</sup> V. en ce sens, B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », art. précité.

effet de développer la pesée globale des intérêts d'une part lorsque les principes directeurs devront être conciliés dans l'hypothèse où il n'existerait pas de règle juridique déjà édifiée pour résoudre le litige, d'autre part lorsqu'ils entreraient en confrontation avec un droit fondamental comme le prévoit l'article 1102 du projet d'ordonnance proposé en 2015<sup>886</sup>. Une première incidence en découlerait : l'immixtion des droits fondamentaux modifierait le paradigme de la liberté contractuelle qui s'imposait avant leur introduction. Ainsi, paradoxalement, la liberté contractuelle, bien que consacrée comme un principe directeur ne serait plus le socle de référence à l'aune duquel sont appréciées les atteintes portées aux droits fondamentaux. La liberté contractuelle et les droits fondamentaux devraient se concilier et à l'usage, ils se limiteront mutuellement. Cette première incidence en emporterait une seconde sur le rôle du juge qui se livrerait plus facilement à un contrôle de proportionnalité. La portée de ce nouveau contrôle se ressentirait sur les sanctions. À cet égard, il devrait se manifester un pouvoir de réfaction accordé au juge bien que la nullité partielle apparaisse plus opportune.

---

<sup>886</sup> « Art. 1102. – 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.  
« Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».

---

## CONCLUSION DU TITRE I

---

**293 – Propos conclusifs** – L'introduction de principes directeurs en matière contractuelle interpelle sur l'appréhension qui en sera faite par les juges. Comment se les approprieront-ils dans le processus décisionnel ? L'étude du raisonnement juridique suivi par les juges traduit les transformations du mode de production du droit.

Le premier constat qui s'impose est le suivant : le syllogisme, sans nier toute son importance et sa valeur, a tendance en matière contractuelle, à réduire l'acte de juger à un acte mécanique, linéaire, automatique. En effet, le législateur de 1804 avait exclu le juge du couple formé par les parties, en conséquence, son intervention se limitait à une fonction de « juge-arbitre ». Cette figure n'est plus actuelle. En s'appuyant sur diverses notions, bonne foi, obligation d'information, équité, bonnes mœurs, principe de droit naturel, la fonction du juge s'est transformée et a donné naissance au « juge-providence ». Le juge s'est adapté aux réalités sociales du XX<sup>ème</sup> siècle mais il a su également s'effacer lorsqu'il le fallait, sauver le contrat, se soumettre à la loi contractuelle tout en intervenant pour protéger les parties sans porter un attachement excessif à la norme de référence. Cet essor de l'interventionnisme judiciaire pour contribuer à un « *monde contractuel meilleur* »<sup>887</sup> s'est également construit sur une méthode de l'acte de juger qui a su allier la rigueur de la logique du syllogisme judiciaire à l'humanisme de la pesée globale des intérêts comme il a pu être souligné avec l'exemple de la réticence dolosive et le contrôle judiciaire de la sanction suite à une inexécution contractuelle. L'édition de principes directeurs et le développement des droits fondamentaux devraient alors favoriser le développement du contrôle de proportionnalité. De fait, cela contribuerait à une éthique du contentieux contractuel meilleure, en prise avec la réalité sociale et humaine.

Pourtant les dangers de ce nouveau mode de contrôle sont conséquents et même si « *l'enluminure du bon roi-juge sous son chêne qu'une juste inspiration peut libérer de la mécanique des textes*<sup>888</sup> » peut faire rêver, nul doute que le sacrifice serait trop important : « *un bouillonnement permanent d'incertitudes et d'une effervescence de prétoires encombrés,*

---

<sup>887</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, n° 41, p. 45.

<sup>888</sup> A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137.

*donc brouillés, lents et couteux...ne serait-ce pas la négation même du droit ?*<sup>889</sup> ». Ce contrôle de proportionnalité doit donc être restreint à son usage classique de contrôle de mesure.

Une question demeure par ailleurs : une mixité méthodologique entre le syllogisme et la balance des intérêts sera-t-elle mise en place ou la forme syllogistique et abstraite sera-t-elle complètement abandonnée et remplacée par une pondération des intérêts en présence qui montrera comment le juge « balance » en soumettant ainsi ses solutions au débat public ? Une alternative est possible en enrichissant la motivation des affaires qui méritent des développements particuliers (par exemple en présence d'invocation de droits subjectifs contradictoires). Ainsi, les motivations enrichies ne concerneraient qu'un nombre limité d'arrêts et ne nécessiteraient pas de faire état des interprétations contradictoires, des doutes, des précédents etc. Seule l'interprétation retenue semble mériter d'être clarifiée, en ce sens, « *l'arrêt doit dire le droit, les travaux préparatoires déployer l'argumentation persuasive, le communiqué, communiquer* »<sup>890</sup>.

Quelle que soit la méthode choisie, cette révolution méthodologique qui compose le processus décisionnel marquerait également le mode de production du droit. La jurisprudence se verrait en effet reconnaître un pouvoir normatif et deviendrait en conséquence une source de droit, entendue comme l'ensemble des données juridiques agissant au stade de la genèse du droit et de sa création. Alors, quel avenir pour les principes directeurs dans le processus décisionnel ? Pour répondre à cette question initiale, il faut conclure que les principes directeurs auraient pour effet de renouveler le débat relatif à la jurisprudence comme source du droit et ce renouveau s'accompagnerait d'une adaptation de la méthodologie mise en œuvre par les juges pour concilier les principes directeurs du droit des contrats avec les normes supérieures fondamentales, c'est ainsi qu'une conciliation se réaliserait peut-être entre le syllogisme juridique et la pesée globale des intérêts. L'avenir des principes directeurs du droit des contrats dans le processus décisionnel s'annoncerait riche.

Il est alors temps d'apprécier l'avenir des principes directeurs sur les règles matérielles du droit des contrats qui en composent la substance. Ils ont vocation à régner sur le droit pour en

---

<sup>889</sup> *Ibid.*

<sup>890</sup> P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, p. 2022.

diriger le développement et ils dessineront l'architecture du droit des contrats de demain.



---

## TITRE II : L'AVENIR DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LA SUBSTANCE CONTRACTUELLE

---

**294 – Annonce de plan** – Il a été démontré que les principes directeurs pourraient avoir un effet fondamental sur la procédure contractuelle mise en œuvre par les juges en renouvelant tout d'abord la méthodologie de l'acte de juger ce qui favoriserait un contrôle privatisé de proportionnalité, et faisant, ensuite, de la jurisprudence en matière contractuelle une source de droit. Les effets des principes directeurs se ressentiraient également sur les règles matérielles qui forment la substance des règles communes et spéciales du droit des contrats. L'étude de ce dernier titre permettra alors d'évaluer la vitalité des principes directeurs à un double niveau : tout d'abord, l'influence de ces normes sur le droit spécial des contrats qui fera apparaître les principes directeurs comme le fil d'Ariane propre à guider le juriste et le corps social, plus généralement, dans le labyrinthe des règles spéciales (*Chapitre I*) ; ensuite, l'influence des principes directeurs sur les règles qui composent le droit commun des contrats et qui soulignera la rénovation de la théorie générale des contrats (*Chapitre II*). Ces examens mettront en exergue les effets des principes directeurs sur le droit des contrats en ce qu'ils permettraient de lutter contre « *le foisonnement surabondant des espèces contractuelles* »<sup>891</sup> contribuant ainsi au retour à la prépondérance du droit commun. Il apparaîtra que les principes directeurs offriront un outil fondamental dans la recherche de la cohésion d'ensemble à la matière contractuelle en la dotant d'une matrice commune, d'une ossature renforçant l'unité du droit des contrats. Il semble également nécessaire d'apprécier la mise en œuvre des principes directeurs sur la rénovation du droit commun proposée par la Chancellerie.

CHAPITRE I : LES PRINCIPES DIRECTEURS COMME FIL D'ARIANE DANS  
LE LABYRINTHE DU DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS,

CHAPITRE II : LES PRINCIPES DIRECTEURS ET LA RÉNOVATION DU DROIT  
COMMUN DES CONTRATS.

---

<sup>891</sup> G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journées de la Société de Législation comparée, RID Comp.* 1979, n° spécial, Vol. 1, p. 447, spéc. n° 36, p. 457.



---

# CHAPITRE I : LES PRINCIPES DIRECTEURS COMME FIL D'ARIANE DANS LE DEDAILE DU DROIT SPECIAL DES CONTRATS

---

**295 – Division** – La division entre droit commun et droit spécial des contrats<sup>892</sup> est positivement inscrite à l'article 1107 du Code civil : « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ». Cet article fondateur reconnaît la coexistence de plusieurs corps de règles applicables à tous les contrats et affirme le statut du droit commun des contrats comme code de référence. L'importance de cet article est telle qu'il est incompréhensible qu'il ait disparu du projet d'ordonnance<sup>893</sup>. Il est impératif de maintenir cette règle pour assurer la cohérence du droit des contrats et sa lisibilité<sup>894</sup>. Il est paradoxal de « *proposer d'élaborer un droit commun du contrat, en supprimant le seul texte qui lui conférerait ce caractère et qui laisse ainsi le champ libre à la législation des bureaux* »<sup>895</sup>. Il est urgent de réparer cette erreur et de pérenniser cette règle essentielle à la matière contractuelle.

Historiquement, les rapports entretenus entre le droit commun et le droit spécial depuis 1804 ont fluctué dans un mouvement pendulaire : en 1804, le droit commun était conçu comme le droit normalement applicable et les règles spéciales en assuraient le plus souvent le prolongement et exceptionnellement, elles y dérogeaient en raison de la nature du contrat<sup>896</sup>. Ce fut la période du mythe de l'universalisme et de l'intemporalité du droit des obligations<sup>897</sup> mais au cours du temps, le droit spécial des contrats s'est émancipé de la tutelle du droit

---

<sup>892</sup> P-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, LexisNexis, Litec, 7<sup>ème</sup> éd., 2013 ; A. BENABANT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 10<sup>ème</sup> éd., 2013 ; J. GHESTIN et J. HUET (dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2012 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2012.

<sup>893</sup> Y. LEQUETTE, « Y'aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015/3, p. 616.

<sup>894</sup> V. en ce sens, N. BLANC, « Contrats nommés et innommés, un article disparu ? », *RDC* 2015/3, p. 810.

<sup>895</sup> Y. LEQUETTE, « Y'aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », article précité.

<sup>896</sup> V. en ce sens, L. CADJET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 7.

<sup>897</sup> Pour une critique de ce mythe, V. notamment M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français, Les obligations*, 1ère partie, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1952 par P. ESMEIN.

commun au point que les « *contrats très spéciaux ont chassé les contrats spéciaux* »<sup>898</sup>. Ce mouvement de spécialisation du contrat s'est dessiné sous l'essor d'une législation prolifique et impérative qui a fait craindre à certains auteurs « *un naufrage du droit commun* »<sup>899</sup>. Les dispositions relatives au droit commun des contrats contenues dans le Code civil ont pourtant le mérite de détenir « *le lexique des mots souches et le stock de principes qui sont les sédiments de la mémoire juridique* »<sup>900</sup>. Les principes directeurs formeraient ainsi, un stock d'outillage intellectuel<sup>901</sup> pour pénétrer « *le maquis du droit spécial* »<sup>902</sup>. À cet effet, il sera démontré que les principes directeurs pourraient être à la fois, un instrument correcteur du droit spécial (*Section I*), un instrument de forçage du droit spécial (*Section II*) et un instrument de comblement des lacunes du droit spécial (*Section III*). La vitalité des principes directeurs permettra au droit commun de résister à la spécialisation du droit des contrats et signera le retour à la prépondérance du droit commun. Il est à noter que l'examen de cette partie provient d'une vision prospective et subjective. En effet, la catégorie des principes directeurs n'existant pas, du moins pas encore, les exemples retenus appartiendront nécessairement au droit positif analysés dans une vision prévisionnelle.

---

<sup>898</sup> P. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chronique à la Revue trimestrielle de droit civil », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 110.

<sup>899</sup> A. HOLLEAUX, « La fin des règles spéciales », *Bull. de l'Institut international d'administration publique*, 1976, p. 419 et spéc. p. 424 cité in CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, T. 509, 2009, spéc., n° 10, p. 17.

<sup>900</sup> J. CARBONNIER, « Le code civil », in *Les lieux de mémoire*, P. NORA (dir.), II, La nation, Gallimard, Paris, 1986, p. 293, spéc. p. 306.

<sup>901</sup> V. en ce sens, G. CORNU, « L'unité du Code civil », *Droits*, 2006, p. 147, spéc. p. 152 : « *le Code civil est un stock de concepts. Toutes les notions fondamentales du droit privé sont en lui. Tout l'outillage de la discipline est là* ».

<sup>902</sup> PH. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution du droit des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 349.

## SECTION I. LES PRINCIPES DIRECTEURS, INSTRUMENT CORRECTEUR DU DROIT SPECIAL DES CONTRATS

---

**296 – Les conséquences inopportunes de certaines règles spéciales** – La mise en œuvre automatique d'une règle de droit spécial peut conduire à des conséquences inopportunes et à des effets pervers. Le droit commun peut alors jouer un rôle correcteur pour tempérer ou corriger la règle spéciale. Ainsi comme il a pu être relevé par un auteur<sup>903</sup>, le recours au droit commun pour corriger les excès de la disposition spéciale peut jouer de deux manières : soit de manière directe en écartant la règle spéciale, ainsi en est-il par exemple de la clause résolutoire inscrite dans un bail qui sera paralysée si elle est mise en œuvre de mauvaise foi, soit de manière indirecte en compensant l'effet de la règle spéciale par l'allocation de dommages-intérêts. Deux exemples seront analysés : ils souligneront le rôle correcteur du droit commun qui serait favorisé par l'émergence des principes directeurs composant le droit commun des contrats.

**297 – Le congé irrégulier du preneur dans le bail commercial suite à la mauvaise foi du bailleur** – L'exemple du congé irrégulier par le preneur à bail commercial en raison de la mauvaise foi du bailleur illustre bien la rigidité de certaines règles spéciales. En effet, avant que la loi pinel du 18 juin 2014 ne vienne corriger ses effets, l'article L. 145-9 du Code de commerce exigeait que le congé du bail commercial, qu'il émane du bailleur ou du preneur, soit délivré par acte extra-judiciaire. La jurisprudence avait fait de cette exigence une règle d'ordre public, en conséquence de quoi il était fait interdiction aux parties d'y déroger par l'introduction d'une règle prévoyant un autre formalisme pour délivrer le congé. Il arrivait pourtant que le bailleur introduise une clause prévoyant la possibilité d'un congé par lettre recommandée avec accusé de réception en étant de mauvaise foi car il n'ignorait pas la non-conformité de cette stipulation. Dans cette hypothèse, le congé donné par lettre recommandée était considéré comme irrégulier, le bail se poursuivait et le preneur devait verser le montant des loyers. La Cour de cassation, en ayant recours au droit commun, est venue corriger le caractère automatique de la règle spéciale et ses excès. Ainsi, dans son arrêt du 13 janvier

---

<sup>903</sup> A. BENABANT, obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janvier 1999, *D.* 2000, somm. comm. 11.

1999<sup>904</sup> la Haute cour reconnaît que le bailleur qui était en l'espèce, professionnel de l'immobilier, ne pouvait ignorer l'irrégularité formelle qu'il a sciemment provoquée puisqu'il a lui-même inséré la clause ; sa mauvaise foi est alors sanctionnée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil par la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle. Le versement des dommages-intérêts dus par le bailleur compense alors le montant des loyers que doit payer le preneur en raison de l'irrégularité du congé. La jurisprudence est venue corriger les excès auxquels conduisait l'impérativité d'une règle spéciale lorsqu'elle était mise en œuvre de mauvaise foi par le bailleur. La loi du 18 juin 2014 a pris acte des difficultés soulevées par le caractère d'ordre public du congé donné par acte extrajudiciaire de sorte qu'aujourd'hui l'article L. 145-9 du Code de commerce dispose que « *le congé doit être donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire, au libre choix de chacune des parties* ». Depuis, la loi Macron du 6 août 2015<sup>905</sup> est revenue sur cet état : le congé délivré par le bailleur de locaux commerciaux impose à nouveau l'acte d'huissier.

**298 – Le recours possible aux principes directeurs du droit commun des contrats dans un rôle correcteur** – Au regard du dernier état du droit, l'introduction des principes directeurs permettrait de corriger la règle spéciale lorsque le bailleur manque à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi en permettant au preneur d'engager la responsabilité contractuelle du bailleur. L'édiction d'un principe directeur de bonne foi donnerait ainsi plus de légitimité à la sanction de droit commun dans le but de corriger une disposition de droit spécial. Eût-il encore fallu apporter la preuve de la mauvaise foi du bailleur, ce qui n'est pas toujours aisé car le simple silence sur l'irrégularité du congé n'est pas considéré comme fautif<sup>906</sup>.

---

<sup>904</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janvier 1999, n° 96-22.241 : « *mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, retenu que l'assistance d'un juriste n'était pas de nature à affranchir la société Brice X..., mandataire de la société Placement Pierre Y... I, de l'obligation, qui lui incombait comme rédacteur du bail, d'appeler l'attention de la société Dea France sur l'irrégularité de la clause régissant la forme du congé à propos de laquelle il y avait eu contestation ainsi qu'il ressortait de la télécopie du 15 mars 1989, les modifications au projet de bail qu'avait demandées cette société ayant été acceptées sauf en ce qui avait trait à cette clause, et constaté qu'au contraire de la société preneuse, la propriétaire était professionnelle de l'immobilier, la cour d'appel a pu en déduire que, comme la société Brice X..., la bailleuse avait engagé sa responsabilité à l'égard de la société Dea France, et a légalement justifié sa décision de ce chef* » ; D. 2000. somm. comm. 11, obs., A. BENABANT.

<sup>905</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029101502&categorieLien=id>.

<sup>906</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 juin 2001, n° 99-17737 : « *la Société civile foncière 65, qui était en droit de se prévaloir de l'irrégularité du congé et de poursuivre l'exécution du bail, ne pouvait se voir reprocher un abus dans l'exercice de ce droit* ». En l'espèce, aucune clause ne prévoyait la possibilité de délivrer le congé par lettre recommandée avec accusé de réception. Le bailleur qui se prévalait de l'irrégularité du congé ne commet donc pas un abus dans l'exercice de son droit en restant silencieux et en s'abstenant de prévenir le preneur de l'irrégularité de son congé.

**299 – Les manœuvres dilatoires de l'assureur dans la mise en œuvre de la prescription biennale** – L'article L. 114-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code des assurances dispose que « *toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance* »<sup>907</sup>. Cette brève prescription s'applique aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré, en conséquence, l'action en règlement de l'indemnité d'assurance intentée par l'assuré contre l'assureur se prescrit par deux ans. Cette règle peut produire des effets pervers car les pourparlers engagés avec l'assureur ne sont pas considérés comme un événement interruptif ou suspensif de prescription<sup>908</sup>. Certes, l'assuré peut interrompre la prescription par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception comme il est prévu dans l'article, toutefois les assurés négligent souvent ce simple moyen, pensant que la prescription est, à tout le moins, suspendue durant la période des pourparlers. De plus, certains assureurs exercent des manœuvres dilatoires pour laisser expirer le délai de prescription. Ces pratiques conduisent alors à des situations scandaleuses. Pour lutter contre l'application mécanique de l'article L. 114-1, la jurisprudence a fait intervenir le droit commun des contrats en mettant en œuvre la responsabilité contractuelle de l'assureur, ce qui suppose « *la démonstration d'une attitude fautive de sa part (de l'assureur) aux fins de laisser volontairement expirer le délai de prescription ou de frustrer l'assuré de quelque autre manière du bénéfice de sa police* »<sup>909</sup>. Là encore, le correctif est indirect car si les juges retiennent bien la prescription de l'action, ils tempèrent la décision en offrant à l'assuré des dommages-intérêts. Il a été auparavant jugé<sup>910</sup> qu'échappe au grief de contradiction dans l'application d'un contrat d'assurance, le jugement qui, d'une part, constate que la demande en garantie introduite par l'assuré contre l'assureur plus de deux ans après le sinistre est éteinte par la prescription biennale instituée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930, et, d'autre part, condamne l'assureur au paiement de dommages-intérêts pour sanctionner les manœuvres dilatoires ayant conduit l'assuré à se laisser surprendre par la prescription. La règle commune

---

<sup>907</sup> L'article prévoit toutefois un délai de 10 ans pour certains contrats, notamment lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur ainsi que dans les contrats d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, lorsque les bénéficiaires sont les ayants droit de l'assuré décédé. Par ailleurs, pour les contrats d'assurance sur la vie, nonobstant les dispositions du 2<sup>o</sup>, les actions du bénéficiaire sont prescrites au plus tard trente ans à compter du décès de l'assuré ; V. M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, LGDJ-Lextenso, DL 2014, 3<sup>ème</sup> éd. ; L. LEVENEUR et Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, collection Précis, 13<sup>ème</sup> éd., 2013.

<sup>908</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1996, n° 94-11.106 : « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que le délai de la prescription avait commencé à courir du jour de l'assignation, soit le 8 février 1985, et que ni la radiation d'une affaire du rôle, ni des pourparlers, ne sont suspensifs ou interruptifs de la prescription, de sorte qu'à la date où M. X... avait assigné son assureur en garantie, le 15 juin 1987, celle-ci était acquise, la cour d'appel a violé les textes susvisés* », note B. BEIGNIER, *JCP* 1997, II, 22917.

<sup>909</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1988, n° 86-19296.

<sup>910</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1975, n° 74-10061.

correctrice prend ici la forme du devoir de loyauté dans l'exécution du contrat : « *la juridiction du second degré a pu en déduire que l'assureur, tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation après la survenance d'un sinistre, avait commis une faute contractuelle dont il devait réparation* »<sup>911</sup>. Cette loyauté s'est par la suite étendue, la Haute cour ayant pu estimer qu'un simple silence fautif<sup>912</sup> gardé par l'assureur, détaché de toute manœuvre, entraîne malgré tout une condamnation à des dommages-intérêts. Dans cet exemple, la jurisprudence dispose déjà des outils nécessaires pour corriger *via* le droit commun des contrats les effets pervers qui peuvent s'appliquer suite à l'automatisme d'une règle spéciale. Si, dans ce cas, l'utilité des principes directeurs comme instrument correcteur peut être mise en doute, il n'en demeure pas moins, que la malléabilité de ces derniers permettrait d'offrir de belles perspectives correctrices du droit spécial dans toutes les hypothèses où le législateur n'est pas encore intervenu et aurait l'avantage de permettre également un correctif direct en écartant la règle spéciale.

**300 – Conclusion** – Les principes directeurs du droit commun des contrats pourraient faire preuve d'une étonnante vigueur car ils sont d'une nature suffisamment flexible pour suivre sans contorsion les objectifs poursuivis par le droit commun des contrats. Les principes directeurs apparaissent comme un outil intéressant pour corriger les effets pervers ou inopportuns des règles spéciales. Ils présenteraient aussi les caractéristiques d'un outil de forçage : conçus comme une matière première, ils sont propices au façonnage de nouvelles obligations.

---

<sup>911</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 1996, n° 94-13.468.

<sup>912</sup> V. en ce sens, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1994, n° 91-19.072 : « *la cour d'appel a retenu que l'assureur avait commis, dans l'exécution de ses obligations à l'égard de son assurée, une négligence dont il devait réparation ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient le moyen, la cour d'appel, fondant sa décision sur la responsabilité contractuelle du Lloyd continental, a condamné cette compagnie, non à la prise en charge du sinistre par le jeu de la garantie stipulée dans la police, mais à indemnisation du dommage causé par sa faute ; que l'arrêt se trouve légalement justifié, l'action en responsabilité étant recevable dès lors que le point de départ de la prescription biennale se situe à la date où l'assuré a eu connaissance du manquement de l'assureur à ses obligations et du préjudice en résultant pour lui ; qu'en outre, l'arrêt attaqué retient que le Lloyd continental, bien qu'informé par la copie de la lettre du 20 décembre 1985, que la prescription devait être acquise dès le 2 février suivant, n'a pas "réagi auprès de l'assuré "qui correspondait directement avec l'expert depuis près de 2 ans* ».

## SECTION II. LES PRINCIPES DIRECTEURS, INSTRUMENT DE FORÇAGE DU DROIT SPECIAL DES CONTRATS

---

**301 – Appréciation sur le forçage contractuel** – Si « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »<sup>913</sup>, il est aujourd’hui habituel de considérer que ce principe a perdu de sa vigueur<sup>914</sup>. La force contraignante du contrat paraît en effet attaquée par le juge (parfois avec l’aide du législateur) qui révisé les honoraires convenus des mandataires et des professionnels du libéral<sup>915</sup>. Le juge ampute le contrat en pratiquant une nullité partielle<sup>916</sup>, il modifie les clauses pénales<sup>917</sup>, écarte les clauses abusives<sup>918</sup>. Et que dire de la découverte d’obligations nouvelles implicites<sup>919</sup> ? Le juge ne semble plus tenu par le principe de la force obligatoire : « *le juge du contrat n’est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d’un prétendu principe de l’autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu* »<sup>920</sup>. Depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*<sup>921</sup> qui affirmait qu’« *il n’appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »<sup>922</sup>, les choses semblent avoir bien évolué.

Mais les juges ont-ils vraiment franchi le Rubicon ? Certes, ils usent largement de leur

---

<sup>913</sup> Article 1134 du Code civil – V. notamment sur la force obligatoire du contrat : P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ* 1999, p 771 ; « La force obligatoire- Jusqu’où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, « thèmes et commentaires », 2003, p. 163 ; CH. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l’article 1134 du code civil », *Dalloz* 2002, p. 901.

<sup>914</sup> V. en ce sens, CH. JAMIN, « L’intangibilité du contrat ou la double philosophie de l’article 1134 c. civ », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p 45 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l’article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 265.

<sup>915</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1998, n° 95-157.99 ; l’article 10 de loi du 31 décembre 1971, modifiée par la loi du 10 juillet 1991 ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l’avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu

<sup>916</sup> V. déjà, PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ 1969, Préf. A. WEILL ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1983, I, 3691.

<sup>917</sup> Article 1152 du Code civil.

<sup>918</sup> Article L. 132-1 Code de la consommation.

<sup>919</sup> Cass. civ., 21 novembre 1911, *GAJC*, T. II, n° 262, *Dalloz*, 12<sup>ème</sup> éd, 2008 ; 27 janvier 1913 ; 21 avril 1913, *D.* 1913. I. 249, note SARRUT.

<sup>920</sup> L. CADIEU, « Une justice contractuelle, l’autre », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 177.

<sup>921</sup> Cass. civ. 6 mars 1876, *GAJC*, T. II, n° 165, *Dalloz*, 12<sup>ème</sup> éd, 2008.

<sup>922</sup> *Ibid.*

pouvoir d'interprétation, mais l'interprétation peut très bien être complétive tout en respectant le principe posé par la force obligatoire si le juge recherche l'intention des parties. Par ailleurs, le législateur, dès 1804, n'était déjà pas hostile à un complément du contrat par le juge car à la lecture de l'article 1135 du Code civil, il apparaît que : « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Une brèche dans la force obligatoire du contrat était ouverte. En réalité, c'est l'usage de la bonne foi (article 1134 alinéa 3) qui a permis d'affirmer le pouvoir de révision et de complément du juge : « *ainsi dira-t-il que l'invocation par le créancier de telle clause contractuelle, dans tel contexte particulier, est contraire aux exigences de la bonne foi, s'octroyant de la sorte une espèce de pouvoir modérateur général. Un pas de plus, et il reprochera au créancier de réclamer l'exécution du contrat tel qu'il a été conclu, sans accepter de le renégocier, alors que les intérêts de son cocontractant sont gravement compromis* »<sup>923</sup>. Mais cette activité judiciaire ne réduit pas forcément la force obligatoire à une peau de chagrin. Elle peut même être favorable à la loi contractuelle : en effet « *c'est sauver le contrat que de lui permettre de survivre, adapté, à des circonstances qui en empêchent l'exécution, tel qu'initialement conclu* »<sup>924</sup>. Il n'est pas certain que les conventions ne soient plus aux yeux des juges, la loi des parties contractantes. Dès lors, le forçage du contrat doit être nuancé dans son appréciation. Certes, il peut parfois être critiquable mais il peut aussi être l'instrument d'une meilleure justice contractuelle. Un auteur notait d'ailleurs qu' « *après la conclusion du contrat, au contraire, la sécurité contractuelle n'apparaît plus comme le seul impératif. L'irrévocabilité et l'intangibilité refluent laissant place à l'impératif de justice contractuelle. Et, corrélativement, cela réintroduit plus de liberté et de volonté dans les effets du contrat : l'accroissement de la liberté de chacune des parties de sortir unilatéralement de l'acte ou d'en demander la modification, se double de celle du législateur ou du juge d'intervenir sur le contrat si des impératifs supérieurs le commandent* »<sup>925</sup>. Dès lors, le forçage du contrat ne paraît pas si pernicieux.

La souplesse des principes directeurs les rend propices à la création d'obligations nouvelles. Il n'est plus question ici, pour le juge de corriger ou tempérer les effets pervers de

---

<sup>923</sup> L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, dossier « Loi et contrat », mars 2005.

<sup>924</sup> *Ibid.*

<sup>925</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357, spéc. p. 376.

certaines dispositions spéciales mais de créer, à partir des principes directeurs, des obligations non prévues par le texte spécial. Avant l'introduction de cette catégorie juridique, l'instrument de forçage contractuel le plus usité est celui de la bonne foi. Ainsi, bien que marqués par le « syndrome de Craponne »<sup>926</sup> les juges ont, dans plusieurs arrêts, témoigné d'une certaine audace, signe d'un frémissement jurisprudentiel dans l'assouplissement du lien contractuel en usant de la bonne foi. Parmi ces décisions, deux exemples relevés dans les domaines respectifs du contrat de travail et du contrat d'assurance vie souligneront ce phénomène de forçage.

**302 – La bonne foi, instrument de forçage du contrat de travail avec l'obligation d'adaptation** – Le lien de filiation entre la bonne foi et l'obligation d'adaptation a été créé avec l'arrêt *Expovit*<sup>927</sup>, initiant une nouvelle jurisprudence de la chambre sociale. Dans cet arrêt, la Cour de cassation consacre une nouvelle obligation à la charge de l'employeur, celle d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi en se fondant expressément sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Dans les faits, une employée chargée du fichier clients informatique a été licenciée pour suppression de poste. Or, moins de 10 jours après le licenciement, l'entreprise a engagé une nouvelle facturière. Les juges du fond avaient alors estimé que le licenciement économique de l'employée se trouvait sans cause réelle et sérieuse et avait condamné en conséquence la société à payer une indemnité à la salariée. La Haute cour a approuvé le raisonnement tenu par les premiers juges en retenant que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ; qu'ayant relevé que la société avait engagé le 3 juillet 1987 une facturière, la cour d'appel a fait ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser Mme X... dans cet emploi compatible avec ses capacités ; qu'elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique* ». Cet arrêt, fondamental dans l'évolution du droit du travail a mis fin à la théorie de l'employeur seul juge<sup>928</sup> apte à apprécier les capacités professionnelles de ses employés pour décider de reclasser ou non un salarié en cas de transformation de poste. L'avancée est très

---

<sup>926</sup> C. JAROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141, spéc. p. 147

<sup>927</sup> Cass., soc., 25 février 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ.* 1992, V, n° 122 ; *D.* 1992, jurisp. p. 390, note de M. DEFOSSEZ ; *D.* 1992, somm. comm. 294, note A. LYON-CAEN ; *RTD Civ.*, 1992, p. 760 obs. J. MESTRE où l'auteur relève que la bonne foi devient « très exigeante » et qu'elle « change de nature ».

<sup>928</sup> Cass. soc., 4 janvier 1980, n° 78-406.18 : « *l'employeur est jugé sauf détournement de pouvoir, des mesures les mieux appropriées pour redresser la situation de l'entreprise et de l'aptitude de chacun de ses salariés pour atteindre ce résultat* ».

importante, d'autant plus que cette jurisprudence a été réitérée<sup>929</sup> et qu'elle témoigne de l'influence d'un principe issu du droit commun des contrats sur le droit du travail. Cette exécution de bonne foi du contrat de travail a d'ailleurs été par la suite inscrite dans le code à l'article L. 1222-1 : « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » et l'article L. 1233-4 prévoit que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

Cette obligation nouvelle créée par le législateur s'apprécie d'autant plus qu'elle s'inscrit dans un mouvement hostile à la révision pour imprévision. Ces arrêts soulignent ainsi le visage que peut revêtir la bonne foi spécifiquement dans certains contrats spéciaux (travail et distribution notamment<sup>930</sup>). Il semble alors que le poids donné à la bonne foi, si elle était consacrée comme un principe directeur, pourrait être utilisé pour forcer certains contrats spéciaux en créant des obligations nouvelles, soit dans le but de parvenir à une meilleure justice contractuelle, soit pour combler les lacunes du droit spécial.

**303 – Le forçage du contrat dans les renonciations à une assurance vie** – Un autre exemple illustre le forçage du contrat par la reconnaissance d'une obligation de bonne foi non spécifiée à l'origine dans ce type de contrat : il s'agit du régime des renonciations à une assurance vie relevant de l'article L. 132-5-2 du Code des assurances. Cette deuxième illustration permet également d'apprécier de quelle façon les principes directeurs pourraient être mis en œuvre afin d'éviter la multiplication des interventions législatives. En l'état du droit positif c'est toutefois le législateur qui a été contraint d'intervenir : en effet, la loi DDADUE du 30 décembre 2014 est venue briser une jurisprudence<sup>931</sup> contestable selon laquelle la bonne ou mauvaise foi du souscripteur était indifférente pour la prorogation du délai de renonciation à une assurance-vie en cas de non remise par l'assureur des documents et informations prévus par la loi. Or l'article L. 132-5-2 provoquait des effets indésirables par le profit qu'en faisait l'assuré. Cette jurisprudence permettait à ce dernier de solliciter une prorogation du droit de renonciation au prétexte d'un défaut d'information alors qu'il était en

---

<sup>929</sup> Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 90-44466 ; Cass. soc., 19 novembre 1992, n° 90-45970 ; Cass. soc., 6 avril 1994, n° 92-41075.

<sup>930</sup> V. l'arrêt *Huard*, Cass. Com. 3 novembre 1992, n° 90-18.54, *D.* 1995. 85, obs. D. FERRIER ; *RTD Civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE – *Adde* Y.-M. LAITHIER, « l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *D.* 2014, 33.

<sup>931</sup> Jurisprudence constante depuis Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mars 2006, n° 05-12.338.

réalité informé et qu'il agissait ainsi uniquement pour échapper aux conséquences des risques financiers encourus et effacer ainsi ses pertes. Cet article conduisait alors à des solutions insensées<sup>932</sup>. Le législateur est intervenu en remplaçant dans l'article les mots « *de plein droit* » par l'expression « *pour les souscripteurs de bonne foi* ». Depuis, la prorogation du droit de renonciation est réservée au souscripteur de bonne foi, c'est-à-dire « *à celui qui a besoin de cette prorogation pour exercer son droit (l'ayant ignoré jusque-là ou n'étant pas suffisamment informé du contrat pour renoncer en connaissance de cause)* »<sup>933</sup>. Les principes directeurs du droit commun des contrats auraient pu venir au secours des effets indésirables prévus par l'ancien article L. 132-5-2 du Code des assurances avec une jurisprudence *contra legem*.

**304 – Conclusion** – Conçus comme une matière première, les principes directeurs offrent de nombreuses utilités pour éviter de multiplier les interventions législatives dans des contrats spéciaux. Ils permettraient ainsi de corriger ou de tempérer les effets indésirables de certaines dispositions spéciales, de forcer les parties contractantes à respecter des obligations nouvelles à un contrat spécial lorsque des impératifs supérieurs le commandent. Ils pourraient également jouer un « *rôle ordonnateur* »<sup>934</sup> au sein du droit des contrats en conférant à l'ensemble des contrats une matrice commune. En effet, si le droit commun existe, c'est avant tout pour combler les lacunes du droit spécial et éviter un vide juridique.

---

<sup>932</sup> V. par ex Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 février 2010, n° 08-21.367 et 09-10.311 dans lequel la Cour reconnaît explicitement que le souscripteur était de mauvaise foi : « *Un papier au lieu de deux, alors que toutes les informations ont été délivrées : le souscripteur est en droit d'exercer son droit de renonciation au contrat d'assurance aussi longtemps qu'il n'a pas reçu le feuillet manquant. Cette règle de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances (remplacée par celle de l'article L. 132-5-2, qui établit une limite de huit années) est une véritable aubaine pour le malin qui, comme le relève la Cour de cassation, « mécontent de l'évolution de son capital » en raison de la baisse de la valeur des unités de compte, reproche « à l'assureur de n'avoir pas respecté son obligation précontractuelle d'information au moment de la souscription du contrat, telle que prévue par l'article L. 132-5-1 du Code des assurances* », J. KULLMAN, *JCP G* 2010, I, 428.

<sup>933</sup> J. KULLMAN, *loc. cit.*

<sup>934</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », in *Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 925, spéc. p. 936.



### SECTION III. LES PRINCIPES DIRECTEURS, INSTRUMENT DE COMPLEMENT DU DROIT SPECIAL DES CONTRATS

---

**305 – La complétude du droit commun des contrats** – Le droit spécial souffre de plusieurs faiblesses que comble le droit commun. D'une part, il souffre d'une incomplétude car la capacité du législateur est limitée, le droit spécial est ainsi toujours menacé d'« *obsolescence continue* »<sup>935</sup>. Or « *la généralité, si elle est bien conçue, doit permettre une application sûre dans la majorité des cas et tolérer une souplesse de l'interprétation dans les espèces difficiles à analyser* »<sup>936</sup>. D'autre part, les dispositions spéciales souffrent d'un retard inéluctable sur la pratique qui précède la réglementation propre à régir les nouvelles figures contractuelles. Les règles communes permettent alors de les doter d'un régime cohérent. Le droit spécial des contrats tire profit de l'existence du droit commun pour combler les vides et les silences<sup>937</sup> de la réglementation spéciale puisqu'il appartient au droit commun de régler les questions non résolues spécifiquement. C'est ainsi que le contrat de vente obéit au droit commun s'agissant d'un certain nombre de ses conditions de validité<sup>938</sup> : vices du consentement, capacité à contracter, cause du contrat. Le droit commun se conçoit comme « *le forum et le conservatoire général de toutes les figures éclairantes et rayonnantes* »<sup>939</sup> du droit des contrats et prévient l'inflation législative.

**306 – Une complétude organisée normalement par la subsidiarité du droit commun** – En dehors du champ restreint du droit spécial, le droit commun a vocation à s'appliquer par l'effet de sa subsidiarité<sup>940</sup> mais la réalité jurisprudentielle est plus hésitante.

---

<sup>935</sup> A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Springer-Verlag, 1988, n° 243, p. 110.

<sup>936</sup> H. BATIFFOL, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35 et spéc. p. 44.

<sup>937</sup> V. en ce sens, F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, 59.

<sup>938</sup> V. en ce sens, A. BENABANT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 10<sup>ème</sup> éd., 2013

<sup>939</sup> G. CORNU, « Étude législative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, *RDC* 2006, p. 19 et spéc. p. 23.

<sup>940</sup> V. la confirmation de la subsidiarité du droit commun des contrats dans deux exemples : 1. Dans le contrat de mariage, V. en ce sens CA Paris, chambre civile I, section C, 14 décembre 1999, n° 1998/19827, *Dr. Fam.* 2001, comm. 19, obs. B. BEIGNIER : Le contrat de mariage qui n'est souscrit qu'en vue de la célébration du mariage est caduc si celui-ci n'est effectivement pas célébré ou vient à être annulé et, indépendamment de sa caducité éventuelle liée au sort de l'union, *il est aussi, comme toute convention, susceptible d'annulation lorsqu'il a été conclu en violation des règles du droit commun concernant le consentement*; il s'ensuit qu'en l'espèce le contrat de mariage doit être annulé pour vice du consentement dès lors qu'il est établi par constatations médicales à la veille de la signature du contrat que le futur mari possédait des facultés mentales affaiblies qui le rendaient incapable de discerner le sens et la portée du contrat qu'il signait. 2. Dans la vente immobilière : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2004, n° pourvoi : 01-10.271 : « *s'appliquent aux cessions d'offices publics ou ministériels les règles*

L'exemple de la responsabilité des constructeurs d'ouvrages l'illustre bien. La réglementation de ce contentieux est soumise aux articles 1792 et s. du Code civil, seuls devraient être soumis à ces régimes spéciaux les dommages qui entrent précisément dans les prévisions de ces articles, les autres devant relever du droit commun de l'article 1147 du Code civil<sup>941</sup>.

L'étude de la jurisprudence témoigne toutefois d'une hésitation et les solutions varient au gré des espèces<sup>942</sup>. L'incertitude règne, alors que les implications économiques sont considérables. Les principes directeurs, en tant qu'ils sont porteurs de maximes résumant la conception française du contrat, apparaissent légitimes pour permettre au droit commun de retrouver tout son champ d'application lorsque le droit spécial ne trouve pas à s'appliquer en raison de son interprétation stricte. Les principes directeurs seraient toujours prêts - et c'est là leur potentiel- à offrir leurs règles générales et légitimes en complément ou suppléance du droit spécial : telle est d'ailleurs, la définition même du droit commun<sup>943</sup> des contrats. Les rapports de complémentarité entre droit commun et droit spécial ne sont toutefois pas toujours aisés à comprendre comme l'atteste l'arrêt suivant.

Dans un arrêt du 4 novembre 2014<sup>944</sup>, les juges ont apprécié un déséquilibre significatif inclus dans un engagement d'exclusivité entre professionnels au regard du droit commun alors même que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce était sollicité. Dans les faits, un fournisseur de gasoil avait conclu un contrat de vente de produits livrés le même jour avec une société de transport. Suite à des ventes successives et après utilisation du carburant, des pannes apparaissent. L'acheteur décide d'assigner son fournisseur en réparation de son préjudice après qu'une expertise judiciaire a mis en cause le produit livré. Le fournisseur invoque alors une clause limitative de responsabilité que la cour d'appel déclare opposable après avoir énoncé que les clauses aménageant la responsabilité ou la garantie du vendeur sont valables entre professionnels à la condition qu'elles aient été connues et acceptées par les parties. En l'espèce, les juges du second degré considèrent les conditions réunies, la clause litigieuse étant contenue dans les conditions générales de vente qui figuraient au *verso* de tous les bulletins de livraison du vendeur ainsi que dans toutes les

---

*de droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix* » ; Obs. L. LEVENEUR, CCC, 2005, comm. 60.

<sup>941</sup> J-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 1391 et s.

<sup>942</sup> Par exemple en matière d'impropriété à destination, elle tend à une application extensive de l'article 1792 du Code civil alors que techniquement c'est la qualification de droit commun qui devrait s'appliquer. V. en ce sens, J-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *op. cit.*, n° 1201.

<sup>943</sup> G. CORNU, « L'unité du Code civil », *Droits*, 2006, p. 151.

<sup>944</sup> Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-13576, comm. de S. LE GAC-PECH : « Du nouveau sur les clauses abusives entre professionnels », *JCP Ent. et Aff.*, n° 1-2 du 8 janvier 2015, 1002.

factures. Cette solution n'est pas retenue par la Cour de cassation qui décide que la clause, obligeant l'acheteur à former réclamation contre le vendeur au moment même de la livraison rendait impossible toute action en réparation puisque l'utilisation du carburant est nécessairement postérieure à la livraison. Dès lors, privant l'acquéreur de tout recours, la Haute cour répute la clause non écrite sans motiver davantage sa décision et considère que la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1643 du Code civil.

Cet arrêt n'est pas sans rappeler l'arrêt *Chronopost*<sup>945</sup> dans lequel les juges avaient réputé non écrite une clause qui portait atteinte à l'obligation essentielle du contrat. La Cour de cassation écarte ainsi l'ensemble des autres griefs fondés sur l'article L. 442-6-I 2° du code de commerce qui soutenait que la clause limitative de responsabilité entraînait un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Se fondant uniquement sur le droit commun, la Cour n'a pas besoin d'apprécier s'il existait un déséquilibre, si celui-ci était compensé par un autre avantage ou s'il permettait d'engager la responsabilité délictuelle du vendeur. Cet état du droit positif est assez complexe car pourquoi appliquer à ces clauses prévues entre professionnels un droit commun alors que le texte spécial permettait de régler le litige ? L'attachement au droit commun ne doit pas tendre vers des solutions éparses sans cohérence.

**307 – La restauration du droit commun des contrats sur le droit spécial –** La violence, appréciée dans sa version moderne de « l'abus de nécessité, abus de dépendance »<sup>946</sup> se trouve être une émanation du principe directeur de bonne foi. Elle se retrouve à l'article 1142 du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats. Cette généralisation d'une règle issue du droit spécial modifiera certes, les règles composant le droit commun mais également certains aspects du droit spécial. Cette violence moderne n'est pas totalement nouvelle puisqu'elle se manifeste déjà dans plusieurs dispositions spéciales. Ainsi, l'article 420-2 alinéa 2 du Code de commerce dispose qu' « est prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur », l'article L. 122-8 du Code de la

---

<sup>945</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632 ; *D.* 1997, 121, Chron. obs. A. SERIAUX ; *D.* 1997, 145 CH. LARROUMET ; *D.* 1997, 175 obs. PH. DELEBECQUE ; *RTD Civ.* 1997, 418 obs. J. MESTRE ; *RTD Civ.* 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; *JCP G* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP G* 1997, 4025, obs. G. VINEY ; *Deffrénois*, 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC*, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR – V. également Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841 ; *D.* 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD ; D. HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction ! », *JCP G*, n° 28-29 du 12 juillet 2010, 787, p. 1450.

<sup>946</sup> V. *infra* n° 320-324.

consommation sanctionne également l'abus de dépendance ou de faiblesse du consommateur : « quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte »<sup>947</sup>. L'entrée de cette violence moderne dans le Code civil étend cette notion en permettant une application plus étendue que le champ des dispositions spéciales, or cette évolution pourra toucher des pans des droits spéciaux notamment ceux du droit de la construction. Quelques surprises sont à prévoir dans le domaine de la sous-traitance qui est souvent dans une situation de dépendance économique car si les textes spéciaux ne lui permettent pas d'agir, le droit commun le permettra soit directement par un principe directeur (la bonne foi en l'espèce) soit par les émanations de principes directeurs (abus de dépendance du droit commun). Par ailleurs, le contentieux civil de l'urbanisme pourrait également être touché comme l'atteste déjà le droit positif, la Cour de cassation ayant dernièrement reconnu la violence dans une transaction suite à un recours abusif contre un permis de construire<sup>948</sup>.

**308 – Conclusion** – Si l'édiction de principes directeurs ne peut être interprétée comme un « remède-miracle », elle pourrait, à terme, réduire les conflits de qualification par le partage d'un patrimoine commun à l'ensemble des contrats. En effet, lorsqu'on érige des dispositions spéciales, le fonctionnement est binaire : soit le contrat appartient à la catégorie considérée et le régime afférent lui est appliqué, soit il se soustrait de cette catégorie et la réglementation spécifique n'est alors pas applicable. La qualification est un enjeu primordial

---

<sup>947</sup> V. l'art. L. 122-9 qui étend ce champ d'application aux transactions conclues « dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat ».

<sup>948</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 2015, n° 14-10.920: « attendu que l'arrêt constate que la menace d'exercer les recours contentieux en annulation de permis de construire, objet de la transaction, était illégitime, dès lors que ces voies de droit étaient dénuées de toute chance de succès comme devaient le révéler de nombreuses décisions rendues par les juridictions administratives qui, sur des recours similaires, ont sanctionné le défaut d'intérêt à agir de deux sociétés sœurs de la société Karous, dont elles partageaient le siège social ; qu'après avoir relevé que la société Bouygues immobilier, quelle que soit son envergure financière, devait, pour mener à bien son projet, disposer de permis de construire purgés de tout recours [...] ; que la cour d'appel, caractérisant ainsi la contrainte économique exploitée par la société Karous pour amener son cocontractant à lui consentir une indemnité transactionnelle d'un montant particulièrement élevé, a, par ces seuls motifs, justifié légalement sa décision de tenir la transaction pour nulle ».

qui fait naître des conflits de frontières importants d'autant plus qu'il n'est pas rare qu'un contrat puisse pénétrer pour partie dans plusieurs catégories<sup>949</sup> sans qu'il soit possible de le classer avec certitude dans l'une ou l'autre des catégories. De plus, les principes directeurs permettraient de restaurer l'emprise du droit commun sur le droit spécial des contrats par leur fonction de complétude.

---

<sup>949</sup> C'est toute la question de l'hybridation dans les contrats, V. A. BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 27. L'exemple typique est celui du coffre-fort, V. Cass. com., 11 octobre 2005, n° 03-10.975



---

## CONCLUSION DE CHAPITRE

---

### 309 – Les principes directeurs, fil d’Ariane dans le labyrinthe des règles spéciales

– L’édiction de principes directeurs offre de multiples possibilités. Ils seraient un instrument utile qui permettrait trois actions distinctes : corriger ou tempérer une règle spéciale, forcer une disposition spéciale lorsqu’un impératif supérieur à l’objectif poursuivi par la règle le commande, et combler les lacunes du droit spécial des contrats qui ne peut tout prévoir. De cette façon, la cohérence de l’ensemble de la matière contractuelle, droit commun et droit spécial, serait mieux assurée et une meilleure compréhension du droit en ressortirait pour les sujets de droit. En effet, actuellement, le foisonnement des espèces contractuelles rend la lecture du droit des contrats indigeste au point que le corps social méconnaît parfois une législation trop touffue. Les principes directeurs pourraient ainsi lutter contre une trop grande prolifération des législations spéciales, contre un « *pointillisme qui sacrifie l’accessibilité du droit au profit d’une précision réglementaire qui dessert bien souvent la sécurité juridique plus qu’elle ne fait son jeu* »<sup>950</sup> et serviraient de fil d’Ariane : « *seul l’énoncé de principes communs permettrait de trouver son chemin dans ce maquis de règles de plus en plus minutieuses et touffues que la complexité, elle-même croissante, de la vie en société ne permet guère de réduire ou de simplifier* »<sup>951</sup>. Si l’utilité des principes directeurs sur les dispositions spéciales ne fait plus de doute, il semble nécessaire d’identifier à présent leur influence sur le droit commun des contrats. Sont-ils en phase avec les innovations et les nouvelles règles proposées dans la réforme du droit des contrats initiée par la Chancellerie. Ainsi, il faudra répondre à la question suivante : dans quelle mesure la teneur des principes directeurs est-elle respectée dans la perspective de la rénovation du droit commun des contrats proposée ?

---

<sup>950</sup> T. PIAZZON, La sécurité juridique, Defrénois, Doctorat et notariat, Tome35, 2009, n° 126, p. 266 cité in C H. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, T. 509, 2009, n° 293.

<sup>951</sup> M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 et spéc. p. 2.



---

## CHAPITRE II. LES PRINCIPES DIRECTEURS ET LA RENOVATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

---

**310 – Droit des contrats, l’heure de la réforme**<sup>952</sup> – Après une forte résistance du Sénat, la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a finalement habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour réformer la structure et le contenu du livre III du Code civil. À partir de la publication de cette loi, le gouvernement dispose d’un délai de douze mois pour l’adopter. En attendant, le projet d’ordonnance de mars 2015 a été soumis à une consultation publique. Entre septembre et décembre 2015, le Conseil d’État examinera le projet puis l’ordonnance sera présentée au gouvernement et sera publiée en début d’année 2016. Le dépôt du projet de loi de ratification de l’ordonnance sera mené lors du premier semestre 2016<sup>953</sup>. L’importance de cette réforme est considérable car le droit des obligations est la base de tous les échanges patrimoniaux et elle sera déterminante du rayonnement du droit français à l’avenir. L’étude de ce dernier chapitre a pour ambition de présenter les différentes innovations du droit commun des contrats et de mesurer l’impact des principes directeurs sur la mise en œuvre de ce droit rénové. À cet effet, il sera étudié classiquement, d’une part les règles rénovant la formation du contrat (*Section I*), d’autre part, celles régissant l’exécution du contrat (*Section II*).

Si sur le fond, la codification se fait pour partie à droit constant, le projet d’ordonnance confirmant les positions dégagées par la jurisprudence, certaines innovations ne manquent pas de surgir. Cette rénovation du droit commun doit alors être confrontée aux principes directeurs et à leurs enjeux qui portent sur la place du juge dans le contrat, sur l’agencement entre droit commun et droit spécial des contrats, et sur la sécurité contractuelle.

Il faut néanmoins convenir dès à présent que les répercussions potentielles des principes directeurs ne peuvent pas toujours être réglées « en bloc » comme si elles constituaient une simple conséquence automatique de leur nature de « principe directeur ». Deux exemples, étudiés dans la première partie de cette thèse, justifiaient déjà une analyse

---

<sup>952</sup> N. MOLFESSIS, « Droit des contrats, l’heure de la réforme », *JCP G* 2015, doct. 199.

<sup>953</sup> L’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été adoptée en Conseil des ministres le 10 février 2016 après examen par le Conseil d’État le 4 février dernier. Selon le calendrier fixé, un projet de loi de ratification de l’ordonnance devra être déposé dans les six mois de sa publication ce qui doit permettre au Parlement d’exercer son droit de regard et de modifier, s’il le souhaite, les textes proposés.

individuelle des principes directeurs. En effet, il a été démontré<sup>954</sup> que la question de leur éventuelle place hiérarchique appartenait à d'autres droits, notamment au droit constitutionnel qui donne ses lettres de noblesse à tel ou tel d'entre eux. De même, s'agissant de leur caractère impératif, il a été souligné que tous n'étaient pas impératifs. La bonne foi est un principe d'ordre public mais ce n'est pas le cas de la liberté contractuelle, que les conventions particulières peuvent limiter<sup>955</sup>, ou de la force obligatoire de l'engagement, qui est susceptible de degré, les parties peuvent ainsi introduire une faculté de dédit dans leur convention, ou renoncer à une exécution en nature, etc. Néanmoins, le choix d'analyser « en bloc » les principes directeurs a été préféré car il met en exergue l'originalité de cette catégorie juridique et évite les répétitions des mécanismes du droit commun des contrats qui auraient été inévitables si le choix d'analyser individuellement les répercussions de la liberté contractuelle et de la bonne foi avait été fait.

---

<sup>954</sup> V. notamment *Supra* n° 147.

<sup>955</sup> Ainsi en est-il du pacte de préférence.

## SECTION I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DANS LA MISE EN ŒUVRE DES REGLES RELATIVES A LA FORMATION DU CONTRAT

---

**311 – Division** – Le projet d’ordonnance rénove une partie du droit commun des contrats. À cet effet, il est utile d’observer les règles matérielles proposées pour vérifier si elles respectent la teneur des principes directeurs élaborés dans les dispositions préliminaires et observer la place qui sera offerte aux juges. Un examen sera mené sur les liens observés entre les principes directeurs et les règles de conclusion du contrat (§I) et les conditions de validité du contrat (§II).

### § I. Les principes directeurs et les règles de « conclusion du contrat »

**312 – Principes directeurs et période précontractuelle** – La période précontractuelle fait son entrée dans le code civil. Le projet d’ordonnance contient en effet, une sous-section « négociations » dans laquelle il est inclus deux articles. Le premier dispose que « *l’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu* ». C’est une consécration des principes directeurs inaugurée dans les dispositions préliminaires, affirmation fondée par la présence de la liberté contractuelle et la bonne foi dans la conduite des négociations. C’est une confirmation du droit existant<sup>956</sup> qui conforte la jurisprudence *Manoukian*<sup>957</sup> : par principe, chacun est libre de mettre fin aux négociations et ces dernières doivent être conduites de bonne foi. Celui qui rompt abusivement les négociations manque à ses obligations : il devra alors indemniser les frais occasionnés par la période précontractuelle mais l’article rappelle que l’auteur de la rupture fautive n’aura toutefois pas à indemniser la perte des bénéfices attendus par la réalisation du contrat. Le second article, quant à lui, prévoit que « *celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle* ». Le projet retient la commission d’une faute civile lorsque

---

<sup>956</sup> D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637.

<sup>957</sup> Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 00-10949, obs. D. MAZEAUD, *RDC* 2004, p. 257.

l'une des parties utilise une information confidentielle sans autorisation de son partenaire de négociation. L'auteur manque alors à son obligation de loyauté. Le projet d'ordonnance a le mérite d'inclure à droit constant cette période fondamentale du processus contractuel en lui conférant une assise textuelle et en respectant les principes posés dans les dispositions préliminaires.

**313 – Principes directeurs et promesse unilatérale de contracter** – Le projet d'ordonnance propose une définition de cet avant-contrat à l'article 1124 : « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

Cet article casse la jurisprudence de la Cour de cassation qui depuis un célèbre arrêt du 15 décembre 1993<sup>958</sup> refuse d'accorder l'exécution forcée en nature lorsque le promettant s'est rétracté dans le temps laissé au bénéficiaire pour opter. L'adoption de cet article permettrait ainsi au bénéficiaire qui souhaite lever l'option, de conclure le contrat espéré bien que le promettant se soit rétracté. Deux visions de la promesse unilatérale s'opposent : d'un côté, dans le projet d'ordonnance, le contrat de promesse contient et « fige » une fois pour toutes le consentement du promettant à la vente future. Le bénéficiaire est alors titulaire d'un droit potestatif de lever l'option ; de l'autre côté la jurisprudence considère que le promettant n'est tenu que d'une obligation de faire, s'il se rétracte avant la levée de l'option, il ne peut exister de rencontre des volontés. La Cour de cassation analyse alors le promettant qui manque à sa parole comme un pollicitant et le sanctionne de la même manière, par l'octroi de dommages-intérêts.

Toutefois, de façon incohérente, dans le droit positif, les juges laissent malgré tout aux parties le soin d'inclure une clause prévoyant l'exécution forcée en nature. Mais, il est possible de douter de cette solution<sup>959</sup> car soit la réalisation forcée de la vente est une atteinte

---

<sup>958</sup> Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 2003, n° 91-10199, ; *D.* 1994, 507, note F. BENAC-SCHMIDT ; *D.* 1994, 230, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1995, 87, obs. L. AYNES ; *JCP G* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 1994, 584, obs. J. MESTRE.

<sup>959</sup> V. en ce sens, C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 309, p. 279 et s.

en la personne du promettant trop importante, on ne saurait alors, en cette hypothèse, prévoir une atteinte conventionnelle qui serait contraire au droit du promettant, soit l'exécution forcée en nature ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit du promettant parce qu'elle ne fait qu'entériner le consentement donné au moment de la promesse de contrat ; dans cette hypothèse la sanction devrait être la vente forcée.

Que l'on exulte ou que l'on regrette<sup>960</sup> la sanction prévue par le projet d'ordonnance, il ressort que la réalisation forcée de la vente peut représenter *a priori* un fléchissement au principe de la liberté contractuelle, son essence étant la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat et « *si le consentement a un sens, il veut dire que, jusqu'au bout (...), chacun est libre de donner ou ne pas donner son accord et donc que personne ne peut être forcé à le faire. Un contrat ne peut ainsi pas avoir pour objet de "figer" un consentement pour un contrat futur que l'autre partie pourrait décider seule de former ou non* <sup>961</sup> ». L'exécution forcée en nature peut apparaître comme inadaptée car il est impossible de trouver une obligation plus personnelle que celle de donner son consentement. Avec cette sanction, le promettant n'a pas le droit de se rétracter puisqu'il sera condamné par une vente forcée s'il le fait. Si les choses peuvent être perçues ainsi, il faut rappeler que la liberté contractuelle n'est pas absolue : elle doit être conciliée avec d'autres droits et, en l'espèce, la promesse se distingue de l'offre car elle est un contrat. Par conséquent, la révocation par le promettant ne devrait pas être possible puisqu'il y a un accord originel du promettant et du bénéficiaire. Il existe bel et bien un échange des volontés. Le promettant a fait le choix de conclure ce contrat, il est alors logiquement lié par la force obligatoire de celui-ci. En effet, le pouvoir de s'assujettir à un ensemble de règles témoigne de la vigueur de la liberté contractuelle. Le promettant, en contractant cet avant-contrat, s'est lui-même assujetti à des obligations, notamment celle de réaliser la vente si le bénéficiaire décide de lever l'option. L'objection d'inconstitutionnalité de l'exécution forcée en nature des promesses de vente au nom de la liberté contractuelle ne peut être retenue. La sanction des dommages-intérêts apparaît en réalité méconnaître bien plus la consubstantialité de la promesse unilatérale qui est un contrat que l'exécution forcée en nature.

**314 – Distinction entre la promesse unilatérale de contracter et le pacte de préférence** – Le projet d'ordonnance donne acte à la distinction entre la promesse unilatérale

---

<sup>960</sup> V. M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 826.

<sup>961</sup> *Ibid.*

et le pacte de préférence posée dernièrement par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt du 10 mars 2015<sup>962</sup>, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait retenu que la délibération du Conseil d'une communauté de communes ne valait pas promesse de vente dans la mesure où le prix n'était ni déterminé ni déterminable et que l'objet du contrat (teneur des parcelles et superficie) n'était pas non plus indiqué. La circonstance que la délibération renvoyait à une promesse de vente antérieure, laquelle précisait le prix et l'objet du contrat est inopérante dans la mesure où elle avait été consentie avec une autre personne morale. Ainsi, le degré de détermination des éléments du contrat permet de distinguer ces deux contrats. Cette conception est celle retenue dans le projet d'ordonnance

**315 – Principes directeurs et pacte de préférence** – Le projet d'ordonnance, en son article 1125, propose la définition suivante : « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter. Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers présume l'existence d'un pacte de préférence, il peut en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable. Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité* ».

Le projet reprend la définition usuelle du pacte de préférence qui se conçoit comme un avant contrat par lequel le promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à conclure un éventuel contrat définitif (le plus souvent une vente), à offrir prioritairement au bénéficiaire du pacte la conclusion de ce contrat. Si le promettant se décide à conclure le contrat définitif, il est simplement tenu de le proposer en priorité au bénéficiaire. Le pacte constitue ainsi une variété de droit de préemption d'origine conventionnelle.

Tel que défini, le pacte de préférence ne méconnaît pas le principe directeur de liberté contractuelle : le pacte étant un contrat, le promettant s'engage en toute connaissance de cause à proposer prioritairement le bien au bénéficiaire s'il se décide un jour à conclure le contrat définitif. Ainsi, au contraire de la promesse unilatérale, aucune obligation de vendre le bien ne s'impose au vendeur. Après la définition, l'article poursuit par le régime à appliquer en cas

---

<sup>962</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2015, n° 13-28695, V. Chronique droit des contrats *JCP G* 6 juillet 2015, doct. 808.

d'inexécution. Dans l'hypothèse où le promettant aurait conclu le contrat définitif avec un tiers, sans que le bénéficiaire n'ait pu préempter le bien, ce dernier dispose d'une option : il peut soit demander la nullité du contrat, ce qui confirme l'état actuel de la jurisprudence<sup>963</sup>, soit demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. La mise en œuvre du principe directeur de bonne foi passe par les conditions offrant l'option au bénéficiaire : cette option sera possible à la seule condition que le tiers qui a conclu le contrat ait eu connaissance du pacte de préférence. Le projet d'ordonnance met ainsi fin à l'exigence de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte<sup>964</sup> qui posait difficultés. La bonne foi se contente ainsi de la connaissance du tiers acquéreur de l'existence d'un pacte de préférence car celui qui contracte avec le promettant en connaissant l'existence du pacte n'est pas de bonne foi. À cet effet, pour sécuriser les conventions, le projet met en place une action interrogatoire qui permet à un tiers qui présume l'existence d'un pacte de préférence d'en demander confirmation au bénéficiaire présumé, et à défaut de réponse, ce dernier ne pourra plus opter pour annuler le contrat définitif ou la substitution à moins qu'une clause de confidentialité n'ait été incluse dans le pacte de préférence.

**316 – Conclusion** – En somme, les quelques exemples de règles matérielles issues du projet d'ordonnance dans la section 1 « Conclusion du contrat » démontrent que la teneur des principes directeurs élaborés dans les dispositions préliminaires est respectée. Une cohérence est trouvée. Par ailleurs, le rôle du juge est circonscrit ; aucune démesure jurisprudentielle ne semble être possible au stade de la conclusion du contrat. Les principes directeurs ne sont pas un outil qui entraînera la ruine du droit commun des contrats.

## § II. Les principes directeurs et les conditions de validité du contrat

**317 – Division** – Trois exemples permettront d'apprécier la vigueur des principes directeurs dans les conditions de validité du contrat issues du projet d'ordonnance : le premier s'exprimant dans le contenu licite et certain (A), le deuxième se constituant au stade du consentement et incarnant la version moderne de la violence soit « l'abus de nécessité ou abus de dépendance » (B), et le troisième se retrouvant dans le contenu du contrat avec

---

<sup>963</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 24 juin 1988, 96-16.711 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999, n° 95-19217, *JCP* 1999, II, 191, note DAGORNE-LABBE ; *RTD Civ* 1999, 616, obs. J. MESTRE.

<sup>964</sup> Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376, *JCP G* 2006, II, 10142 note L. LEVENEUR ; *JCP G* 2006, I, 176, n° 1 et s., obs. F. LABARTHE ; *RTD Civ*, 2006, 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2006, 1206 et 1233, obs. E. SAVAUX ; *Dr. et Patrimoine*, 2006, p. 93, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

l'illustration du contrat déséquilibré (C).

### A. Le contenu illicite et certain substitué à la cause

**318 – La suppression du mot « cause »** – L'article 1127 du projet d'ordonnance énonce trois conditions de validité au contrat : Ainsi, « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : « 1° Le consentement des parties ; « 2° Leur capacité de contracter ; « 3° Un contenu licite et certain »*. Si la « cause à la française » semble avoir disparu puisqu'elle est remplacée par « un contenu licite et certain », les fonctions qu'elle assurait restent maintenues.

La cause est une notion technique intégrée dans le Code civil en 1804 qui permet d'assurer deux fonctions distinctes : protéger la société de buts illicites par un contrôle de licéité et protéger le contractant contre un engagement dépourvu de rationalité<sup>965</sup> par un contrôle de l'existence de la cause. À ces deux fonctions obéissent deux définitions de la cause. Elle est ainsi entendue soit subjectivement comme le but ou mobile déterminant poursuivi par l'un des contractants soit objectivement comme l'intérêt abstrait et invariable dans un même type d'acte qui permet d'évaluer l'équilibre du contrat.

**319 – De l'illicéité de la cause à l'ordre public** – S'agissant de la cause subjective, le projet d'ordonnance dispose en son article 1161 que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Ainsi, le contenu du contrat et le but poursuivi par les parties doivent être licites, c'est-à-dire ne pas déroger à l'ordre public. La référence, dans notre droit positif, aux bonnes mœurs disparaît pour laisser toute la place à la notion d'ordre public. Une autre modification est à noter, si le projet prévoit que le but n'a pas à être connu par toutes les parties, il n'est rien précisé sur le mobile déterminant : est-ce un abandon et cela signifie-t-il que le contrat puisse être annulé si l'un des buts poursuivis par l'une des parties n'est que secondaire ? La proposition du projet peut être mise en parallèle avec le droit néerlandais<sup>966</sup> qui a supprimé la cause en 1992 pour la remplacer par la conformité du contrat à l'ordre public. Un contrôle plus large opéré par le juge en est ressorti. Le contrôle de l'illicéité du contenu et du but poursuivi est maintenu.

---

<sup>965</sup> V. en ce sens, R. BOFFA, « Juste cause et “injuste clause” », *op. cit.*, n° 9.

<sup>966</sup> Art. 3 : 40, 1° BW, *in* C. COUSIN, H. GUIZIOU, M. LEVENEUR-AZEMAR, B. MORON-PUECH et A. STEVIGNON, « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 1115.

**320 – L’appréciation de l’équilibre du contrat** – Dans une sous-section 3 consacrée au contenu du contrat, le projet consacre notamment deux clauses sur lesquelles il convient de revenir.

La première est tirée de l’article 1167 qui organise la nullité du contrat à titre onéreux lorsque la contrepartie est illusoire ou dérisoire : « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire* ». Le contenu certain prend le relais de la cause objective pour protéger une partie qui s’engage sans justification c’est-à-dire avec une contrepartie quasi inexistante. Cette clause en elle-même est satisfaisante si on se limite aux contrats onéreux mais *quid* du contrat non commutatif ? *Quid* du contrat à titre gratuit ? C’est tout un pan de notre droit qui disparaît et qui n’est pas envisagé par le projet d’ordonnance. En ce sens, il peut être craint un appauvrissement<sup>967</sup> du droit des contrats. Ici, l’ordonnance semble prévoir un droit commun des contrats onéreux seulement. Pourtant le contrôle de la rationalité de l’engagement doit être mené sur tous les actes juridiques ! Sur ce point, le projet devrait être complété.

Quant au lien qui unit cet article aux principes directeurs, il semble qu’il ne soit pas attentatoire à la liberté contractuelle puisque ce qui est sanctionné c’est un contrat invalide et non pas le déséquilibre des prestations. Le juge n’intervient pas pour modifier l’équilibre initialement convenu, il intervient pour faire disparaître un contrat qui n’aurait pas dû exister puisqu’il ne remplissait pas les conditions de validité et précisément celle d’un contenu certain.

La seconde clause est tirée de l’article 1168 du projet : « *toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». S’inscrivant ici dans une optique de codification à droit constant, le projet reprend la célèbre jurisprudence *Chronopost*<sup>968</sup> complétée par la jurisprudence *Faurécia*<sup>969</sup>. Cette règle se trouve alors déconnectée de son fondement, la cause. Certains auteurs craignent un assèchement du droit

---

<sup>967</sup> R. BOFFA, *op. cit.*, n° 15 et 16.

<sup>968</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997, 121, note A. SERIAUX ; *D.* 1997, 145 Chron. C. LARROUMET ; *D.* 1997, 175 obs. PH. DELEBECQUE ; *RTD Civ.* 1997, 418 obs. J. MESTRE ; *RTD Civ.* 1998, 213, obs. N. MOLFESSIS ; *JCP G* 1997, I, 4002 obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP G* 1997, 4025 obs. G. VINEY ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1997, 24, obs. L. LEVENEUR, – V. également Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *D.* 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD ; D. HOUTCIEFF, « L’essentiel est dans la contradiction ! », *JCP G*, n° 28-29 du 12 juillet 2010, 787, p 1450.

<sup>969</sup> Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *JCP G* 2010, 787, obs. D. HOUTCIEFF *JCP Ent et Aff.*, 2010, 1790 ; obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; *CCC* 2010, 220, obs. L. LEVENEUR.

des contrats : « *parce que le texte conserve les applications, les ramifications mais il les coupe de leur fondement, c'est-à-dire de la sève qui les abreuve. Le contrat devient un arbre mort, à tout le moins une momie figée* »<sup>970</sup>. Est-ce un problème ? Ce n'est pas certain dans la mesure où l'obligation essentielle fut à l'origine considérée comme un avatar de la faute lourde objective<sup>971</sup>. Par ailleurs, si l'obligation essentielle est récente, elle représente un garde-fou intéressant pour circonscrire l'action des parties. En droit néerlandais qui a, rappelons-le, un système identique à celui proposé par la Chancellerie, une règle proche est instituée, elle peut être traduite ainsi : « *une clause est réputée non écrite, si compte tenu des circonstances, son application ne serait pas acceptable au regard du standard de bonne foi* »<sup>972</sup>. Dès lors on peut imaginer, pour faire face à l'apparition de besoins nouveaux nés de la pratique, que cet article prenne son fondement dans le principe directeur de bonne foi. Il faudra alors compter sur le pragmatisme et la raison des juges pour qu'ils n'utilisent pas, à l'excès, la notion élastique de la bonne foi comme substitut de la cause. L'appréciation selon laquelle « *le législateur énonce une règle précise qui exprime un choix de politique juridique sans que le juge ait à retenir une solution fondée sur une notion aux contours mal définis* »<sup>973</sup> doit être relativisée.

**321 – Conclusion** – La suppression de la cause et son remplacement par le contenu licite et certain ne méconnaissent pas les principes directeurs qui, au contraire, pourraient même permettre un développement considérable de ces règles issues du projet d'ordonnance. Il faut souhaiter que le juge les utilise avec sagesse et raison. Par ailleurs, des précisions et compléments devront être apportés pour une meilleure sécurité juridique.

## **B. La violence moderne issue d'un abus de nécessité ou de dépendance**

**322 – Présentation d'un nouveau vice du consentement, « l'abus de nécessité ou abus de dépendance »** – Le projet d'ordonnance prévoit une section II relative aux conditions de validité des contrats. Dans une sous-section 1- le consentement, sont notamment présentés les vices du consentement. À côté des figures classiques de l'erreur, du dol et de la violence, a été consacrée une nouvelle forme de violence : « l'abus de nécessité ou abus de dépendance ».

---

<sup>970</sup> R. BOFFA, *op. cit.*, n° 14.

<sup>971</sup> R. ROBLOT, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD Civ.*, 1943, I, spéc. n° 23.

<sup>972</sup> Traduction personnelle: « *A rule (...) is not applicable insofar this, given the circumstances, would be unacceptable to standards of reasonableness and fairness* ».

<sup>973</sup> C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, p. 814, n° 3.

L'article 1142 du projet dispose en effet qu' « *il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ».

**323 – « L'abus de nécessité - de dépendance », variante de la violence** – L'abus de nécessité qui se conçoit, d'après le projet d'ordonnance comme une variété particulière de la violence fait ainsi une place à la contrainte économique et permet d'élargir ce vice à toute situation dans laquelle une partie abuse à son profit de l'état de nécessité ou de dépendance de son partenaire. La route avait été originellement tracée par la jurisprudence qui avait posé la règle selon laquelle : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »<sup>974</sup> mais cette règle jurisprudentielle était peu retenue faute de constatations suffisantes pour caractériser la contrainte économique. Pourtant récemment, la Cour de cassation<sup>975</sup> a anticipé sur la réforme en réanimant la violence économique en approuvant les juges du fond d'avoir retenu ce vice du consentement pour annuler une transaction dans laquelle l'une des parties avait menacé son partenaire d'exercer une voie de droit, qui se trouvait pourtant illégitime et n'aurait eu aucune chance d'aboutir. L'auteur de la violence avait alors renoncé à exercer la voie de droit en contrepartie de l'engagement de la victime de lui consentir une indemnité transactionnelle d'un montant important.

**324 – Interrogations sur « l'abus de nécessité -abus de dépendance », vice de consentement** – Des questions demeurent quant à la pertinence du doublon entre la violence dans son volet classique et la violence « moderne » issue d'un abus dans l'état de nécessité ou de dépendance. En effet, existe-t-il réellement des situations où l'auteur de la violence est étranger aux circonstances plaçant la partie dans une situation de faiblesse ? La contrainte économique pure existe-t-elle ? Certainement, selon un auteur<sup>976</sup>, « *il y a des situations dans lesquelles un contrat est conclu dans un environnement oppressant sans que l'on puisse*

---

<sup>974</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, n° 00-12932 ; CCE, 2002, comm. 80, note CH. CARON ; CCE, 2002, comm. 89, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; CCC, 2002, comm. 121, obs. L. LEVENEUR ; D. 2002, p. 1860 note J.-P. GRIDEL ; D. 2002, p. 2844 note J.-P. CHAZAL ; JCP G. 2002, I, 184 obs. D. MAZEAUD ; RTD Civ. 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES, – V. également G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et Patr.*, septembre 2002, p. 26.

<sup>975</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 2015, n° 14-10.920 ; V. G. LOISEAU, « Le vice et ses vertus », CCE, n° 4, avril 2015, comm. 33.

<sup>976</sup> G. LOISEAU, *loc. cit.*

*identifier précisément une menace de l'une des parties ayant déterminé l'autre à y souscrire. Lorsque l'un des contractants a profité de cette contrainte pesant sur la liberté de l'autre de consentir, sans l'avoir forcément provoquée, pour obtenir sous la pression l'accord de celui-ci, l'abus de dépendance économique peut utilement compléter l'arsenal des mesures protectrices de la volonté* ». Dès lors, la consécration de l'article 1142 ne sera pas inopportune car elle sera un moyen de sanctionner un consentement exprimé sans réelle liberté mais contraint par un faisceau de circonstances dont l'auteur de la violence ne fait que tirer profit en commettant un abus.

Un examen des fondements de cette règle nouvelle conduit à trouver sa légitimation dans le principe directeur de bonne foi. Celui qui commet un abus en exploitant une situation de faiblesse ou de dépendance manque à sa bonne foi et vicie le consentement de son partenaire qui n'a pu consentir librement bien que les circonstances ne soient pas du fait de l'auteur. Cette nouvelle version de la violence pour intéressante qu'elle soit, ne devrait toutefois pas être mise en œuvre très souvent puisqu'elle trouvera à s'appliquer uniquement lorsque l'une des parties aura passé le point de rupture dans l'usage illégitime d'une position de force.

Cette consécration passe sous silence le critère<sup>977</sup> qui permettrait de déterminer, avec suffisamment de précision, le passage entre l'usage légitime d'une position dominante et l'usage illégitime. Il est entendu que si la partie en position de force participe par son action à la situation de faiblesse, la violence, entendue dans son volet classique, permettrait de sanctionner cet état. Le recours à la violence moderne est inutile ici. Dès lors, si on conçoit théoriquement l'intérêt de la violence moderne (abus de faiblesse- abus de dépendance), en pratique il semble que le contentieux sera faible sur le droit commun des contrats et difficile du fait de l'absence de critère. Il est fort possible qu'à terme la règle existe mais que faute de constatations suffisantes, elle ne soit qu'exceptionnellement appliquée : *« bref, la violence sous les traits d'un abus d'état de nécessité ou d'un abus d'état de dépendance a une utilité*

---

<sup>977</sup> V. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 18 février 2015, n° 13-28.278 sur le rejet de l'exception de nullité pour violence, par contrainte économique, de la clause de réduction de ses commissions de courtage et de gestion. V. sur cet arrêt, H. BARBIER, « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de dépendance économique », *RTD Civ.* 2015, p. 371. Dans l'article l'auteur note que les *« juges rappellent, lorsqu'ils se préoccupent de la possibilité pour le courtier de « trouver un nouvel assureur auprès duquel placer les risques », que le critère premier de la situation de dépendance économique, outre les taille respectives des contractants, réside dans la possibilité pour la prétendue victime de violence économique de trouver un cocontractant en remplacement du cocontractant actuel, c'est-à-dire le maintien d'une liberté de repli »* ; il souligne également que *« les juges apprécient pour partie ce critère à l'aune du comportement du contractant qui se prétend victime de violence, et non pas seulement à la lumière d'une appréciation objective de la situation du contractant au moment de la conclusion du contrat »*. Il y a dès lors une subjectivisation du critère de dépendance économique.

*certaine, même si son horizon est limité* »<sup>978</sup>. Son paradoxe réside dans le fait que cette généralisation d'une règle issue du droit spécial emportera probablement davantage de conséquences sur le droit spécial des contrats<sup>979</sup> permettant ainsi une restauration du droit commun des contrats.

**325 – La sanction de la violence moderne** – L'article 1143 du projet d'ordonnance énonce que « *le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts. Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat* ». La sanction est sérieuse puisque c'est la nullité du contrat dans son ensemble qui est visée.

**326 – Conclusion** – La généralisation de l'abus de dépendance dans le droit commun des contrats semble ne pas devoir peser fortement sur les contrats relevant du droit commun. Toutefois, il existe un potentiel contentieux important pour les contrats régis par les droits spéciaux (construction et urbanisme etc.). Cette présentation de la violence moderne qui est une émanation du principe directeur de bonne foi permet d'apprécier la vigueur de cette catégorie juridique qui emporterait des conséquences non négligeables sur le droit spécial des contrats.

### C. Le contrat déséquilibré

**327 – Le contrat source de déséquilibres entre les droits et obligations des parties** – La prégnance de la volonté dans la conception du contrat de droit commun se manifeste par l'introduction du principe directeur de liberté contractuelle prévue à l'article 1102 du projet d'ordonnance. Pourtant, un hiatus apparaît lorsque se constate l'augmentation des contrats dont le contenu est l'œuvre d'une seule partie. La liberté contractuelle n'est pourtant pas atteinte frontalement car la loi particulière à laquelle la partie décide de s'assujettir reste un choix personnel : adhérer ou ne pas adhérer. Il ne faut néanmoins pas négliger l'idée que l'élaboration unilatérale d'un acte contractuel peut être une source potentielle de déséquilibre. Par exemple, le contrat d'adhésion qui est consacré légalement à l'article 1108 alinéa 2 du

---

<sup>978</sup> G. LOISEAU, *loc. cit.*

<sup>979</sup> *Infra* n° 304.

projet d'ordonnance<sup>980</sup> peut être la source d'abus dans la mesure où le consentement de l'une des parties est imparfaitement éclairé, l'abus naissant principalement dans ce type de contrat dans les clauses accessoires et conditions générales<sup>981</sup> en raison d'une absence de négociation. L'abus naît également dans les contrats de dépendance dans lequel « *le consentement est moins insuffisamment éclairé qu'imparfaitement libre* »<sup>982</sup>, ainsi l'adhésion au contrat n'est pas totalement libre car l'une des parties est tributaire de la relation contractuelle. Ces deux types de contrats doivent être bien distingués, ils font d'ailleurs l'objet d'un traitement spécifique puisque le contrat d'adhésion dans le droit positif est réglementé plutôt par le Code de la consommation (obligations d'information, interprétation *in favorem*, éviction des clauses abusives etc.) tandis que le contrat de dépendance est régi par le droit de la concurrence et le Code de commerce (sanction des pratiques déloyales, rupture abusive des relations contractuelles etc.). L'objet de l'étude concernera principalement les abus dans les contrats d'adhésion qui est seul régi dans le Code civil.

**328 – Analyse de l'article 1169 du projet d'ordonnance** – Cet article qui s'intègre dans la sous-section III-le contenu du contrat, prévoit qu'« *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.* L'article poursuit dans un alinéa 2 : « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

La première remarque qui doit être faite concerne l'absence de limite au domaine d'application de l'article. Si le texte demeure inchangé, tous les contrats, qu'ils soient négociés ou non, seront soumis au pouvoir du juge. En l'état, l'article constitue une sérieuse atteinte à la liberté contractuelle : dans les contrats de gré à gré, les clauses sont négociées, toucher l'équilibre qui a été prévu par les parties au contrat devrait alors être impossible. Il est impératif de réserver l'usage de l'article 1169 aux seuls contrats d'adhésion car sans cette modification, « *au nom de la justice, c'est l'insécurité du contrat et donc des échanges, que*

---

<sup>980</sup> F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226.

<sup>981</sup> En ce sens, la définition donnée dans le projet d'ordonnance est imparfaite car elle fait référence « *aux stipulations essentielles* » qui évoquent plutôt les prestations principales et caractéristiques du contrat alors que l'abus prend naissance dans les clauses accessoires. V. en ce sens, F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 3. Par ailleurs il existe une seconde erreur dans la définition posée qui consiste à confondre contrat d'adhésion et contrat de dépendance alors que seul le 1<sup>er</sup> type de contrat concerne la réglementation du Code civil. La définition suivante pourrait être proposée selon l'auteur : « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* », spéc. n°4.

<sup>982</sup> F. CHENEDE, *op. cit.*, spéc. n° 3.

*l'on organise* »<sup>983</sup>.

S'agissant de l'objet du contrôle, le projet prévoit avec justesse que l'intervention du juge ne pourra pas porter sur la définition de l'objet ou sur l'adéquation du prix. D'une certaine façon ces exclusions soulignent que c'est bien dans les clauses accessoires et conditions générales que le contrôle doit s'opérer, donc dans les contrats d'adhésion uniquement. En effet s'agissant des contrats de dépendance l'article L. 442-6- I 2° du Code de commerce ne limite pas l'appréciation du déséquilibre aux clauses accessoires car il sanctionne les distributeurs « *pour des déséquilibres arrachés souvent sur le principal* »<sup>984</sup>. L'article 1170 du projet dispose également que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Sous réserve d'une modification de l'article 1169 pour le cantonner aux contrats d'adhésion, il n'existera pas de bouleversement dans l'équilibre des contrats librement négociés et le projet d'ordonnance aura ainsi circonscrit l'intervention du juge dans les contrats non négociés.

Quant à la sanction, le projet d'ordonnance prévoit une « suppression » de la clause. Le terme apparaît imparfait puisqu'il ne renvoie à aucune définition juridique. Par exemple, la suppression de la clause vaudrait-elle pour l'avenir uniquement ou aurait-elle un effet rétroactif ? D'ordinaire, le législateur préfère le terme « réputé non écrit », comme l'atteste d'ailleurs l'article 1168 du projet d'ordonnance qui sanctionne la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur par un « réputé non écrit ». L'explication<sup>985</sup> se trouve peut-être dans la source d'inspiration du texte : l'avant-projet Catala prévoyait une clause du même esprit assortie d'une sanction offrant une option : la suppression ou la révision de la clause. « Supprimer » contrastait davantage que le « réputé non écrit ». Il faudra veiller à modifier la sanction au profit d'un « réputé non écrit » pour une meilleure prévisibilité juridique.

Enfin, quant aux critères d'appréciation du « déséquilibre significatif », il n'en n'existe pas dans le projet d'ordonnance. L'expression provient du Code de la consommation que l'on

---

<sup>983</sup> F. CHENEDE, *op. cit.*, spéc. n° 8.

<sup>984</sup> F. CHENEDE, *op. cit.* spéc. n° 7.

<sup>985</sup> V. en ce sens le blog *Dalloz* portant sur la réforme du droit des contrats dirigé scientifiquement par les Professeurs, M. LATINA et G. CHANTEPIE: <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/03/13/obligation-essentielle-et-clauses-abusives/>

retrouve à l'article L. 132-1<sup>986</sup> qui reprend les termes de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La notion, qui se retrouve également dans le code de commerce en son article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup><sup>987</sup> est toutefois difficilement transposable au droit de la concurrence : les parties ne sont pas placées dans la même situation. Dans le contrat de consommation, le consommateur est, bien souvent, insuffisamment éclairé. Au contraire, dans les rapports commerciaux, l'un des partenaires est, plus souvent, contraint de s'engager car tributaire de la relation contractuelle bien qu'il ait connaissance des droits et obligations nés du contrat qui créent un déséquilibre en sa défaveur; de plus le champ d'application du déséquilibre significatif est plus important en droit de la concurrence car il peut porter sur le prix et les sanctions sont différentes.

Relativement au droit commun du déséquilibre significatif, les juges seront maîtres de son appréciation faute de précisions dans le projet d'ordonnance. Dernièrement<sup>988</sup>, les juges ont eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation du déséquilibre tel qu'entendu par l'article L. 442-6 I, 2<sup>o</sup> du code de commerce et ils ont retenu une appréciation large du déséquilibre significatif au sein des contrats commerciaux qui se manifeste par une analyse *in concreto* de l'équilibre au regard de l'ensemble du contrat et de son économie. Une seule clause, prise isolément, ne suffit pas à caractériser un tel déséquilibre<sup>989</sup>. Les juges suivront-ils cette appréciation du déséquilibre significatif dans le droit commun ? Il n'existe aucune certitude. L'analogie avec le déséquilibre entendu par la jurisprudence consumériste serait peut-être plus opportune car dans le droit commun, le déséquilibre prendra sa source potentiellement dans le contrat d'adhésion, plaçant ainsi les parties dans une situation identique à celle qu'elles connaissent dans les rapports de consommation. L'inspiration consumériste se manifeste d'ailleurs dans la réponse apportée à une question prioritaire de

---

<sup>986</sup> « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

<sup>987</sup> F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du Code de commerce », *LPA* 17 déc. 2008, n° 252, p. 3.

<sup>988</sup> V. l'arrêt Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27525 ; Comm. S. LE GAC-PECH, « Sanctions et démesure », *JCP Ent. et Aff.*, n° 17 du 23 avril 2015, 1207. En l'espèce, une centrale d'achat fut condamnée pour pratique restrictive de concurrence à la suite d'un recours du ministre de l'Économie. On lui reprochait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties résultant d'une série de clauses, notamment celle relative à la révision du prix. La centrale d'achat fut condamnée à une amende civile et en cessation des pratiques déséquilibrées.

<sup>989</sup> L'article L. 132-5 C. Consommation refuse également l'appréciation de la seule clause sortie de son contexte et de l'équilibre d'ensemble du contrat.

constitutionnalité par le Conseil constitutionnel<sup>990</sup> qui souligne que le déséquilibre significatif a été précisé par la jurisprudence en droit de la consommation. Dès lors, ce qui semble caractériser la clause abusive, outre son absence de négociation, c'est « *l'absence d'équivalence entre les situations des parties au contrat, l'une étant désavantagée par rapport à l'autre* »<sup>991</sup>. En conséquence, l'appréciation *in concreto* est bel et bien favorisée et elle doit être menée en considération de l'ensemble du contrat ; position qui est confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>992</sup>. S'il est possible de raisonner par analogie, la Cour de cassation<sup>993</sup> a néanmoins estimé qu'il n'existait aucune obligation pour le juge de se conformer aux analyses menées en application de la règle issue du droit de la consommation.

**329 – Opportunité de l'article 1169 du projet d'ordonnance** – Dans le droit positif, il n'existe pas d'instrument idoine au droit commun or l'ampleur des contrats d'adhésion rend la création d'un outil adapté à la lutte contre les déséquilibres inhérents à ces contrats cohérente avec les pratiques contractuelles contemporaines. Aujourd'hui, le juge n'est pas suffisamment armé par le droit commun ce qui entraîne des jurisprudences variées : ainsi, les juges utilisent actuellement l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats (article 1134 alinéa 3 du Code civil), en agissant « *au cas par cas, sans jamais tracer de ligne claire, sans esquisser une véritable politique jurisprudentielle, sans formule générale, autrement dit : sans règle prétorienne. L'aléa et l'incertitude dominant cette séquence jurisprudentielle* »<sup>994</sup> ; le juge a également utilisé la cause lorsque l'économie voulue par les parties se révélait impossible<sup>995</sup> ou bien pour censurer un déséquilibre issu d'une clause limitative de

---

<sup>990</sup> Cons. Const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et fils* : « Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits »

<sup>991</sup> C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 435 ter, p. 452

<sup>992</sup> CJUE, 21 février 2013, C-472-11 bien que la CJUE considère qu'il y a déséquilibre significatif lorsque le consommateur se serait trouvé dans une situation plus favorable dans l'hypothèse où la clause n'aurait pas été stipulée, optant pour une définition plus large que celle retenue en droit interne français : CJUE 13 mars 2013, *RTDE*, 2013, 563, obs. C. AUBERT DE VINCELLES,

<sup>993</sup> Cass., com., 2 décembre 2014, n° 13-11.059.

<sup>994</sup> T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés » préc., spéc. n° 5.

<sup>995</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, n° 94-14800, *D.*1997 121 note PH. REIGNE ; *RTD Civ.* 1996. 901, obs. J. MESTRE – Dans le même sens, Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10452, *RDC* 2008/2, p. 231 obs. D. MAZEAUD ;

responsabilité portant sur une obligation essentielle<sup>996</sup> ; le juge a aussi eu recours à l'erreur sur la rentabilité<sup>997</sup> commise par un franchisé pour lutter contre un déséquilibre. Ces différentes dispositions ne se rattachent toutefois à aucune politique d'ensemble. La réforme du droit des contrats est l'occasion, avec l'article 1169 du projet, d'offrir aux juges un instrument adapté et circonscrit à la lutte contre les déséquilibres qui peuvent exister dans les contrats d'adhésion.

**330 – Les principes directeurs et l'article 1169 du projet d'ordonnance** – L'analyse de l'article 1169 du projet d'ordonnance permet de démontrer qu'il n'y a pas de contradiction directe entre la consécration d'un principe directeur de liberté contractuelle et la reconnaissance des contrats d'adhésion qui peuvent être la source d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Certes, il est possible d'objecter que la volonté est le ciment du contrat, en conséquence, le droit commun ne devrait régir que les contrats qui répondent à la conception purement consensualiste et les atténuations ne relèveraient alors que du droit spécial. Ces objections ne sont pas réalistes : le contrat d'adhésion est bien un contrat puisqu'il existe comme un acte juridique né d'un accord de volontés<sup>998</sup>. Le cœur de la liberté contractuelle réside dans l'auto-assujettissement à un projet normatif. Le contrat d'adhésion est le fruit du consensualisme même s'il est vrai que l'une des parties n'a pu déterminer le contenu fixe du contrat. Cette intégration du contrat d'adhésion, qui n'était jusqu'alors qu'une classification doctrinale, est méritée et ne désacralise pas la liberté contractuelle. Il n'existe pas de contradiction entre la consécration de la liberté contractuelle comme principe directeur et la reconnaissance légale des contrats d'adhésion. L'encadrement des abus possibles dans ce type de contrat est la suite naturelle qui ne méconnaît pas le contenu des principes directeurs, bien au contraire : si le juge se trouve en présence d'une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un tel contrat, il apparaît légitime qu'il l'écarte au nom de la liberté contractuelle car l'auto-assujettissement de la personne abusée n'est pas réel, libre et éclairé. Par ailleurs, cette mise à l'écart de la clause soutient également le principe directeur de bonne foi : celui qui abuse de sa position qui lui permet

---

CCC, 2007, 196, note L. LEVENEUR.

<sup>996</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632 ; *D.* 1997, 121, note A. SERIAUX ; *D.* 1997, 145, Chron. C. LARROUMET ; *D.* 1997, 175, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD Civ.* 1997, 418, obs. J. MESTRE ; *RTD Civ.* 1998, 213, obs. N. MOLFESSIS ; *JCP G* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP G* 1997, 4025, obs. G. VINEY ; *Deffrénois* 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC*, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR.

<sup>997</sup> Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20956, *D.* 2011, 3052 note N. DISSAUX ; *D.* 2012, 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *JCP G* 2012, 135, obs. J. GHESTIN ; *Gaz. du Palais*, 12 janvier 2012, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF.

<sup>998</sup> V. en ce sens, TH. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217, spéc. n° 3.

d'imposer le contenu du contrat d'adhésion à son partenaire qui ne peut que décider d'adhérer ou de ne pas adhérer en imposant une clause instaurant un déséquilibre significatif manque à son obligation de contracter et d'exécuter de bonne foi.

**331 – Les conséquences de l'intégration dans le droit commun des contrats déséquilibrés** – L'intégration des contrats structurellement déséquilibrés dans le droit commun des contrats emporte un certain nombre de conséquences fondamentales : d'une part, elle redéfinit l'un des volets de la liberté contractuelle de l'article 1102 du projet, à savoir, la liberté de déterminer le contenu du contrat. Cette facette de la liberté contractuelle ne concernerait dès lors que les contrats de gré à gré, le texte définitif devrait prendre note de cette modification afin d'assurer une cohérence d'ensemble à la réforme et éviter les divergences futures d'interprétation. D'autre part, elle met fin au contrat tel que pensé en 1804 qui était construit sur le modèle du contrat de gré à gré : cette intégration marquerait l'aptitude du droit à s'adapter au phénomène contractuel tel qu'il a évolué dans les faits et dans les différentes dispositions postérieures au code<sup>999</sup>.

Il existerait alors deux grands modèles de contrats dans le droit commun avec deux régimes différents : d'un côté, les contrats de gré à gré dans lesquels le principe de l'intangibilité des conventions est maintenu<sup>1000</sup>, certains auteurs évoquent même un principe « *de sacralisation de la loi contractuelle* »<sup>1001</sup>, confirmant les règles régissant le droit des contrats élaboré en 1804, de l'autre côté, les contrats d'adhésion dans lesquels l'intervention du juge est autorisée, rompant avec notre tradition juridique. La création de deux modèles de contrats de droit commun qui formeraient la « *summa divisio* » de la matière constituerait une révolution.

Si elle opère un bouleversement de la théorie générale du contrat, elle a quelques mérites : elle prend tout d'abord en compte la réalité du paysage contractuel contemporain, si l'on refuse de consacrer les contrats déséquilibrés dans le droit commun, la pression des faits obligera le législateur et la jurisprudence à intervenir sans cohérence d'ensemble. Autant donner un cadre idoine à cette révolution. Ensuite, elle a pour mérite de protéger les contrats de gré à gré du pouvoir judiciaire d'intervention à l'égard du contenu du contrat. Il apparaît néanmoins que des difficultés d'application se manifesteront. Ainsi, que faire des clauses pénales qui ont été le fruit d'une libre négociation et qui ne sont pas intégrées dans un contrat

---

<sup>999</sup> V. par exemple la législation sur la clause pénale de l'article 1152 du Code civil qui permet une intervention du juge pour lutter contre certains déséquilibres entre les droits et obligations des parties.

<sup>1000</sup> Sauf à ce que le contrat méconnaisse des règles d'ordre public.

<sup>1001</sup> TH. REVET, art. précité. spéc. n° 20.

d'adhésion, le juge pourrait-il encore les modérer ou les augmenter ? Plus généralement, y aura-t-il des exceptions permettant l'intervention du juge dans les contrats de gré à gré ? Les juges ne pourront-ils pas utiliser l'instrument des principes directeurs pour intervenir dans un contrat de gré à gré, notamment lorsque l'un des droits a été mis en œuvre de mauvaise foi ? L'avènement de la catégorie des contrats d'adhésion et de la sanction des déséquilibres significatifs emportent de multiples mérites qui ne doivent pas être négligés mais il convient de ne pas sous-estimer les difficultés d'application qui surgiront obligatoirement.

## SECTION II. LES PRINCIPES DIRECTEURS DANS LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES RELATIVES A L'EXECUTION DU CONTRAT

---

**332 – Division** – Le projet d'ordonnance rénove également une partie du droit commun de l'exécution des contrats. Il sera question de l'étude des nouveautés majeures par rapport au droit positif pour apprécier le lien entre ces règles nouvelles et les principes directeurs afin d'en mesurer les impacts, notamment quant à la place du juge dans le contrat. Pour cela, la révision pour imprévision (§ I) et certains remèdes à l'inexécution du contrat (§ II) seront approfondis.

### § I. La révision pour imprévision

**333 – Délimitation de l'imprévision** – La prise en compte de l'imprévision en droit privé revient à donner la possibilité au débiteur d'invoquer un défaut d'équivalence des prestations suite à un changement des circonstances (économiques, monétaires etc.) qui lui soit extérieur et imprévisible lors de la conclusion du contrat, lui rendant l'exécution très onéreuse. L'imprévision doit ainsi être distinguée de l'événement de force majeure<sup>1002</sup> qui partage avec l'imprévision la réunion d'événements extérieurs au débiteur et imprévisibles lors de la conclusion du contrat mais s'en distingue par son caractère irrésistible, le débiteur n'étant plus du tout en mesure d'exécuter le contrat en cas de force majeure. L'imprévision doit également être différenciée de la lésion. Cette dernière se définit comme le préjudice né du déséquilibre entre les prestations des parties au moment de la conclusion du contrat alors que l'imprévision naît d'un défaut d'équivalence en cours d'exécution du contrat.

**334 – État du droit positif de l'imprévision en droit privé** – Le droit positif français n'admet pas la révision du contrat par le juge suite à une imprévision depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*<sup>1003</sup> dans lequel la Cour refusa la modification judiciaire du contrat même après que les circonstances aient évolué en trois cents ans et bien que la redevance pour la fourniture d'eau fût devenue dérisoire. La solution fort ancienne fut maintenue en droit moderne, tout comme les fondements de ce refus de révision pour imprévision ; ce sont

---

<sup>1002</sup> V° « Force majeure », définition in *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., 2014 ; V. également sur la distinction C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 420, p. 426 et s.

<sup>1003</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *GAJC*, T. II, n° 165, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd, 2008.

toujours l'article 1134 du Code civil et l'autonomie de la volonté qui justifient ce rejet : le contrat étant l'œuvre des parties, il n'appartient ainsi pas au juge de modifier l'équilibre initialement prévu. Le Conseil d'État a fait le choix inverse lorsqu'il a dû statuer sur cette question<sup>1004</sup> au nom des impératifs du droit public car sans réadaptation du contrat aux circonstances économiques, le service public ne pourrait que difficilement fonctionner. En effet, il a été rappelé à cette occasion que si « *en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant (...), la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession.. L'économie du contrat se trouve absolument bouleversée* ». Par la suite, le Conseil d'État a fusionné l'imprévision à la force majeure<sup>1005</sup> en ce que tous les caractères de la force majeure doivent être réunis pour autoriser le juge à intervenir. Sous l'influence du droit administratif et principalement du droit européen<sup>1006</sup>, la Cour de cassation a fléchi à quelques occasions sa jurisprudence<sup>1007</sup> sans jamais, toutefois, réaliser un véritable revirement de jurisprudence. Il faut imaginer que les juges refusent de prendre sur eux cette lourde responsabilité et qu'ils estiment qu'il appartient au législateur d'intervenir soit par une loi générale autorisant la révision, soit ponctuellement par des lois temporaires, comme il a été pratiqué lors des deux

---

<sup>1004</sup> CE, 30 mars 1916, *Gaz. De Bordeaux*, *GAJA*, 19<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 31.

<sup>1005</sup> CE, 14 juin 2000 7 / 5 SSR, du 14 juin 2000, 184722, publié au recueil Lebon .

<sup>1006</sup> V. H. PERINET-MARQUET, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI*, 2015, p. 251 : « *en droit comparé, les grands pays qui nous entourent ont tous fait une place à la théorie de l'imprévision à la suite soit d'évolutions jurisprudentielles, comme la Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Espagne ou la Suisse, soit d'une intervention du législateur, comme l'Italie, la Grèce et le Portugal. Il n'est donc pas étonnant que les principes du droit européen des contrats (art. 2-117) et les règles d'Unidroit (6-21 à 6-23) permettent au juge soit de prononcer la résolution du contrat soit de le modifier, dans l'hypothèse, toutefois, où l'exécution est excessivement onéreuse pour l'une des parties. De même, l'article 90-7 de l'avant-projet dit de l'Académie de Pavie admet la possibilité de demander la renégociation dès lors que se sont produits des événements extraordinaires et imprévisibles qui rendent excessivement onéreuse l'exécution* ».

<sup>1007</sup> V. par exemple Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 : les juges se fondent sur la disparition de la cause pour rejeter la demande d'exécution forcée sollicitée en référés : « *attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » ; *D.* 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GÉNICON ; *RDC* 2011, p. 34, obs. E. SAVAUX ; *JCP G* 2010, 737 note D. HOUTCIEFF ; *CCC* 2010, comm. 220 note L. LEVENEUR – On peut également noter : Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18547, *RTD Civ.*, 1993. 124. obs. J. MESTRE.

guerres mondiales<sup>1008</sup>, ou permanentes, comme dans certains cas, dans le droit des successions et des libéralités<sup>1009</sup>.

**335 – Présentation de l'article 1196 du projet d'ordonnance** – L'imprévision pourrait faire son entrée dans le Code civil si le projet d'ordonnance est consacré. En effet, dans le chapitre IV relatif aux effets des contrats, l'article 1196 alinéa 1<sup>er</sup> prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». L'alinéa 2 continue en prévoyant qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

**336 – Les conditions de l'article 1196** – La première condition est l'imprévisibilité du changement de circonstances qui est toute relative notamment en matière économique : par exemple, l'augmentation de l'essence et des matières premières est-elle vraiment imprévisible ? De même, est-il envisageable de considérer la sortie de l'euro de certains pays européens comme imprévisible ? C'est une condition qui laisse aux juges une très large marge d'appréciation. La seconde condition consiste à ce que l'exécution soit excessivement onéreuse pour le débiteur. Deux conceptions du critère de l'excès sont alors possibles : soit une conception objective et le juge devra déterminer un pourcentage qui présume un bouleversement de l'économie du contrat comme il est pratiqué par exemple dans l'application de l'article 1793 du Code civil qui intervient à des seuils de 25% à 30%<sup>1010</sup>, soit une conception subjective et le juge se livrera à un examen précis de la situation économique des parties et de la capacité du débiteur à supporter le poids de l'exécution supplémentaire afin d'éviter des procédures collectives en chaîne et de nombreux licenciements. La troisième condition est que le débiteur ne doit pas accepter de prendre à sa charge le risque de circonstances imprévisibles. Une vigilance sera de mise car les parties qui auraient rédigé une clause de « *hardship* », d'indexation ou plus généralement une clause de renégociation devront stipuler de façon plus générale qu'elles n'acceptent pas de prendre à leur charge les

---

<sup>1008</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, n° 468, p. 518 et s.

<sup>1009</sup> V. ainsi les articles 828, 900-2 et 900-5 du Code civil.

<sup>1010</sup> H. PERINET-MARQUET, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », art. précité.

risques de circonstances imprévisibles. Il ne faudrait pas non plus que l'absence d'une clause ne fasse présumer l'acceptation des risques de circonstances imprévisibles.

**337 – Le rôle du juge dans un changement de circonstances** – En réalité, l'article 1196 ne réalise pas une révision pour imprévision puisque la réunion des trois conditions permet uniquement au débiteur de demander à son partenaire une renégociation du contrat. Différentes situations sont envisageables:

- si la négociation aboutit à un nouvel accord : ce dernier aura alors force obligatoire et en attendant l'aboutissement de la négociation, le débiteur doit continuer à exécuter le contrat tel que prévu à l'origine,
- si la négociation n'aboutit pas mais que les parties sont d'accord pour saisir le juge : ce dernier pourra adapter le contrat, il fait alors office d'arbitre,
- si la négociation est refusée ou qu'elle n'aboutit pas : le débiteur pourra saisir le juge pour qu'il mette fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe.

**338 – Les principes directeurs et l'article 1196** – L'article 1196 ne méconnaît pas les principes directeurs. En effet, la liberté contractuelle des parties demeure puisque les cocontractants restent en mesure de contrôler le sort du contrat. Du côté du contractant non lésé par le changement, « *s'il n'a pas un intérêt majeur à la poursuite du contrat, il laissera probablement son partenaire en demander la résolution alors que, dans le cas contraire, il aura évidemment tout intérêt à renégocier son contrat* »<sup>1011</sup>. Du côté du contractant lésé, il offre à son partenaire la liberté de renégocier et en cas de refus il reste libre de demander au juge de mettre fin au contrat. Par ailleurs, si les parties font traîner les négociations de mauvaise foi et que l'exécution du contrat devient de plus en plus difficile financièrement et/ou qu'elle entraîne des conséquences juridiques importantes (procédure collective, licenciement etc.), il est possible que le juge sanctionne la partie de mauvaise foi en se fondant sur le principe directeur de bonne foi. L'esprit des principes directeurs est respecté par l'introduction éventuelle de l'article 1196 du Code civil qui apparaît comme une solution de compromis entre les partisans et opposants de la révision pour imprévision. Le juge ne s'immisce pas dans le couple formé par les parties et ne peut bouleverser l'équilibre initialement prévu si les parties ne se mettent pas d'accord. Il lui est autorisé simplement soit de prendre la place d'un arbitre si les contractants y sont favorables, soit d'encadrer les parties dans l'offre de renégociation en cas d'échec en le dotant de moyen de sanction en cas de

---

<sup>1011</sup> H. PERINET-MARQUET, *loc. cit.*

mauvaise foi dans la conduite des négociations ou en permettant aux parties de sortir d'un contrat qui n'est plus satisfaisant. En somme, l'intervention du juge est subsidiaire et limitée, il ne deviendra pas la troisième partie au contrat.

## § II. Les remèdes à l'inexécution du contrat

**339 – Division** – Le projet d'ordonnance n'envisage pas les « sanctions de l'inexécution » mais les « remèdes à l'inexécution ». Ainsi l'article 1217 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

- *suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement ;*
- *solliciter une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

L'alinéa 2<sup>nd</sup> précise que « *les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes* ». Il convient de soulever, dès à présent, une interrogation relative aux incompatibilités puisque le projet d'ordonnance ne les précise pas. Or, en droit positif, s'il est certain que la clause résolutoire peut être combinée à une résolution judiciaire<sup>1012</sup>, les chambres de la Cour de cassation ne sont pas unanimes sur le cumul entre clause résolutoire et rupture unilatérale puisque la chambre commerciale l'admet mais la troisième chambre civile l'interdit<sup>1013</sup>. Le projet n'apportera pas un éclaircissement. Parmi les différents remèdes à l'inexécution proposés, une attention particulière doit être portée à l'exception d'inexécution (A) et à l'exécution forcée en nature (B).

### **A. L'exception d'inexécution**

**340 – L'exception d'inexécution** – Ce premier remède est régi aux articles 1219 et 1220 du projet d'ordonnance qui disposent respectivement qu'« *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si*

---

<sup>1012</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 1994, n° 92-11.196, note B. BOCCARA, *JCP G* 1995, II, 22380.

<sup>1013</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 12-20.830 ; *contra* Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 octobre 2013, n° 12-23.379.

*cette inexécution est suffisamment grave* » (1219) et qu' « *une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* » (1220). Le projet a décidé d'admettre ce moyen de pression exercé contre son partenaire contractuel pour le forcer à l'exécution. La réforme prévoit d'introduire une disposition générale autorisant l'exception d'inexécution, ce que le Code civil n'autorise pas en droit positif. Confirmant la jurisprudence actuelle<sup>1014</sup>, le projet soumet ce moyen de pression à une inexécution grave de son cocontractant. Toutefois, le projet va plus loin que le droit positif en admettant l'exception d'inexécution de façon anticipée dès lors « *qu'il est manifeste* » que le cocontractant ne s'exécutera pas. Le projet va ainsi plus loin que le projet Terré<sup>1015</sup> qui avait restreint plus strictement les conditions de ce remède anticipé en prévoyant en plus du caractère manifeste de l'inexécution future, des conséquences suffisamment graves pour le créancier. Dans la mise en œuvre de ce remède, il ne semble pas y avoir de contradiction avec les principes directeurs, la force obligatoire du contrat est maintenue mais suspendue. Le juge pourra également sanctionner au visa du principe directeur de bonne foi, l'invocation de mauvaise foi de ce remède à l'inexécution comme il est pratiqué par exemple à l'article 108 du Code de Commerce.

## **B. L'exécution forcée en nature**

**341 – L'exécution forcée en nature** – Une attention particulière doit être accordée à ce second remède. L'article 1221 dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Le droit français reconnaît ainsi la primauté de l'exécution forcée en nature car elle est généralement<sup>1016</sup> considérée comme une conséquence de la force obligatoire<sup>1017</sup> et de l'adage « *pacta sunt servanda* » bien que les choses ne soient

---

<sup>1014</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 septembre 2008, n° 07-16205 : « *qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que la société Thévenin avait à plusieurs reprises proposé l'intervention du technicien de son service après-vente et que M. X... n'avait jamais accepté l'intervention de ce service après-vente de la société Thévenin, la cour d'appel en a déduit que l'exception d'inexécution n'était pas justifiée* », la Cour de cassation estime ainsi que l'inexécution contractuelle n'était pas suffisante pour justifier l'exception d'inexécution dans la mesure où le maître d'ouvrage avait toujours refusé l'intervention d'un technicien pour résoudre le problème des malfaçons.

<sup>1015</sup> Article 103-104 du projet.

<sup>1016</sup> *Contra*, Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005/1. 161.

<sup>1017</sup> *Ibid* : « *l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil signifie que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation sous la sanction du droit. Le débiteur qui ne respecte pas l'obligation contractuelle est sanctionné*

pas aussi claires dans le code civil. En effet, l'exécution forcée en nature obéit originellement à deux régimes différents en fonction de l'obligation considérée. S'il s'agit d'une obligation de donner, l'exécution forcée en nature ne pose pas de difficulté car l'exécution en justice ne peut-être qu'en nature : comment pourrait être converti en dommages-intérêts, une obligation initiale de payer une somme d'argent ? En revanche, s'il s'agit d'une obligation de faire ou ne pas faire, l'exécution forcée ne peut en principe que se résoudre en dommages-intérêts (articles 1142 et 1145 du C. civ.), sauf dérogations législatives prévues expressément (articles 1143 et 1144 C. civ.). La jurisprudence a toutefois contourné ces règles pour progressivement renverser le principe même posé par l'article 1142<sup>1018</sup>. Dès lors, le projet d'ordonnance ne fait que consacrer une évolution jurisprudentielle dont certaines incidences ont déjà été évoquées<sup>1019</sup>.

**342— Les critères de l'exécution forcée en nature**— Les critères de l'exécution forcée en nature proposés suscitent davantage de questions.

Il est tout d'abord prévu qu'elle doit être préférée « sauf si elle est impossible ». Il faut imaginer que cela concerne l'exécution impossible en raison d'un événement de force majeure ou lorsqu'elle reviendrait à atteindre la personne humaine du débiteur. Il faut convenir que le compromis entre la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle du débiteur n'est pas aisé : d'un côté, la force obligatoire du contrat doit être favorisée car une indemnité pécuniaire ne remplace jamais le fait promis mais, de l'autre côté, la liberté contractuelle du débiteur qui s'appuie sur l'autonomie de la volonté doit limiter le recours à l'exécution forcée en nature. Il a ainsi pu être pensé<sup>1020</sup> que la convention n'avait de sens que si chacune des parties s'y conformait sans aucune pression, d'autant plus dans les obligations de faire qui visent par définition l'activité humaine, ce qui interdirait par principe toute contrainte. Bien que ces arguments aient une certaine logique, le système contractuel sans contrainte serait voué à l'échec. Il a fallu trouver un compromis qui s'est manifesté par une large préférence donnée à la force obligatoire du contrat tout en reconnaissant que l'exécution

---

*comme l'est toute personne qui ne respecte pas la loi. C'est ici que s'instaure habituellement la confusion, en procédant par mimétisme entre la norme initiale et sa sanction. Puisque les contrats doivent normalement être exécutés, on pense que l'exécution forcée en nature s'impose comme sanction première. Puis, cette identité de contenu aidant, on finit par confondre cette sanction avec l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ».*

<sup>1018</sup> O. GOUT, « L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles », *D.* 2007, p. 1119 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD Civ.* 1976, pp. 700-724.

<sup>1019</sup> *Supra* n° 311.

<sup>1020</sup> C-B-M TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du code*, 5 éd., T. VI, Paris, Wahlen, 1830, n° 8

forcée en nature à tout prix est parfois humainement impossible, soit parce que l'impossibilité est due à d'autres personnes que le débiteur<sup>1021</sup> soit, parce qu'elle lui est propre en raison du caractère personnel de l'obligation<sup>1022</sup>. Se vérifie ainsi la relativité des principes juridiques dans la reconnaissance de la primauté de l'exécution forcée en nature et de sa première limite.

Le second critère limitatif à l'exécution forcée en nature prévu consiste, ensuite, dans son coût lorsqu'elle apparaît « *manifestement déraisonnable* ». Un tel principe n'existe pas en droit positif, au contraire, la jurisprudence a même pu prononcer<sup>1023</sup> la destruction d'une maison à laquelle il manquait 33 cm et sa reconstruction alors que les coûts étaient très importants. Le projet innove et sera source d'un nouveau contentieux. Il restera à la jurisprudence à déterminer la proportionnalité du coût de la demande d'exécution forcée en fonction de l'inexécution.

**343 – Mise en œuvre de l'exécution forcée en nature** – Dans la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature, l'article 1222 du projet prévoit qu'« *après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction* ». Le projet ne prévoit pas d'autorisation judiciaire préalable à l'exercice du remplacement (exécution par un tiers et/ou destruction). Il suffit d'une simple mise en demeure puis le créancier pourra exercer lui-même sa faculté d'exécution forcée en nature dans un délai et à un coût raisonnable. Pour plus de sécurité, il est prévu que le juge puisse être saisi pour condamner le débiteur à avancer les sommes nécessaires.

**344 – Conclusion** – Afin d'apprécier la mise en œuvre des principes directeurs dans les remèdes à l'inexécution, l'étude a mis l'accent uniquement sur certains remèdes qui semblaient les plus attentatoires à la liberté contractuelle. Ils participent en réalité à un juste compromis entre plusieurs principes, le droit étant la science du contradictoire.

---

<sup>1021</sup> On pense aux tiers de bonne foi qui ont acquis un droit.

<sup>1022</sup> Cass. civ., 20 janvier 1953, *JCP G* 1953, II, 7677, note P. ESMEIN,

<sup>1023</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, n° 03-21136.

---

## CONCLUSION DE CHAPITRE

---

**345 – À la poursuite d’un programme idéologique** – L’étude de ce dernier chapitre a permis de présenter les différentes innovations prévues dans le droit commun des contrats et de mesurer l’impact des principes directeurs sur la mise en œuvre de ce droit rénové. De cette façon, peut être observé le programme idéologique poursuivi par la réforme. En effet, abstraction faite du « verbiage<sup>1024</sup> » utilisé pour légitimer la réforme du droit des contrats, « moderniser », « simplifier », « améliorer l’accessibilité », « renforcer l’attractivité du droit commun des contrats », il faut convenir que la réforme manifeste un programme idéologique certain, bien qu’il ne soit probablement pas à la hauteur des espérances de certains opérateurs du droit<sup>1025</sup>. À la lecture du projet d’ordonnance, il peut être constaté qu’à côté du toilettage à droit constant qu’il réalise<sup>1026</sup>, des modifications importantes sont aussi prévues.

Le contrat est, en effet, pensé autrement. Ainsi, dans le projet, il semble être mis fin au contrat de gré à gré comme modèle unique du contrat de droit commun, une « *summa diviso* » apparaît entre contrat d’adhésion et contrat de gré à gré. Le doux rêve selon lequel les parties contractantes seraient égales est abandonné, le projet consacre plusieurs instruments de lutte contre les déséquilibres (violence concrétisée par un abus de nécessité-de dépendance ; lutte générale contre les clauses abusives, respect de l’obligation essentielle). Un bouleversement de la théorie générale du contrat est à prévoir. De nombreuses interrogations et difficultés naîtront. En ce sens, des modifications demeureront nécessaires, il est impératif par exemple de restreindre le champ d’application de l’article 1169 aux seuls contrats d’adhésion.

En somme, tout en demeurant dans une conception spiritualiste, le droit commun des contrats apparaît en filigrane plus pragmatique et réaliste avec une réelle prise en compte du paysage juridique contemporain.

---

<sup>1024</sup> J.-P. CHAZAL, « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 673.

<sup>1025</sup> *Ibid.*

<sup>1026</sup> Intégration de la période précontractuelle par exemple.



---

## CONCLUSION DU TITRE I

---

**346 – Propos conclusifs** – Face à un droit contemporain des contrats devenu « touffu »<sup>1027</sup> et un foisonnement des contrats spéciaux, « à quoi se raccrocher ? *Quel fil d'Ariane suivre, dans l'asphyxiant labyrinthe ?* »<sup>1028</sup>. Ces dernières années, une partie de la doctrine contractualiste a été « guidée par une conviction et par un espoir : que le progrès ne peut venir d'un éclatement du droit des contrats »<sup>1029</sup>. Cette foi professée en la prééminence du droit commun reflète « peut-être un désir de synthèse inhérent aux fonctions de la doctrine : appelée à enseigner, à exposer l'état du droit positif de la manière la plus claire possible, elle serait naturellement encline à préférer un système cohérent qui se déclinerait en règles générales, plutôt qu'un éparpillement confus de dispositions pointilleuses qui s'ignorerait les unes les autres »<sup>1030</sup>. Les développements qui précèdent permettent d'observer que la restauration du droit commun des contrats est possible par la voie des principes directeurs qui apparaîtraient comme le fil d'Ariane propre à guider les opérateurs du droit dans le labyrinthe des règles spéciales. Ce souhait du retour à une prépondérance du droit commun des contrats sur le droit spécial se manifeste par les trois actions que permettent les principes directeurs du droit (commun) des contrats à savoir : corriger ou tempérer une règle spéciale, forcer une disposition spéciale lorsqu'un impératif supérieur à l'objectif poursuivi par la règle le commande et combler les lacunes du droit spécial des contrats qui ne peut tout prévoir. L'emprise des principes directeurs ne se manifeste pas uniquement sur le droit spécial des contrats, elle se retrouve bien évidemment sur le droit commun des contrats. En effet, l'élaboration de principes directeurs implique une interaction avec les autres règles qui composent le droit commun des contrats. L'objet de ce second titre a permis de souligner la cohérence d'ensemble qui en ressort à travers l'étude d'un certain nombre de règles modifiant le droit positif proposées dans le dernier projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. L'étude de ce second titre a ainsi permis de constater que les principes directeurs doteraient la matière contractuelle d'une matrice commune et d'une ossature renforçant l'unité du droit des contrats.

---

<sup>1027</sup> PH. MALAURIE, L. AYNES P-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, n°31.

<sup>1028</sup> V. MARGUERITE, *Debout les vivants*, Paris, Flammarion, 1932.

<sup>1029</sup> É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Paris, 1997, n° 130, p. 97.

<sup>1030</sup> CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse préc., n° 286, p. 363.



---

# CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

---

**347 – Propos conclusifs** – L’heure des réformes a sonné. Le pluriel est utilisé car c’est à la fois la réforme du droit des contrats qui est proposée mais également celle de la Cour de cassation. Il n’a jamais été aussi urgent de s’intéresser à la connexité qui s’instaurera entre le fond du droit – le droit des contrats en l’espèce- et la forme du droit – l’acte de juger et de motiver.

Cette seconde partie avait alors pour objectif en premier lieu d’évaluer concrètement l’impact des principes directeurs du droit des contrats sur la méthodologie de l’acte de juger et abstraitement, observer ses effets sur la théorie du droit. Il a fallu constater qu’il s’agissait d’une véritable révolution qui était sur le point de naître dans la mesure où les principes directeurs vont nécessiter un contrôle de proportionnalité au cours duquel les questions de droit et de fait seront abordées. Une zone d’ombre demeure néanmoins suite à ce choc culturel : l’affirmation quasi-législative en majeure du syllogisme suivie de l’application aux faits en mineure pour parvenir à une conclusion logique pourront-elles demeurer au moins partiellement avec une adaptation à la « balance des intérêts » ou seront-elles complètement abandonnées ? Il convient de noter que la question ne concerne en réalité que le contentieux des droits fondamentaux et des principes directeurs du droit des contrats puisque pour le reste des litiges, la forme syllogistique et abstraite pourrait évidemment perdurer. Cette révolution méthodologique toucherait aussi la théorie du droit : il a été observé que l’introduction de principes directeurs renouvelait le débat de la jurisprudence comme source de droit. Il est apparu, qu’au moins en matière contractuelle, la jurisprudence se révélait être un ensemble de données juridiques agissant au stade de la genèse du droit, autrement dit, une source de droit.

En second lieu, l’objectif était d’évaluer l’influence des principes directeurs sur la substance contractuelle : d’une part, apprécier la vitalité des principes directeurs sur le droit spécial des contrats, et, d’autre part, sur le droit commun des contrats. Il a été remarqué que les principes directeurs favorisaient à la fois une résistance du droit commun des contrats à la spécialisation du droit contractuel et une rénovation du droit commun.



---

## CONCLUSION GENERALE

---

**348 – Bilan de l'étude** – La tâche qui a été entreprise dans la présente étude n'avait qu'une seule prétention : étudier la science de cette nouvelle catégorie juridique en matière contractuelle, les principes directeurs. Cette tâche entreprise, il convient d'en tirer le bilan pour vérifier si les principes directeurs du droit des contrats forment un système, c'est-à-dire un ensemble organisé et cohérent.

**349 – Concept en vogue** – Il a été constaté que les principes directeurs apparaissent déjà en droit positif, tant au niveau international et européen qu'en droit interne tout du moins dans le contenu puisqu'il n'existe pas de consensus sur la catégorie juridique. Force est donnée à la liberté contractuelle, à la force obligatoire et à la bonne foi. Ainsi, bien qu'entourés de nombreuses zones d'ombres, les principes directeurs présentent une attractivité certaine qui en font un concept à la mode.

**350 – Une notion originale** – Bien que s'intégrant dans la catégorie large des normes juridiques et des principes normatifs, la catégorie des principes directeurs présente une originalité normative qui la distingue des normes existantes approchantes comme les principes généraux du droit et les standards. Hiérarchiquement, ils peuvent apparaître comme une catégorie « fourre-tout » puisqu'ils sont constitués à la fois de règles de droit, de principes généraux du droit et de principes constitutionnels. Toutefois, cette première approche n'est pas suffisante pour apprécier l'originalité normative des principes directeurs. Ces derniers forment, en effet, une catégorie à part entière. En témoignent les différents caractères déterminants de la notion de principes directeurs du droit des contrats qui ont été dégagés. Ainsi, ils se révèlent consubstantiels à la notion de contrat, continus, flexibles et généraux. De la réunion de ces quatre caractères, il apparaît que le principe directeur en droit des contrats accède à une dimension axiologique, véhiculant une idéologie politique et juridique ayant nécessité un jugement de valeur. En effet, les principes directeurs en la matière poursuivent des fonctions primordiales : non seulement, ils visent une fonction normative en jouant un rôle prescripteur, complétif et technique mais également une fonction politique en consacrant, d'une certaine façon, les garanties fondamentales d'une bonne justice contractuelle. Ainsi, de leur observation dépend l'issue du procès puisqu'ils orientent le juge

dans le processus d'élaboration d'un jugement rationnel en affirmant « *des exigences suprêmes du droit et de la conscience collective* »<sup>1031</sup>. L'importance des principes directeurs du droit des contrats se manifeste également sur leurs effets substantiels.

**351 – Des révolutions à prévoir dans l'acte de juger et de motiver** – La prise en compte des droits fondamentaux et la conciliation nécessaire qui devra être menée entre les principes directeurs bouleverseront l'acte de juger et de motiver. Ce constat apparaît déjà et a contribué à l'institution d'une Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation. Le contrôle de proportionnalité qui s'impose déjà dans la prise en compte des droits fondamentaux et qui se développera à l'avenir si les principes directeurs sont consacrés, est susceptible de changer le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation dans leur structure et leur motivation. En effet, traditionnellement, la Cour de cassation présente ses arrêts sous une forme quasi-législative, autrement dit, sous la forme de règles générales et impersonnelles. Elle s'élève à un haut niveau d'abstraction qui suppose une séparation claire du fait et du droit. La Cour de cassation doit veiller à la bonne application du droit et ne doit tenir compte des faits que dans une moindre mesure (dénaturation des faits, qualification, contrôle de l'interprétation et surveillance de la motivation des juges du fond). La motivation des arrêts apparaît alors classiquement très restreinte, abstraite et syllogistique. Ce « *statu quo* » ne perdurera certainement pas dans un contexte de généralisation des droits fondamentaux qui s'accroîtrait avec les principes directeurs du droit des contrats. Les juges devront apprendre à départager les considérations juridiques des considérations morales, politiques, religieuses et économiques, en « balançant les intérêts » en jeu. Les juges réaliseront ainsi un compromis entre des normes en conflit et par ce biais, ils créeront une norme nouvelle. C'est une révolution qui est en marche et elle n'est pas si « tranquille »<sup>1032</sup>. Ce changement méthodologique pesant sur le processus décisionnel du juge s'immiscera également dans le mode de production du droit.

**352 – Une jurisprudence contractuelle source de droit** – Il a été montré que la jurisprudence, en matière contractuelle, serait dotée d'un pouvoir normatif et deviendrait une source de droit, qualification entendue comme l'ensemble des données juridiques agissant au stade de la genèse du droit et de sa création. Les effets des principes directeurs se

---

<sup>1031</sup> W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international », *op. cit.*

<sup>1032</sup> PH. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD et CH. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

ressentiraient également sur la substance contractuelle, autrement dit sur les règles matérielles qui constituent la matière contractuelle tant du droit spécial que du droit commun.

### **353 – Les principes directeurs, fil d’Ariane dans le labyrinthe des règles spéciales**

– Le recours aux principes directeurs fournit de multiples apports à la diversité du phénomène contractuel et à l’émission des droits spéciaux en permettant trois actions distinctes : corriger ou tempérer une règle spéciale, forcer une disposition spéciale lorsqu’un impératif supérieur à l’objectif poursuivi par la règle le commande et combler les lacunes du droit spécial des contrats qui ne peut tout prévoir. Les principes directeurs apparaissent alors comme un facteur d’unité et de cohérence du droit en fournissant un fil d’Ariane dans le maquis des règles spéciales.

**354 – Une rénovation du droit commun des contrats facilitée par les principes directeurs** – Les règles matérielles issues du dernier projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats démontrent que la teneur des principes directeurs est respectée. Ces derniers complètent également les failles laissées dans les projets et donnent un fondement à des règles très précises dont les sources d’inspiration n’ont pas été explicitées. Généralement, le rôle du juge est circonscrit ; il se trouve, le plus souvent, limité et subsidiaire<sup>1033</sup>. Aucune démesure jurisprudentielle ne semble permise, sous réserve qu’un certain nombre de modifications<sup>1034</sup> soient apportées au dernier projet.

**355 – Conclusion finale** – En somme, les principes directeurs du droit des contrats se sont révélés appartenir à une catégorie juridique complexe et fuyante. En effet, dès la première approche, le chercheur est confronté à de nombreuses contradictions : d’une part, il se retrouve devant une absence de définition de la notion en droit positif bien que des principes directeurs soient déjà reconnus, d’autre part, il constate un foisonnement des sources des principes directeurs puisque chaque organe créateur de droit peut en énoncer. Dans le même temps, il relève qu’ils semblent obéir à des critères communs et poursuivre des fonctions identiques.

---

<sup>1033</sup> V. l’article 1196 et la révision pour imprévision qui, en réalité, limitent les juges à revêtir les habits de l’arbitre ou à permettre aux parties une sortie du contrat. En aucune façon, ils ne pourront réviser le contrat sans l’accord des parties.

<sup>1034</sup> On pense notamment à la restriction du contrôle du déséquilibre aux seuls contrats d’adhésion. V. l’article 1169 du projet et à la conservation de l’article 1107 du Code civil actuel qui expose la distinction droit commun des contrats- droit spécial.

Les principes directeurs du droit des contrats forment-ils alors un ensemble cohérent et organisé ? La présente étude a mis en lumière l'originalité et la spécificité de cette catégorie juridique qui forme un système intéressant. Ce travail avait pour objectif de bâtir solidement les fondations de cette notion, il est désormais de la responsabilité du législateur d'en ériger la structure ou de s'y refuser.

Deux solutions sont alors envisageables : cantonner les principes directeurs à une simple construction intellectuelle, les principes directeurs du droit des contrats appartiendraient principalement à la doctrine, ou bien les faire accéder au droit positif comme une nouvelle catégorie juridique autonome en les sélectionnant sur la base de critères identifiés. Dit ainsi « *la première attitude marque un retrait, voire une méfiance vis-à-vis des principes. La seconde est plus novatrice ; elle repose aussi sur une certaine confiance à l'égard de l'autorité judiciaire*<sup>1035</sup> ».

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été adoptée en Conseil des ministres le 10 février 2016, et a été publiée au journal officiel le 11 février 2016. La voie d'une discrète codification de ces principes en tête du code a été choisie, sans aucune affirmation de leur nature directrice. On ne trouvera donc pas dans un Code civil réformé de subdivision intitulée « Principes directeurs » bien que la « substance » de ces principes soit reçue par ce droit rénové et se retrouve au sein des « dispositions liminaires ». La catégorie juridique des principes directeurs ne sera donc pas (encore) reconnue.

---

<sup>1035</sup> E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000, n° 493, p. 469.

---

## ANNEXES

---

### Extraits des différents principes dans les textes et projets européens-internationaux-français

- **Avant-projet Gandolfi :**

« Dispositions préliminaires » :

Article 2 sur l'autonomie contractuelle : « 1. Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées par les règles impératives, les bonnes mœurs et l'ordre public, comme elles sont fixées dans le présent Code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des États membres de l'Union européenne, pourvu que par là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui. 2. Dans les limites de l'alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats qui ne sont pas soumis à la réglementation du présent Code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes ».

- **Principes du Droit Européen des Contrats :**

« Dispositions générales » :

Article 1 : 102 sur la liberté contractuelle : « (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. (2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ».

Article 1 : 201 sur la bonne foi au titre des « devoirs généraux » : « (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. (2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ».

Article 1. 202 sur la collaboration : « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ».

Article 1 : 302 sur le caractère raisonnable : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activités concernées ».

- **Draft Common Frame of Reference<sup>1036</sup> :**

« Dispositions générales »:

Article 1 : 102 sur l'autonomie des parties : « (1) Les parties sont libres de conclure un contrat ou de faire un autre acte juridique et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles relatives à la bonne foi et de toutes autres règles impératives applicables. (2) Sauf

---

<sup>1036</sup> DCFR, traduction française des trois premiers livres par J. GHESTIN avec le soutien de la Fondation pour le droit continental : [http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/traduc-vbar-livre\\_i-ii-iii-\\_08-2008.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/traduc-vbar-livre_i-ii-iii-_08-2008.pdf).

*dispositions contraires, les parties peuvent exclure l'application des règles qui suivent relatives aux contrats et aux autres actes juridiques, ou aux droits et obligations naissant de ceux-ci, ou y déroger ou en modifier les effets. (3) Une disposition selon laquelle les parties ne peuvent exclure l'application d'une règle, y déroger ou en modifier les effets n'empêche pas une partie de renoncer à un droit qui est déjà né et dont elle a connaissance ».*

Article 1 : 103 sur l'effet obligatoire : « (1) Un contrat valide lie les parties. (2) Une promesse ou un engagement unilatéral valide lie son auteur si elle a été faite ou il a été pris en vue d'être juridiquement obligatoire sans acceptation. (3) Le présent article ne fait pas obstacle à ce qu'un accord entre le débiteur et le créancier ou une disposition légale modifie les droits et obligations qui en résultent ou y mettent fin »

Articles 2 : 101 à 2 : 105 sur le non – discrimination :

II. — 2 :101 : Droit de ne pas subir une discrimination « Chacun a droit à ne pas subir une discrimination fondée sur le sexe, l'ethnie ou l'origine raciale à l'occasion d'un contrat ou d'un autre acte juridique dont l'objet est de donner accès ou de fournir des biens ou des services qui sont à la disposition du public ».

II. — 2 :102 : Signification du terme discrimination « (1) Le terme “discrimination“ désigne tout comportement par lequel ou toute situation dans laquelle, sur des fondements tels que ceux mentionnés dans l'article précédent, (a) une personne est traitée moins favorablement qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été dans une situation comparable, (b) ou une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre placerait un groupe dans une position particulièrement désavantageuse comparée à celle d'autres groupes différents. (2) Le terme discrimination inclut également le harcèlement sur des fondements tels que ceux mentionnés dans l'article précédent. Le terme “harcèlement“ désigne un comportement non désiré (y compris de nature sexuelle) qui viole la dignité d'une personne, particulièrement lorsqu'une telle conduite crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou agressif ou poursuit un tel but. (3) La consigne de procéder à une discrimination vaut discrimination ».

II. — 2 : 103 : Exception « Un traitement inégalitaire qui est justifié par un but légitime n'équivaut pas à une discrimination si les moyens utilisés pour réaliser cette fin sont appropriés et nécessaires.

II. — 2 : 104 : Moyens dont dispose la personne victime d'une discrimination « (1) La victime d'une discrimination contraire à II. — 2.101 (droit de ne pas subir une discrimination) peut, sans préjudice des moyens prévus au livre VI (responsabilité non contractuelle pour dommage causé à autrui), se prévaloir des moyens prévus pour non-exécution d'une obligation résultant du livre III, chapitre 3 (y compris la réparation des dommages pour préjudice économique et non économique). (2) Tous les moyens accordés doivent être proportionnés au préjudice actuel ou à venir ; l'effet dissuasif du moyen peut être pris en compte ».

II. — 2 : 105 : Charge de la preuve « (1) Si une personne, qui se tient pour victime d'une discrimination sur l'un des fondements mentionnés par II. — 2.101 (droit de ne pas subir une discrimination), établit, devant un tribunal ou une autre autorité compétente, des faits à partir desquels une telle discrimination peut être présumée, il incombe à l'autre partie de prouver que celle-ci n'a pas eu lieu. (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles il appartient au tribunal ou une autre autorité compétente d'enquêter sur les faits de l'espèce.

Article 7 : 301 sur la violation de droits fondamentaux : « *Un contrat est nul dans la mesure où (a) il viole un principe reconnu comme fondamental dans les droits des Etats membres de l'Union européenne (b) et où la nullité est nécessaire pour donner effet à ce principe* ».

**Projet de cadre commun de référence. « Principes contractuels communs » (vol.7) Association H. Capitant et SLC:**

« Principes directeurs » :

Section I sur la liberté contractuelle

« Liberté des parties de conclure le contrat » : l'article 0:101 dispose que « *Chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant. Les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et les règles de forme qui lui sont applicables. La liberté contractuelle s'exerce dans le respect des règles impératives* ».

« Liberté des parties de modifier ou de mettre un terme au contrat » : l'article 0:102 dispose que « *Chacun ne peut contracter que pour soi-même, sauf disposition contraire. Le contrat ne peut produire effet qu'autant qu'il ne réalise pas une atteinte ou modification illégitime aux droits des tiers* ».

« Respect de la liberté et des droits des tiers » : l'article 0:103 dispose que « *Par leur accord mutuel, les parties sont libres, à tout moment, de mettre fin au contrat ou de le modifier. La révocation unilatérale n'est efficace qu'en matière de contrats à durée indéterminée* ».

Section 2 sur la sécurité contractuelle

L'article 0:201 concerne le principe de la force obligatoire et dispose que « *Le contrat légalement formé a force obligatoire entre les parties. Outre l'exécution des obligations du contrat, chacune des parties est tenue de respecter les devoirs qui s'induisent du principe de loyauté contractuelle. En cours d'exécution, la force obligatoire du contrat peut être remise en cause si un changement imprévisible de circonstances compromet gravement l'utilité du contrat pour l'une des parties* ».

L'article 0:202 est relatif au droit à l'exécution : « *Chacune des parties peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ».

Quant à l'article 0:203, il règle le devoir et les droits des tiers : « *Le contrat crée une situation que les tiers doivent respecter et dont ils peuvent se prévaloir sans pouvoir en poursuivre l'exécution* ».

Enfin, l'article 0:204 aborde la faveur pour le contrat : « *Lorsque le contrat est sujet à interprétation, ou lorsque sa validité ou son exécution est menacée, l'efficacité du contrat doit être préférée si son anéantissement nuit aux intérêts légitimes de l'un des contractants* ».

### Section 3 sur la loyauté contractuelle

Article 0:301 sur le devoir général de bonne foi : « *Chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ».

Article 0:302 sur l'exécution de bonne foi : « *Tout contrat doit s'exécuter de bonne foi. Les parties ne peuvent se prévaloir des droits et clauses contractuels que dans le respect du but qui en a justifié la stipulation* ».

Article 0:303 sur le devoir de collaboration : « *Les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat* ».

Article 0:304 sur le devoir de cohérence : « *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder* ».

#### • **Proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente :**

« Principes généraux » :

Article premier sur la liberté contractuelle :

« *1. Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles impératives applicables.*

*2. Les parties peuvent exclure l'application de l'une quelconque des dispositions du droit commun européen de la vente ou déroger à leurs effets ou modifier ceux-ci, sauf indication contraire de celles-ci* ».

Article 2 sur la bonne foi et loyauté<sup>1037</sup> :

« *1. Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté.*

*2. La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie.*

*3. Les parties ne peuvent exclure l'application du présent article ni déroger à ses effets ou les modifier* ».

Article 3 sur la coopération :

« *Les parties sont tenues de coopérer l'une avec l'autre pour l'exécution de leurs obligations contractuelles dans la mesure qui peut être attendue* ».

---

<sup>1037</sup> Article 2 du règlement- définitions, V° «Bonne foi et loyauté » : *un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question.*

- **Principes Unidroit :**

« Dispositions générales » :

Liberté contractuelle :

Article 1.1 : « *Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* ».

Article 1.2 : « *Ces Principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins* ».

Force obligatoire :

Article 1.3 : « *Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes* ».

Bonne foi :

Article 1.7 : « *1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

Interdiction de se contredire au détriment d'autrui :

Article 1.8 : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ».

- **Projet de la Chancellerie- réforme du droit des contrats- juillet 2008 :**

« Principes directeurs » :

Liberté contractuelle :

Article 15 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ».

Article 16 : « *La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat* ».

Force obligatoire:

Article 17 : « *Le contrat légalement formé s'impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement. Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ».

Bonne foi :

Article 18 : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi. Toutefois il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

- **La réforme du droit des contrats sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques fin 2008 :**

« Principes généraux » :

Liberté contractuelle :

L'article 3 dispose que « *Les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* ».

Liberté et droits fondamentaux :

L'article 4 énonce qu' « *on ne peut déroger, par contrat particulier, aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* ».

Bonne foi :

L'article 5 retient que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ».

Interdiction de se contredire au détriment d'autrui-confiance légitime :

L'article 6 prévoit qu' « *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportement antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime* ».

- **La réforme proposée par la Chancellerie le 23 octobre 2013 :**

« Dispositions préliminaires » :

Liberté contractuelle :

L'article 2 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.*

*Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable*

*à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché».*

Bonne foi :

L'article 3 dispose que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ».

- **La réforme proposée par la Chancellerie- 5<sup>ème</sup> et dernière version du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 publiée le 25 février 2015 :**

« Dispositions préliminaires » :

Liberté contractuelle :

L'article 1101 dispose qu'« *un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* »

L'article 1102 précise que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.*

*Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».*

Bonne foi :

L'article 1103 énonce que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ».



---

# BIBLIOGRAPHIE

---

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS

### A. Ouvrages généraux, dictionnaires

- D. ALLAND, S. RIALS, (sous dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (sous dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Quadrige, 1<sup>ère</sup> édition, 2008.
- A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1969.
- A.-J. ARNAUD (sous dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, LGDJ.
- Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002.
- H. BATIFFOL, *Problèmes de bases de la philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979.
- J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2012.
- O. BLOCH et W. VON WARTBUR, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Quadrige, 2008.
- L. CADIET (sous dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, coll. Grands dictionnaires, septembre 2004.
- G. CANIVET (sous dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC 2003.
- H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I : introduction, personnes-famille-biens, régimes matrimoniaux-successions, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007.
- H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome II : obligations, contrats spéciaux, sûretés, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008.
- J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur* : 10<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001.
- J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. forum, 2006.
- G. CORNU (sous dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10<sup>ème</sup> édition, janvier 2014.

- M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, La librairie du XX<sup>e</sup> siècle, seuil, 1994.
- M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginaires du droit, le relatif et l'universel*, coll. La couleur des idées, le seuil, 2004.
- P. DEUMIER (sous dir.), *Le raisonnement juridique : Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 8 mai 2013.
- P. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828.
- G. Lewkowicz et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat, Méthode du droit*, Dalloz, 2009.
- O. PFERSMANN et G. TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2001.
- A. REY (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2013.
- E. RUDE-ANTOINE et G. CHRETIEN-VERNICOS (coord.), *Anthropologies et droits, Etat des savoirs et orientations contemporaines*, L'esprit du droit, Dalloz, 2009.

## **B. Manuels, traités**

- P.-H. ANTONMATTEI et, J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, LexisNexis, Litec, 7<sup>ème</sup> éd., 2013.
- J.-L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, *Le contrat : droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010.
- J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014.
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, T. IV, Obligation en général, diverses espèces d'obligations, contrat en général*, 6<sup>ème</sup> éd., 1942, Paris
- J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2015
- L. AYNES, Ph. MALAURIE et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 6<sup>ème</sup> éd., 2013.
- A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2015.
- A. BENABENT, *Les obligations*, Domat droit privé, Montchrestien, 14<sup>ème</sup> éd., 2014,
- J.-S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis droit, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, juillet 2011.

- J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, Paris : Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.
- J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, Paris : Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2009-2010.
- B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23<sup>ème</sup> éd., 2012.
- Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Litec, 2014.
- Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2014
- J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2013.
- R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, Droit privé, 10<sup>ème</sup> édition, 2013.
- R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes de droit, 21 août 2012.
- L. CADJET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2013.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27<sup>ème</sup> éd., 2002.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Paris, 22<sup>ème</sup> éd., 2000.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige- PUF, Paris, 2004.
- M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, LGDJ-Lextenso, DL, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.
- C. CHAMPUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006.
- E. CHEVREAU, C. BOUGLE et Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit des obligations*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, tome II : les obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., 1924.
- F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.
- G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey université droit privé, Paris : Sirey, 17<sup>ème</sup> éd., 2014.
- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26<sup>ème</sup> éd., 2013.
- Ph. DELEBECQUE, F-J. PANSIER, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2013.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, Tome III, librairie Arthur Rousseau, 1923.
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, collection manuel, 2<sup>ème</sup> édition,

2013.

- F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, corpus, 3<sup>ème</sup> éd., 2013.
- P.-E. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français par Marcel Planiol*, Tome VII, Obligation, 2<sup>ème</sup> partie, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1954, 1<sup>er</sup> volume.
- B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 5<sup>ème</sup> éd., 2015.
- M. FAVRE-MAGNAN, *Droit des obligations Tome I : Contrat et engagement unilatéral*, collection Thémis, PUF, DL 2013.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey-Sirey université, 16<sup>ème</sup> éd., sept. 2014.
- N. FRICERO, *Procédure civile*, mémento LMD, Paris : Gualino, DL, 11<sup>ème</sup> éd., 2014.
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.
- J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat : le contrat, le consentement*, Tome I, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013.
- J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat : L'objet et la cause, les nullités*, Tome II, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 2013.
- J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2001.
- J. GHESTIN et J. HUET (dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2012.
- S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013.
- S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.
- S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile : droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, Dalloz DL, 31<sup>ème</sup> éd., 2012.
- S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et C. S. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, coll. Droit privé, Paris : Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2013.
- E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3<sup>ème</sup> éd., 2014.
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz-Sirey, coll. Méthodes du droit, 8<sup>ème</sup> éd., 2013.
- C. LARROUMET et A. AYNES, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. Traité de droit civil, 6<sup>ème</sup> édition, 2013.
- C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014.

- A. LECA, *Le code civil était presque parfait : introduction historique au droit*, LexisNexis, 2013.
- P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6<sup>ème</sup> éd., 2014.
- Ph. LE TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats-Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 10<sup>ème</sup> édition, 2014/2015.
- L. LEVENEUR et Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, collection Précis, 13<sup>ème</sup> éd., 2013.
- P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2014.
- P. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2015.
- P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso, 5<sup>ème</sup> édition, 2014.
- Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Litec, 13<sup>ème</sup> éd. 2014.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, Tome I : les sources*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1988.
- H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II, 1<sup>er</sup> volume : les obligations – Théorie générale*, 9<sup>ème</sup> éd. Par F. CHABAS, Montchrestien, 1998.
- F. MELLERAY, PH. YOLKA, P. GONOD, *Traité de droit administratif, Tome 1*, Dalloz, 2011
- Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 18<sup>ème</sup> éd., 2015.
- J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, paris, 23<sup>ème</sup> éd, 2006.
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Tome I*, LGDJ, 1950.
- J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris : éd. Cujas, 17<sup>ème</sup> éd., 2013.
- G. RIPERT, G. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, tome 2*, LGDJ, 1957.
- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations, II- contrat*, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, 1998.
- G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, droit privé, 23<sup>ème</sup> éd., 2012.

- F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 2015.
- F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013.
- G. VEDE et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, Tome I, 12<sup>ème</sup> éd. 1992.
- E. VERNY, *Procédure civile*, Cours Dalloz série droit privé, Paris : Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.
- D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Manuel, Lextenso, 7<sup>ème</sup> éd., 2010.
- P. VOIRIN, *Droit civil, Tome 1 : Introduction au droit, personnes-familles, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, LGDJ- Lextenso, 34<sup>ème</sup> édition, 2013.
- J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 25<sup>ème</sup> éd., 2014

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

- C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Préf. De R. CABRILLAC, BDP, tome 329, LGDJ, Paris, 2000.
- P-H. ANATOMATEL, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. de B. TEYSSIE, Bibliothèque de droit privé, t. 220, LGDJ, 1992.
- Association H. CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, T. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires », 2009.
- J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Thèse Grenoble II, 2014.
- L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, thèse, BDP, tome 454, 2006.
- J-L AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Préf. J. FLOUR, BDP, tome 109, LGDJ, 1970.
- H. AUBRY *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préface A. GHOZI, PUAM, 2002.
- B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2000.
- L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Préf. P. Malaurie, Economica, 1984.
- B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux, pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012.
- M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998.
- M. BEHAR TOUCHAIS (sous dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, coll. Études juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V, le 13 janvier 2000, Economica, 2001.
- J. BELLISENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Préf. de R. CABRILLAC, BDP, tome 354, LGDJ, 2001.
- V.-L. BENABOU, M. CHAGNY, *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008.
- S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, LGDJ, coll. BDT, Tome 551, 07/2013.
- E. BERNARD, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruylant 2010.
- C. BORTOLUZZI, *La persistante autorité des Principes du Droit Européen des Contrats: De l'importance des principes généraux du Chapitre I des PDEC*, éd. Universitaires Européennes, 30 septembre 2012.
- M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz-Sirey, NBT, 2003.

- S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2000.
- G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Marie-Jeanne Campana (Préfacier), Broché, LGDJ, Collection des Thèses, Paru le 05/01/2010.
- R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRUM (sous la dir. de), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Colloque du 22 juin 2007, SLC, 2008.
- Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 122, 2013.
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1927.
- C. CAUMES, *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Thèse Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010.
- B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968.
- A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, Préf. de J. MESTRE, PUAM, 2001.
- G. CHANTEPIE, *La lésion*, Préf. G. VINEY, BDP, tome 467, LGDJ, 2006.
- L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles, contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Préf. A. PELISSIER, Fondation Varenne, Coll. Des thèses, n°60, LGDJ, 2012.
- G. CORNU, *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica, 1987.
- O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, coll. de droit international, 1997.
- A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2006.
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, BDP, tome 248, 1992, cop. 1995.
- R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1973.
- A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.
- D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, 2008.
- B. DEFFAINS et S. FERREY, *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, avec le soutien du GIP Mission Droit et justice, éd. Nancy : Université Nancy 2 bureau d'économie théorique et appliquée, 2010.
- P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-

Marseille III, 1981.

- R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé- étude critique pour servir à l'introduction à l'étude des obligations*, 1911.
- P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002.
- X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant et LGDJ, 1995.
- M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, Préf. J. GHESTIN, BDP, tome 221, LGDJ, 1992.
- B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préf. de J. MESTRE, PUAM, 1997.
- B. FAUVARQUE-COSSON (sous dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007.
- J. FOYER et G. CANIVET (collectif), *La création du droit par le juge*, Archives philosophiques du droit, Tome 50, 2007.
- J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Préf. PH. LE TOURNEAU, PUAM, 2004.
- M-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, coll. Penser le droit, 3<sup>ème</sup> éd., DL 2011.
- L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et des méthodes du droit international ; étude de droit international de la famille*, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001.
- K. GARCIA, *le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, préface J-P MARGUENAUD, Larcier, 2008.
- CH. GAVALDA, *Le principe du contradictoire en procédure pénale*, thèse, Montpellier I, 2005.
- F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Préf. R. SALEILLES, Paris, LGDJ, rev. et mise à jour de l'éd. de Paris LGDJ 1919, 1996.
- F. GENY, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, quatre tomes, Paris, Société du recueil Sirey, 1914-1934.
- S. GERRY-VERNIERES, *Les petites sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Préf. N. MOLFESSIS, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.
- F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, PUAM, 2013.
- C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Lextenso, BDP, tome 509, 2009.

- S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, DL 2013.
- E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Rousseau, 1912.
- O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. P. Ancel, PUAM, 1999.
- C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Préf. Y. LEQUETTE, Nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 45, Dalloz, 2005.
- P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification*, thèse Paris I, 2000.
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, résolution et responsabilité*, Préf. J. GHESTIN, BDP, tome 218, LGDJ, 1992.
- G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse Picardie Jules Verne, 2008.
- J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, BDP, tome 117, LGDJ, 1971.
- X. HENRI, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Nancy, 1992.
- V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, GLN Joly éditions, 1992.
- D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.
- P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. de F. CHABAS, Nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 46, Dalloz, 2005.
- B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001.
- Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, Préf. J. GHESTIN, BDP, tome 215, LGDJ, 1991.
- Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003.
- Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *Le code civil, 1804-2004, livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004.
- Ch. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois*, 9<sup>ème</sup> conférence Albert Mayrand, éd. thémis, 2005.
- CH. JAMIN, *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008.
- Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. RAYNAUD, BDP, 1968.
- H. KELSEN, *Théorie générale de la norme*, Paris, PUF, 1996.
- A-J. KERHUEL, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires, un champ d'action de la*

*liberté contractuelle*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 2010.

- R. KHORIATY, *Les principes directeurs du droit des contrats, regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, Panthéon-Assas, septembre 2011.
- F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, BDP, tome 241, LGDJ, 1994.
- Y-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, BDT, tome 419, 2004.
- G. LARDEUX (dir), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.
- Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- F. LEDUC *et alii*, *La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997.
- L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Préf. M. Gobert, LGDJ, BDP, tome 212, 1990.
- S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, tome 335, LGDJ, 2000.
- Ph. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur... »*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- CH. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel*, Lyon 3, 2000.
- P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, BDP, tome 408, 2004.
- E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2<sup>ème</sup> éd. 2008.
- J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, La documentation française, coll. des rapports officiels, septembre 2004.
- L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, BDP, tome 545, 2013.
- J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.
- M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique : initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001.
- D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, BDP, tome 223, LGDJ, 1992.
- M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.
- L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, thèse, BDP,

tome 483, 2008.

- N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.
- P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Droit privé, Paris, 1999.
- CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1979.
- C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, Préf. D. FERRIER, BDP, Tome 460, LGDJ, 2006.
- J. MOURY, *Les moyens de droit à travers les articles 12 et 16 du NCPC*, Thèse Paris II, 1986.
- H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, coll. La bibliothèque Dalloz, DL 2002.
- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, juillet 2010.
- M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005.
- B. OPPETIT, *Le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit civil français*, Travaux de l'Asso. H. Capitant, tome 22, 1970.
- F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint Louis, 1<sup>er</sup> février 2010.
- M. OUDIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille (l'obligation de comportement en droit civil comparé)*, thèse Paris XI, 2000.
- Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. VILLEY, LGDJ, 1984.
- C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 421, 2004.
- Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. COUTURIER, BDP, tome 208, LGDJ, 1989.
- S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004.
- C. PREITO (sous dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003.
- Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des*

*contrats*, Université de Savoie, 10 avril 2012.

- H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997.
- H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le principe du raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.
- PH. A. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993.
- P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz-Sirey, coll. Thèmes et commentaires, 12 juin 2003.
- S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, BDT, tome 135, 1980, n° 93, p. 120.
- P. RICŒUR, *Le juste*, Seuil, Paris, 1995.
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1<sup>er</sup> vol., 1949.
- G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1955.
- J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. GHESTIN, BDP, tome 311, LGDJ, 1999.
- P. ROUBIER, *Le droit transitoire, (Les conflits de lois dans le temps)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1960.
- G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Dactylographiée, Paris, 1965.
- É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* préface de J.-L. AUBERT, LGDJ, Paris, 1997.
- P. SCHECHTIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, Paris, 2008.
- J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Paris, Dalloz, 1983.
- R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Préf. J. GHESTIN, BDP, tome 336, LGDJ, 1999.
- P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. WEILL, BDP, tome 101, LGDJ, 1969.
- C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet de la norme*, Préf. C. THIBIERGE et P. NOREAU, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 110, Dalloz, 2011.

- O. STATI, *Le standard juridique*, Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.
- Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », tome 337, 2000.
- M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Université Franche-Comté-Besançon, 2011 (en ligne).
- F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. LE BALLE, BDP, tome 2, LGDJ, 1957.
- F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.
- B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. MOUSSERON, BDP, tome 139, LGDJ, 1975.
- C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, DL 2009.
- C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, P. JESTAZ (dir.), *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Y. Blais, Dalloz, Bruxelles Bruylant, coll. Etudes, thèmes et commentaires, 2000.
- S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. De l'institut de droit des affaires, 2012.
- E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, thèse dactylographiée, Aix en Provence, 2000.
- N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.
- R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse, Paris, 1939.
- G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, Thèse de l'Université de Panthéon-Assas, 2003.
- G. WICKER, *Droit européen du contrat et droit du contrat en Europe, quelle perspective pour quel équilibre*, Débat et colloque, LexisNexis, 2008 .

### III. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES

- E. AGOSTINI, « L'estoppel et les trois unités », *D.*, 2010, p. 285.
- G. AJANI, « Cohérence du droit privé européen et multilinguisme : deux principes qui s'opposent ? », *RD aff. int.* 2007, n° 4, p. 493.
- G. ALPA, « L'avenir du contrat », *RID Comp.* 1985, p.7.
- G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle : études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.1.
- G. ALPA, « Les principes directeurs dans les avant-projets de réforme de droit européen », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC/I* du 01 janvier 2013 n° 1, p. 430.
- A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, 1934, p.144.
- S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois*, 2003. 383.
- S. AMRANI et B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit des contrats*, septembre 2007- septembre 2008, *Panorama, D.* 2008, p. 2965.
- P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *Sources du droit, Arch. Philo. Dr.*, T. 27, éd., Sirey 1982, p. 251.
- F. ANCEL, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode du projet de la Chancellerie », in *réforme du droit français des contrats en droit positif*, *RDC* 2009/1, p 273.
- P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ* 1999, p. 771.
- P. ANCEL, « La force obligatoire- Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, « thèmes et commentaires », 2003, p. 163.
- P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *approche renouvelée de la contractualisation* », S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.) PUAM, 2007, pp 15-29.
- P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat (Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007) », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 61.

- P. ANCEL, P. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE, S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP* 2008, n° 48, p 18.
- P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, R. WINTGEN, « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008/ 2, p. 527.
- P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, R. WINTGEN et R. SCHULZE, « Regards croisés sur le cadre commun de référence », *RDC* 2008/3, p. 917.
- J.-P. ANCEL, « Le recours au juge », *RDC*, 2010, p. 486.
- Ass. Henri Capitant et SLC, « Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs (extraits). Synthèse des textes proposés pour la révision du droit européen des contrats », *RDC* 2008, n° 1, pp 116-156.
- C. ATIAS, « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », *D.*, 1997, chron, p. 44.
- C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », *in droit et économie des mécanismes contractuels*, C. JAMIN (dir.), coll. Droit et économie, LGDJ, 2008, pp 3-19.
- C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'Acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », *in Droit européen du contrat et des droits des contrats en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?* G. WICKER (dir.), Litec 2008, pp 7-20.
- C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », *in F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, pp 113-118.
- C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G.*, n°50, du 12 décembre 2011, 1376.
- C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et J. ROCHFELD, « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *Droit et patrimoine*, Décembre 2007, n°165, p.32.
- C. AUBERT DE VINCELLES, J. ROCHFELD, « Présentation et version française des Principes de l'Acquis communautaire », *RDC*, 2008, p.177.
- L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, dossier Loi et contrat, mars 2005.
- L. AYNES, « La confiance en droit privé des contrats, Rapport de synthèse », *in La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaire, Dalloz, 2008, p. 151.
- L. AYNES, « Synthèse », Actes du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce sur la loyauté et l'impartialité retranscrit dans la *gazette du palais* du 23-24 mai 2012, p. 84.

- L. AYNES, A. BENABANT et D. MAZEAUD, « Projet de réforme du droit des contrats: éclosion ou enlisement? », *Dalloz*, 2008, n° 21, p. 1421.
- L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? », *Mélanges Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 47.
- L. BACH, « La jurisprudence », Répertoire Dalloz, 2009.
- N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial des contrats ? », *D.* 2015, n° 12, p. 699.
- H. BARBIER, « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de dépendance économique, (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, à paraître au Bulletin) », *RTD. civ.* 2015, p. 371.
- H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 13, 1968, pp 13-30, reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ 1976, p.393.
- H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », in *Choix d'articles, rassemblées par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 409.
- H. BATIFFOL, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.
- D. DE BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 29.
- J. BEGUIN, « Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ? » in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, Paris, 1995, p.1.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'université de Paris V, le 13 janvier 2000, *Économica*, 2001, p. 83.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, n° 21 du 25 mai 2015, doct. 603.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1, p. 191.
- J.-L. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – les principes généraux du droit et la procédure civile », in *le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, Etudes offertes à Pierre Catala-*, Litec, 2001, 153.
- A. BENABENT, « La bonne foi dans les relations entre particuliers, dans l'exécution du contrat », in *La bonne foi, journées Louisianaises de l'AHC*, Litec, 1992.

- A. BENABENT, « L'hybridation dans les contrats », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 27.
- A. BENABENT, « Les difficultés de la recodification des contrats spéciaux », in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245.
- M. BENILOUCHE, « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA* 24.07. 2004.
- J.-P. BERAUDO, « La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et de l'arbitrage », *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Mai 1994, p. 61.
- J.-P. BERAUDO,, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP*. 1995, I. 3842.
- J.-P. BERAUDO, et Ph. KHAN, « Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises, Marchés internationaux », *CCIP*, août-septembre 1989, p. 54.
- J-S. BERGE, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* n°2, du 1<sup>er</sup> avril 2012, p. 569.
- J.-S. BERGE et I. OMARJEE, « Le droit européen et la création du droit », *LPA* 05. 06.2007, n° 112, p. 9.
- D. BLANC, « Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ? », *Etudes et commentaires, D.*, 2008, n° 9, p. 525.
- N. BLANC, « Contrats nommés et innommés, un article disparu ? », *RDC* 2015/3, p. 810.
- R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause), brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 335.
- G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY », *JCP G.*, 1993, I, 3693.
- G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G.*, I. 156, 25.06.2008, pp 19-24.
- J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.
- P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p. 172.
- S. BROS, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015/3, p. 761.

- F. BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur le procès pénal », *RSC*. 2007/1, p. 39.
- F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *LPA* 17 déc. 2008, n° 252, p. 3.
- F. BUY, « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation, enfin des précisions ? », *D.*, 2015 p. 1021.
- F. BUY, « Loi "Macron" : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », *D.*, 2015, p. 1902.
- M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales Toulouse, DL 1978, p. 235.
- R. CABRILLAC, « Le projet de réforme en droit des contrats, premières impressions », *JCP G* 2008, Doctrine, étude I, p. 190.
- R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil et commercial argentin : l'éclatante réussite d'un audacieux pari », *D.* 2015, p. 2397.
- L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *le droit contemporain des contrats*, *Économica*, 1987, p. 7.
- L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, édition Frison-roche, 1999, p. 23.
- L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, *Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 177.
- L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand : Litec*, 2003, p. 71.
- G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, avant-propos », *Arch. Phil. Dr.*, Tome 50, pp.7-29.
- J. CARBONNIER, « Sociologie et droit du contrat », *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1959, p 113, Introduction, in *L'évolution contemporaine du droits des contrats*, *Journées R. Savatier*, 1985, Publ. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, T. XIV, PUF 1986, p. 29.
- J. CARBONNIER, « Le code civil », in *Les lieux de mémoire*, P. NORA (sous dir.), II, *La nation*, Gallimard, Paris, 1986, p. 293.
- F. CASORLA, « Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ?

Essai de classification », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006 p. 53.

- J. CEDRAS, « Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapp. C. cass.* 2003, p. 215.
- M. CHAGNY, « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », *RTD Com.*, 2015, p. 486.
- R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, Chronique p. 99.
- PH. CHAUVIRE, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *Rev. Lamy dr. civ.* 2010/75, n° 3951.
- J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 265.
- J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, CH. JAMIN et D. MAZEAUD (Dir.), Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p. 99
- J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commercial et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279.
- J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Droit et patrimoine*, 2014, n° 240 .
- J.-P. CHAZAL, « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 673.
- F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226.
- A.-S. CHONE-GRIMALDI, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *CCC* n°4, avril 2012, étude 6.
- D. COHEN, « La bonne foi contractuelle ; éclipse ou renaissance », in *1804-2004. Le code civil, Un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004, pp 517-538.
- D. N COMMARET, « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs, dispositions créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, éd. Cujas, 2006, p. 71.
- L. CORBION CONDE, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *J-Cl. civ.* article 4, LexisNexis, 1<sup>er</sup> septembre 2013.

- L. CORBION CONDE, « La prohibition des arrêts de règlements, le mode juridictionnel », *J.-Cl. civ.* article 5, LexisNexis, 30 juin 2008.
- G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », in *Journées de la Société de Législation comparée, RID. Comp.* 1979, n° spécial, Vol. 1, p. 447.
- G. CORNU, « Les principes directeurs par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offerte à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p 83.
- G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *Chronique, D.*, 2002, n°4, p. 351.
- G. CORNU, « Étude législative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC* 2006, p. 19.
- G. CORNU, « L'unité du Code civil », *Droits*, 2006, p. 151.
- C. COUPET, « Réflexions à partir des recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et du code AFEP-MEDEF », *RTD Com.*, 2015, p. 437.
- C. COUSIN, H. GUIZIOU, M. LEVENEUR-AZEMAR, B. MORON-PUECH, A. STEVIGNON, « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 1115.
- H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand* : Litec, 2003, p. 125.
- O. DEBBASH, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 139.
- B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006, p. 97.
- Ph. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988-4, p. 871.
- M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1.
- P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Arch. Phil. Dr.*, 2007, Tome 50, pp. 49-75.
- P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, in *Le droit souple, Journées nationales*, T.XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p 113.
- P. DEUMIER, « L'interprétation entre "disposition législative" et "règle

jurisprudentielle” (Soc. 3 juillet 2014, n° 14-40.026) », *RTD Civ* 2015, p. 84.

- P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*, 2015, p. 2022.
- I. DHAINAUT, « Démogogue et le droit des contrats », *RIEJ*, 2006, n° 56, pp 111-136.
- F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Le droit et l'immatériel*, Archives philosophiques du droit, T. 43, 1999, p 259.
- F. DIESSE, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI* 2006, p. 55.
- L. DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC*, 3-2008, p. 701.
- O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. Sc. Sociales Toulouse, 1978, p. 463.
- Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC/I* du 01 janvier 2013 n° 1, p. 387
- M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet » », Doctrine entretien, I, 199, *JCP*, 2008, n°43, p. 13
- M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC* n°4, du 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 1430.
- M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 826.
- B. FAGES, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, chron. 2386.
- C. FATTACCINI, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.*, 2015, p. 1734
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen », *RTD Civ* 2002, p 463
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.*, 2008, Études et commentaires, n° 9, p 556.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats », *D.*, 2010, n°22, p 1362.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Lancement d'une consultation sur le droit européen des contrats », *D.*, 2010, Entretien, n° 26, p 1696.

- 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 projet », in *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009/1, p. 279.
- V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, n°46, p. 769.
- H. FULCHIRON, « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2015, p. 2365.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Mélanges J. Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », in *Mélanges Ch. Mouly*, Tome 1, Litec, Paris 1998, p. 21.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », in *L'obligation, Archives Philosophiques du Droit*, Tome 44, Dalloz, 2000, pp 129-153.
- W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international », *RCADI*, volume 5, 1975, p.147.
- P. GARELLO, « Les économistes et le contrat », in *Mélanges en l'honneur de Christian Mouly*, Litec, 1998, livre 1, p.37 .
- P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD Civ.* 1995, 797.
- P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2008, p. 109.
- P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G.*, 2015, libres propos, 902.
- P.-Y. GAUTIER, « Contre “la balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189.
- B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Rép. contentieux administratif*, Dalloz 2004.
- B. GENIAUT, « La force normative des standards juridiques, éléments pour une approche pragmatique », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et alii, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 183.
- TH. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC/I* du 01 janvier 2013 n° 1, p. 336.
- TH. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats, À propos du projet de réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des

- obligations », *D.*, 2015, p. 1551.
- J. GHESTIN, « L'utile et le juste », *D.*, 1982, I.
  - J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n°12, pp 7-24.
  - J. GHESTIN (dir.), « Dossier sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 12 février 2009, n° 31.
  - J. GHESTIN, (dir.), « Droit des contrats », *JCP G* 2009, n° 16, I 138.
  - J. GHESTIN, « Libres propos en réponse à “ la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée - Une règle de nature à induire en erreur ?” », *JCP G* 2012. 812.
  - J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Droit des obligations », Doctrine chronique, *JCP G* 2008, n°49, p 19.
  - A. GHOZI, Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, études et commentaires », *D.*, 2008, n° 37, p. 2609.
  - O. GOUT, « L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles », *D.* 2007 p. 1119.
  - M. GRAZIADEI, « Rapport introductif », Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC/I* du 01 janvier 2013 n° 1, p. 311.
  - J-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 21 et 22 févr. 2003, Doctrine, p0404, p. 3.
  - F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD. civ.* 1993, 59.
  - L. GRYNBAUM, « Violation par l'assureur de l'obligation d'exécution de bonne foi et manquement au principe de cohérence », *JCP G* 2008, II, 10034.
  - R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *in Les principes en droit*, sous la dir. de S. CAUDAL, Economica, 2008, p.115.
  - S. GUINCHARD, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz-PUF-Éd. Du Jurisclasseur, 1999, p. 761.
  - M. GUYOMAR, « Y compris à droit constant, la codification revêt une dimension non seulement formelle mais aussi substantielle », *JCP G* n°48 du 23 novembre 2015, 1271.
  - B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la

fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378.

- M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », *RTD Civ.*, 1923, p. 265.
- P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 329
- X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », *Point de vue, D.* 2009, n°1, p. 28.
- V. HEUZE, « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats » », *JCP G* 2002, Doctrine I 152, p. 1341.
- V. HEUZE, « Le technocrate et l'imbécile – Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G.*, n° 25 du 18 juin 2012, 750.
- D. HOUTCIEFF, « Loteries avec pré tirage : à la recherche d'une sanction et d'un fondement adéquats », *JCP G* n° 27 du 3 juillet 2002, II, 10104.
- D. HOUTCIEFF, « Le manquement à l'obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », *JCP G* n°36 du 05 septembre 2007, II, 10145.
- D. HOUTCIEFF, « Limites du pouvoir de sanction du juge en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *JCP G* n° 38 du 19 septembre 2007, II, 10154.
- D. HOUTCIEFF, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 79.
- D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, Projet Terré*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 183.
- D. HOUTCIEFF, « Essai de maïeutique juridique : La mise au jour du principe de cohérence », *JCP G* n°47, 16 novembre 2009, 463.
- D. HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction ! », *JCP G* n° 28-29 du 12 juillet 2010, 787.
- J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit, une nouvelle lex mercatoria », *LPA*, 10 novembre 1995, p. 8.
- J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats, in renouvellement des sources des obligations », *Travaux de l'association HC*, 1999, p 11-26.
- CH. JAMIN, « L'intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 c. civ », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 45.
- CH. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in CH. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des*

*obligations* : Economica 1999, p. 71.

- CH. JAMIN, « Henri Capitant et René Démogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges F. TERRE*, 1999, p. 125.
- CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.
- Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901.
- CH. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOT (sous dir.), coll. Etudes juridiques, Economica, 2004, pp 159-171.
- CH. JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015, p. 1641.
- CH. JAMIN, « Motivation. Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 20 juillet 2015, doct. 878.
- CH. JAMIN, « Juger et motiver » *RTD. civ.*, 2015, p. 263.
- CH. JAMIN, « Motivation des arrêts : une alternative », *D.*, 2015, p. 2001.
- A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », *Les principes en droit*, dirigé par S. CAUDAL, Economica, Etudes juridiques, 30, 2008, p. 49.
- W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD. civ.* 1976, pp. 700-724.
- B. JEANNEAU, « La nature des principes généraux du droit en droit français », in *Études de droit contemporain*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, éd. Cujas, 1962, p. 203.
- PH. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 117.
- PH. JESTAZ, « Source délicieuse (Remarques en cascade sur les sources du droit) », *RTD. civ.*, 1993, p. 73.
- PH. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, la doc. fr, 1994, p. 207.
- PH. JESTAZ, « François Géný : une image française de la loi et du juge », in *François Géný, mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique »*, Blais, Dalloz, Bruylant Bruxelles, coll. Etudes, thèmes et commentaires, 2000, p. 37.
- PH. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Les*

*principes généraux du droit : droit français, droits des pays arabes, droit musulman (dénominateurs communs)*, Bruylant, 2005, p.169.

- PH. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061
- CH. JOLIBOIS, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : l'apport du Sénat », *RSC.* 2001, p. 65.
- L. JOSSERAND, « Le contrat et la loi, L'essor moderne du concept contractuel », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, II, Sirey, 1934, p 333
- L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD. civ.* 1937, p.1
- P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », *in Trav. Ass. Henri Capitant*, 1992, p. 121.
- M. KEITA, « Contrats en cours : incompatibilité entre résiliation du contrat et son exécution », *JCP Ent et Aff.* n° 50 du 11 décembre 2003, 1748.
- H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », *in La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2008, p. 117.
- Ph. KHAN, « La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RID Comp.*, 1981, p. 951.
- Ph. KHAN, « La modélisation au service de la fonction normative de la C.N.U.D.C.I. : La modélisation comme instrument », *LPA*, 18 décembre 2003 n° 252, p. 59.
- E. KLEIMAN, « Stop ! Définition nécessaire de l'estoppel, entre faveur à l'arbitrage et droit d'accès au juge », *JCPG* 2010, 303.
- Ch. KRAMPE, « Les principes directeurs du Code civil allemand », *in Le Code civil et le dialogue des cultures juridiques*, Bruylant, 2007, p.119.
- J. KULLMANN, « Chronique droit des assurances », *JCP G* 2010, I, 428, n° 26.
- F. LABARTHE, « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *in Études offertes à Jacques Normand : Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 275.
- Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2005/1, p. 161.
- Y.-M. LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013/1, n° 1.

- Y.-M. LAITHIER et D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC* 2012/2, p. 681.
- E. LAMAZEROLLES, « Convention de Vienne du 11 avril 1980- Vente internationale de marchandises », *Fasc . 405, J. Cl.* n°3.
- X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 50, pp. 77-88.
- O. LANDO, « L'avenir du droit des contrats », *Entretien, D.* 2008, n° 13, p. 904.
- G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.*, 2012. 2986.
- CH. LARROUMET, « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I., 4011.
- CH. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441.
- V. LASSERRE KIESOW, « Technique législative entre droit et technique », *JCP G* n°4 du 24 janvier 2011, doct. 93.
- M. LATINA, « Les derniers développements du droit européen du contrat », *RDC* n°1, du 1<sup>er</sup> janvier 2012, p. 299.
- P. LECLERCQ, *J.-Cl. civil code, article 6* : « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », février 2011.
- Y. LEQUETTE, « Vers un code civil européen », *Pouvoirs*, 2003, n° 107, pp 97-113.
- Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », *in 1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 24.
- Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Etude de droit privé, Mélanges offert à Paul Didier*, Avant-propos de M. GERMAIN, Préface de J. FOYER, Economica, 2008, pp 247-287.
- Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *RDC* 2011/3, p. 1028.
- Y. LEQUETTE, « Y'aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015/3, p. 616
- Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 349.
- P. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », *Rép. Civil Dalloz*, 2009.
- L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 58, p. 69.
- L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », *in le solidarisme contractuel*,

*mythe ou réalité ?* L. GRYNBAUM et M. NICOT (sous dir), *Economica*, 2004 p. 184.

- G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Droit et Patrimoine*, septembre 2002, p. 26.
- G. LOISEAU, « Le vice et ses vertus », *CCE*, n° 4, avril 2015, comm. 33.
- B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.
- B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, n° 43, 1122.
- D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *Etudes et chronique*, *JCP G* 2009, n° 5, p. 309.
- P. MALAURIE, « Droit romain et obligations, Droit français contemporain des contrats et l'Europe aujourd'hui », *Doctrine I* 246, *JCP G* 2000, n° 29, p. 1415.
- P. MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP G* 2002, I, pp 281-285.
- P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Deffrénois* 2006, art. 38352.
- P. MALAURIE, « Mutations du droit des contrats », *LPA*, 28 août 2008, n° 173.
- P. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G.*, 2008, n° 44, *Doctrine étude* 204, p. 17.
- P. MALINVAUD, « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet « Chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.*, 2008, p 2551
- J-P. MARGUENAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, *Association Henri Capitant*, LGDJ, 1996, p 45
- J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, *Chr.* p. 255.
- D. MARTIN, « La loyauté dans l'exécution du contrat », *Actes du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce sur la loyauté et l'impartialité in Gazette du palais* du 23-24 mai 2012, p. 67 et s.
- N. MATHEY, « Le professionnel doit éclairer le souscripteur sur le risque des produits financiers proposés », *JCP Ent et Aff.* n° 42 du 16 octobre 2008, 2244.
- M.-L. MATHIEU IZORCHE, « La liberté contractuelle » in *libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M-A FRISON-ROCHE et TH. REVET (sous dir), 12<sup>ème</sup> éd. 2006, Dalloz, pp 677-692.
- J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le*

*droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 28.*

- D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », *Droit et patrimoine*, 1998 n°58, p. 59.
- D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, n° spécial, 30 septembre 1998, p. 12.
- D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205.
- D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603.
- D. MAZEAUD, « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir), Economica 2001, p. 130.
- D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637.
- D. MAZEAUD, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p.81.
- D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2003, p. 135.
- D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 295.
- D. MAZEAUD, « Droit commun et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 697.
- D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004, p. 1754.

- D. MAZEAUD, « La cause », *in Le Code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, n° 31, p. 469.
- D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert : propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, pp 235-259.
- D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », *in De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005, p. 309.
- D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006/2, p. 363.
- D. MAZEAUD, « Droit européen des contrats, à la recherche du temps perdu », *Droit et patrimoine*, décembre 2007, p.39.
- D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel. Rapport français » *in La confiance légitime et l'estoppel*, B. FAUVARQUE-COSSON (sous dir.) SLC, 2007, pp 9-61.
- D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité . Les principes du droit européen du contrat ». *D.* 2007, n° 42, pp 2959-2965.
- D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : Haro en Hérault, sur le projet ! », *Etudes et commentaires, D.* 2008, n° 38, p. 2675.
- D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité, les Principes du droit européen du contrat », *in Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, sous la dir. de R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRUM, SLC, 2008, p.102.
- D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2008, n° 42, chronique, p. 2961.
- D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », *RTD Eur.* 2008, p.723.
- D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 1364.
- D. MAZEAUD, « Un nouvel avant-projet de réforme du droit des contrats », *RDC* 2009, p. 471.

- D. MAZEAUD, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », *in Nouveaux défis du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de G. MASCH, D. MAZEAUD et R. SCHULZE, Sellier, 2009, p. 29
- D. MAZEAUD, « Droit des contrats, réforme à l'horizon », *D.*, 2014. p. 291, n° 18.
- D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », *in Liber Amicorum Christian Larroumet*, textes réunis par S. BROS et B. MALLET-BRICOUT, Economica, 2010, p. 329.
- D. MAZEAUD, Th. REVET, E. FILIBERTI, « Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs », *RDC* 2008/ 1, p. 108.
- M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>ème</sup> partie), l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC* 2007/2, p. 239.
- M. MEKKI, « Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (article 15 à 18), *LPA*, 12 février 2009, p. 103.
- M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, n° 14 du 16 avril 2015, p. 816
- M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. du palais*, n° 120, 30 avril 2015, p. 37.
- M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et la pratique notariale- morceaux choisis », *JCP not. et Imm.*, 2015, n° 14, p. 1111.
- M. MEKKI, « La réforme du milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC* 2015/3, p. 651.
- M. MEKKI, « Le droit des contrats dans le Code civil et commercial argentin : regard candide d'un juriste français », *RLDC*, 01/2016, n° 133
- M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain !* », *Gaz. du Palais*, n° 1 du 05 janvier 2016, p. 18

- J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, 1985.
- J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, avant-propos : PU Aix-Marseille 1993, p. 1.
- J. MESTRE, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le code civil 1804-2004, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, pp 231-244.
- J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Revue Lamy droit civil* mars 2009, n° 58, actualité.
- J. MESTRE, « Propos introductifs », Actes du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce sur la loyauté et l'impartialité retranscrit in *Gazette du palais* du 23-24 mai 2012, p. 6.
- F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°2, avril-juin 1987, pp. 343-371.
- M. MIGNOT, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, p. 2153.
- L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.*, 2007, chron. 1035.
- F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.
- F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? » *RFDA* 2006, n°1, pp. 2-11.
- N. MOLFESSIS, « Droit des contrats, l'heure de la réforme », *JCP G* n° 7 du 16 février 2015, doct. 199.
- P. G MONATERI, « La nature des anges et des hommes économiques », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, livre 1, p. 123.
- CH.-A. MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in *Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, 1996, p. 59.
- P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001/1, p.77
- P. MORVAN, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors la loi » », *LPA* 2005/113, p. 5.
- P. MORVAN, « Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.*, 2005, chr. 247.

- H. MOTULSKY, « La réforme du Code de Procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP G* 1966, I, 1996.
- H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz – Sirey, Paris, 1961, Tome II, p. 175.
- H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de Procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, Ch. p 91.
- Ch. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994, I., 3776.
- J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : “la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée” », *D.* 2012. 1346.
- J. MOULY et J.-P. MARGUENAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Convention EDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36.
- H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 304.
- H. MUIR-WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de CH. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, 183.
- J. S NAVARRO, « Standards et règles de droit », *RRJ* 1988, n°35, p 834.
- S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* n° 38 du 19 septembre 2011, doct. 1003.
- C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement, beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, p. 369.
- M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », Actes du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce sur la loyauté et l'impartialité in *Gazette du palais* du 23-24 mai 2012, p. 34.
- P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988, n°35, p. 1038.
- F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *Sources du droit, Arch. Philo. Dr.*, T. 27, éd., Sirey 1982, p. 395.
- G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* n°18 du 30 avril 2012, 560.

- E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », *RRJ* 1988, n°35, p. 814.
- H. PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », *JCP administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.
- C. PERES, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie », *D*, 2009, chron. p. 381.
- C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association H. CAPITANT, *Le droit souple, Journées nationales*, T. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p. 93.
- C. PERES, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *RDC*, n°4 du 01 octobre 2013, p. 1285.
- C. PERES, « Observations sur “l'absence” de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015/3, p. 647
- H. PERINET-MARQUET, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI*, 2015, p. 251.
- V. PETEV, « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988, n°35, p. 826.
- V. PETEV, « Jugement juridique et jugement moral », *Archives de Philosophie du Droit* 1994, T. 39, p. 211.
- Y. PICOD, « Rapport de synthèse, La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation », *LPA*, 24 novembre 2011, n° 234, p. 43.
- S. PIEDELIEVRE, « Vers un nouveau droit européen de la vente », *Gazette. du palais* n°11-12 du 11 et 12 janvier 2012, p.7.
- PH. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1996, n° 1, p. 906.
- J.-P. PIZZIO, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in droit du marché et droit des obligations, colloque de l'université de Perpignan 24-25 octobre 1997, *RTD Com* 1998, n°1 pp 53-69.
- J.-P. PLANTARD, « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 », *JDI* 1988, p. 311.
- F. POLLAUD-DULIAN, « du droit commun au droit spécial- et retour », in *aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 925.
- D. PORCHERON, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de

la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats », *RLDA*, nov. 2011, p. 54.

- J-E-M. PORTALIS, « Discours préliminaire au Code civil », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, 1968, T. 1, p. 463.
- B. POZZO, « Les principes directeurs en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/ italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, *RDC/I* du 01 janvier 2013 n° 1. p. 400.
- E. PUTMAN, « Commentaires sous l'article 4 :112 », in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la dir. de C. PRIETO, PUAM, 2003, p. 290.
- V. REBEYROL, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G* doctr. 954
- PH. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chronique à la Revue trimestrielle de droit civil », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 110.
- PH. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, p. 271.
- TH. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.
- S. RIALS, « La fonction de juger, l'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3.
- G. RIPERT, « Le droit de ne plus payer ses dettes », *DH* 1936, chr. p. 57.
- J. ROCHFELD, « La communautarisation des sources- De l'harmonisation maximale » *RDC* 2009/1, p.11.
- J. ROCHFELD, « L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 », *RDC* 2009/3, p. 98.
- J. ROCHFELD, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne (à propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009) », *D.* 2009 ch. 2047.
- J. ROCHFELD, « L'euphémisation des sources du droit des contrats-Etats des lieux des discussions institutionnelles relatives à la proposition de directive cadre du 8 octobre 2008... encore et toujours », *RDC* 2010/1, p. 15.
- J. ROCHFELD, « L'euphémisation des sources du droit des contrats – Les implications de l'harmonisation maximale par l'exemple », *RDC* 2010/1, p. 18.
- R. RODIERES, « Les principes généraux du droit privé français », in *Journée de la société de législation comparée* 1980, vol. 2, p. 309.

- M. ROUSSILLE, « La réforme du droit des obligations et tous ses dangers », *Rev. dr. bancaire et financier*, n° 3, mai 2015, alerte 13.
- R. SACCO, « Actualité du comparatisme », *D.*, 2008, n° 41, Entretien, p. 2920.
- H. SAK, « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang des principes généraux du droit », *LPA* 2000/77, p. 4.
- S. SANCHEZ LORENZO, « Faut-il oublier l'idée d'un code civil européen », *LPA* 2007, n° 112 pp. 8-11.
- P. SARGOS, « Les perspectives de réforme du droit des obligations et de la responsabilité », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 671, Janvier 2010, repère 1.
- É. SAVAUX, « Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats », *RDC* 2015/3, p. 446
- R. SCHULZE, « Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire », *RIDC* 2005, n°4, pp 877- 898.
- A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, tome I, 1998, p. 171.
- A. SERIAUX, « Droit et économie : sur l'unité des deux disciplines », *RRJ* 2000, n°2, 887.
- D. SIMON, « La lisibilité du droit communautaire », in *La transparence dans l'union européenne, mythe ou réalité juridique ?* J. RIDEAU (sous dir), pp 79-109.
- G. SOULIER, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? » in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D. SIMON (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80.
- J.-L. SOURIOUX, « Sources du droit en droit privé », *Sources du droit, Archives de Philosophie du Droit.*, T. 27, éd., Sirey 1982, p. 33.
- J.-L. SOURIOUX, « Le concept de principe général », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman (dénominateurs communs)*, Bruylant, 2005, p. 59.
- J.-L. SOURIOUX, « Les principes directeurs du Code civil selon Portalis », in *Le Code civil et le dialogue des cultures juridiques*, Bruylant, 2007, p. 111.
- M. O. STATI, « Le standard juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, p. 244.
- D. STAUDENMAYER, « Le plan d'action de la commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP G.*, 23 avril 2003, Doctrine I 127, p. 709.

- Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », *Droit et patrimoine*, Mai 2004, n° 126, p. 70.
- PH. STOFFEL-MUNCK, « La refonte du Code de la consommation est-elle pour demain ? », in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014* (Dir. L. ARCELIN LECUYER), PUR, 2015.
- PH. STOFFEL-MUNCK, « Les enjeux majeurs de la réforme “attractivité, Sécurité, Justice” », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015.
- F. TERRE, « Sur la sociologie juridique du contrat », in *Les notions de contrat*, Archives de Philosophie du Droit, 1968, pp. 75-88.
- F. TERRE, « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, n° 42, Entretien, p. 2992.
- E. THALLER, « De l’attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial », in *Livre du centenaire du Code civil 1804-1904*, Dalloz-Sirey, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 225.
- C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.
- C. THIBIERGE, « La densification normative, découverte d’un processus », *D.* 2014 p. 834.
- M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire? », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 9.
- P. TRUCHE, « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2001/1, n° 23, p. 7.
- J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires du droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.
- J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit d’être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d’un droit processuel autonome », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand* : Litec, 2003, p. 471.
- G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein [la légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires] », *JCP G* 1948, I, 682.
- E. VERGES, « L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 327.
- E. VERGES, « Principes directeurs du procès pénal – origine et force normative des principes directeurs », *J-CL, Fascicule 20*, date de fraîcheur : 1<sup>er</sup> mai 2013.
- M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes*

*du droit public, Etudes en l'honneur de George Scelle*, LGDJ, 1950, T. II, p. 613.

- G. WICKER, « Propos introductifs » *in droits européens du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?* G. WICKER, (sous dir), Litec 2008.
- G. WICKER,, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.
- C. WITZ, « La longue gestation d'un Code européen des contrats », *RTD Civ.* 2003, p. 447.
- C. WITZ, « Plaidoyer pour un code civil européen des obligations », *D.*, 2000, n°5, p. 79.
- J. WROBLEWSKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ-4*, 1988, p. 848.
- F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », *Communication, BICC*, n° 575 du 15 avril 2003

#### **IV. TEXTES**

##### **A. Propositions de textes, Livre verts, communications, décisions, compte-rendu**

- Livre vert sur la protection du consommateur dans l'Union européenne, Bruxelles, le 2.10.2001 COM (2001) 531 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM (2001) 398 final, 11.07. 2001.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM (2003) 68 final, 15.03.2003.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM (2004) 651 final, 20.01.2005.
- Rapport de la Commission. Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM (2005), 650 final, 23.09.2005
- Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 8.02.2007.
- Rapport de la Commission. Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM (2007) 447 final.
- Rapport du groupe de travail de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, p. 5 (cf sites internet).
- Résolution du 03 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats, P6-TA (2007) 0615.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final, 2008/0196 ( COD).
- Adoption du programme pluriannuel 2010-2014 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice dénommé « programme de Stockholm » par le Conseil Européen, 10.12.2009 (14449/09 JAI 679).
- Plan d'action de la Commission pour mettre en œuvre le programme de Stockholm, COM 2010, 171 final.
- Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 final.
- Décision de la commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour

un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats.

- Compte-rendu de la réunion de TEE du jeudi 3 juin 2010 : cf. Site internet
- Etude de faisabilité du droit européen des contrats mai 2011 : <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/05/comm-droit-contrats/index.html> ainsi que [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-523\\_fr.htm?locale=fr](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-523_fr.htm?locale=fr)
- Communication Comm. CE au Parlement européen concernant la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015 : Com (2014) 910 final, 16 décembre 2014, annexe 2, pt 60.

## **B. Codifications doctrinales**

### ***Droit européen :***

- Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, G. GANDOLFI (coordinateur), Livre 1<sup>er</sup>, Milan-Dott, A. Giuffrè Editore, 2004 ou European Contract Code. Preliminary Draft , Université de Pavie, 2001
- Projet « *Ius Commune* » de recueils pour le droit commun de l'Europe (Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe). V. H Beale, A Hartkamp, H Kötz, D Tallon (eds.), Contract Law, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- Les principes du droit européen du contrat : l'exécution, l'inexécution et ses suites, Commission pour le droit européen du contrat présidée par O. LANDO, édité par le CNRS et l'ARPEJE, version française de I. DE LAMBERTERIE, G. ROUHETTE, D. TALLON, éd. Paris : la documentation française, 1997.
- Les principes du droit européen du contrat, Commissions pour le droit européen du contrat, version française préparée par G. ROUHETTE, I. De LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, SLC-DL 2003, coll. Droit privé comparé et européen.
- Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Avant-propos de B. FAUVARQUE-COSSONnet D. MAZEAUD, Introduction par J-B RACINE et G. WICKLER, SLC, 2008.

- Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Avant-propos de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Introduction par A. TENENBAUM, SLC, 2008.
- Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition, « Principles, Definitions and model Rules of European Private Law », Sellier, 2009. Accessible sur le site suivant: [ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law).
- Proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final, 11 octobre 2011.

***Droit interne :***

- Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit avant-projet Catala, 22 septembre 2005.
- Projet de réforme de droit des contrats, projet de la Chancellerie, juillet 2008 (modifié en mai 2009).
- F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.
- Avant-projet de réforme du droit des contrats, document de travail du 23 octobre 2013, publié le 15 janvier 2014.
- Projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats (1<sup>ère</sup> version 16 janv. 2014, 2<sup>ème</sup> version 27 janv. 2014, 3<sup>ème</sup> version 17 juin 2014, 4<sup>ème</sup> version 8 nov. 2014, 5<sup>ème</sup> version 21 janv. 2015) : 6<sup>ème</sup> et dernière version, 10 févr. 2015, publié le 25 février 2015 sur le site du Ministère de la Justice.

**V. SITES INTERNET :**

- Union européenne = [www.europa.eu](http://www.europa.eu)
- Légifrance = [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- Cour de cassation = [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- Groupe de recherche sur l'Acquis communautaire en droit des contrats = [www.acquis-group.org](http://www.acquis-group.org)
- Société pour le droit européen des contrats = [www.secola.org](http://www.secola.org)
- Association Henri Capitant = [www.henricapitant.org](http://www.henricapitant.org)

- Trans Europe Experts = [www.transeuropexperts.eu](http://www.transeuropexperts.eu)
- Les *Acquis Principles* : <http://www.acquis-group.org/>
- Les principes de droit européen du contrat :  
[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/)
- Les principes contractuels communs de l'association Henri Capitant/SLC :  
[http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/Textes\\_proposes\\_synthese.pdf](http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/Textes_proposes_synthese.pdf)
- Les travaux du Study group on a European civil Code : <http://www.sgecc.net>
- Les principes de droit européen de la responsabilité civile : <http://www.egtl.org/>
- Le Code Européen des contrats de l'Académie des Privatistes Européens :  
<http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/> (voir aussi *Gaz. Pal.*, 21-22 et 23-25 février 2003) ;
- Le *Draft Common Frame of Reference* (C. von Bar, E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publishers, 2009), partiellement traduit :  
<http://www.fondation-droitcontinental.org/>;
- L'étude de faisabilité : [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf)

## **VI. COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS**

### S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI :

- Observations sous Cass., com., 4 octobre 2011, *D.*, 2012, 459.

### C. AUBERT DE VINCELLES :

- Observations sous CJUE, 13 mars 2013, *RTDE.*, 2013, 563.

### Y. AUGUET :

- Observations sous Cass. com., 17 décembre 2002, *D.* 2004, somm. comm. 1156.

### L. AYNES :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *D.* 1995. 87.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, *D.*, 2001, p. 3236.

O. BACHELER :

- Note sous Cass. crim, 7 janvier 2014, « sonorisation de cellules de garde à vue : légalité *versus* loyauté », *Gaz. du palais*, 8 février 2014, n° 39, p.19.

S. BEAUGENDRE :

- Observations sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2003, *AJDI*, 2004, p. 277.

B. BEIGNIER :

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1996, *JCP G.*, 1997, II, 22917.

A. BENABENT :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janvier 1999, *D.* 2000. Somm. comm. 11.

F. BENAC-SCHMIDT :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *D.*, 1994, 507.

B. BOCCARA :

- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 1994, *JCP G.*, 1995, II, 22380.

Ch. CARON :

- Commentaire de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *CCE*, 2002, comm. 80.

A. CATHIARD :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>. 15 mars 2005, *D.*, 2005. p. 1462.

J.-P. CHAZAL :

- Note sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *D.*, 2002, p. 2844.

F. CHENEDE :

- Note sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 04 décembre 2013, *D.* 2014, p. 179.
- Observations sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>. 13 novembre 2014, *AJ Famille*, 2015. 54.

TH. CLAY :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 06 juillet 2005, *D.*, 2005, pan. 3060.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010, *D.*, 2010, 2966.

A. COHEN :

- Note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *JCP G.*, 1997. II. 22881.

A. CONSTANTIN :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, *JCP G.*, 2001. I. 330, n° 10.

G. COUTURIER :

- Note sous Cass., soc., 19 novembre 1996, *Rev. soc.*, 1997, p. 95

Y. DAGORNE-LABBE :

- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999, *JCP G* 1999, II, 191.

PH. DELEBECQUE :

- Observations sous Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997. som. p. 175.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, *D.*, 2001, somm. com. p. 115.

X. DELPECH :

- Observations sous Cass. AP., 27 février 2009, *D.*, 2009, 723.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010 *D.*, 2010, 448.

M. DEFOSSEZ :

- Note sous Cass., soc., 25 février 1992, , *D.*, 1992, jurisp. p. 390.

S. DETRAZ :

- Note sous Cass. crim., 7 janvier 2014, , « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve, *D.*, 2014, p. 264.

N. DISSAUX :

- Note sous Cass. com., 4 octobre 2011, *D.* 2011. 3052.

M. DOUCHY-LOUDOT :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 2014, *D.* 2015, 649.

P. ESMEIN :

- Note sous Cass. civ. 20 janvier 1953, *JCP G* 1953, II, 7677.

M. FABRE-MAGNAN :

- Observations sous Cass., com., 22 octobre 1996, *JCP G* 1997, I, 4002.

A. FAGES :

- Observation sous Cass. com. 10 juillet 2007, *RTD Civ.* 2007, p.773.
- Observation sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, *RTD Civ.* 2008, p. 475.

H. FULCHIRON :

- Point de vue sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, *D.* 2014, p.153.
- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 2014, *D.*, 2015, « Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique », p. 1070.

P-Y. GAUTIER :

- Note sous Cass. com. 10 juillet 2007, *D.* 2007, 2844.

TH. GENICON :

- Note sous Cass., com., 29 juin 2010, *D.*, 2010, p. 2485.

J. GHESTIN :

- Observations sous Cass. com., 4 octobre 2011, *JCP G* 2012, 135.

J.-P. GRIDEL :

- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *D.* 2002, p. 1860.

L. GRYNBAUM :

- Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 novembre 2007, *JCP G* 2008, II. 10034.

J. HAUSER :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, *RTD Civ.* 2014, p. 88.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 2014, *RTD Civ.*, 2015. 103.

D. HOUTCIEFF :

- Observations sous Cass., com., 8 mars 2005, *RD. Bancaire et fin.* 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 3, p. 9
- Commentaire sous Cass. Com. 10 juillet 2007 *JCP G* 2007. II. 10154.
- Note sous Cass. AP. 27 février 2009, *D.* 2009, 1245.
- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010, *JCP G* 2010, n°626.
- Note sous Cass., com., 29 juin 2010, *JCP G.*, 2010, 787.
- Note sous Cass. com. 20 septembre 2011, *JCP G.*, 2011, 1250.
- Observations sous Cass., com., 4 octobre 2011, *Gaz. du Palais*, 12 janvier 2012, p. 17.

CH. JAMIN :

- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, *D.* 2001, 1568.
- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *JCP* 2000. II. 10510.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *JCP* 2007. II. 10042.

F. LABARTHE :

- Observations sous Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *JCP G. 2006*, I. 176, n° 1 et s.

Y.-M. LAITHIER :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *RDC* 2007. 703.

B. LAMAZEROLLES :

- Note sous Cass. com. 26 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 2922.

CH. LARROUMET :

- Chronique sous Cass. com., 22 octobre 1996, *D.*, 1997, 145.

P. LE CANNU et B. DONDERO :

- Observations sous Cass. com. 10 juillet 2007, *RTD Com.* 2007, p.786.

P. LE CANNU et B. DONDERO, M.-L. RASSAT :

- Note sous Cass. crim. 27 février 1996, *JCPG.*, 1996. II. 22629.

S. LE GAC-PECH :

- Commentaire sous Cass., com., 4 novembre 2014, « Du nouveau sur les clauses abusives entre professionnels », *JCP Ent. et Aff.*, n° 1-2 du 8 janvier 2015, 1002.
- Commentaire sous Cass., com., 3 mars 2015, « Sanctions et démesure », *JCP Ent. et Aff.*, n° 17 du 23 avril 2015, 1207.

L. LEVENEUR :

- Observations sous Cass. com., 22 octobre 1996, *CCC*, 1997, 24.
- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *CCC*, 2000, n° 140.
- Commentaire sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *CCC*, 2002, comm. 121.
- Observations sous Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2004, *CCC*, 2005, comm. 60.
- Note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *JCP G.*, 2006, II, 10142.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *CCC*. 2007, n°117.
- Note sous Cass. com., 27 mars 2007, *CCC*, 2007, 196.
- Note sous Cass. com., 29 juin 2010, *CCC.*, 2010, comm. 220.

R. LIBCHABER :

- Observations sous Cass. civ 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, *Defrénois* 2001. 703.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, *RTD. civ.* 2003, p. 575.

F. LOISEAU :

- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 mai 2000, *JCP G.*, 2000, I. 272, n°1.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2005, « L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels », *JCP G.*, 2005/50, I, 10173.

E. LOQUIN :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>. 06 juillet 2005, *RTD Com.* 2006, 309.

A. LYON-CAEN :

- Note sous Cass., soc., 25 février 1992, *D.*, 1992, somm. comm. 294.

D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD :

- Commentaire sous Cass. com. 10 juillet 2007, *JCP Ent et Aff.*. 2007, 2394.

J.-P. MARGUENAUD :

- « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », note sous l'arrêt *Van Kuck c. Allemagne*, *RTD civ.* 2004, p. 361.
- observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>. 4 décembre 2013, *RTD Civ.*, 2014, p. 307.

C. MASCALA :

- Note sous Cass. crim. 15 juin 1993, *Dalloz*, 1994, 613.

D. MAZEAUD :

- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *JCP G.* 1995, II, 22366.
- Observations sous Cass., com., 22 octobre 1996, *Defrénois*, 1997, 333.
- Observations sous Cass., com., 20 janvier 1998, *D.*, 1999. Somm. p. 114.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, *Defrénois*, 1999. 374.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, *D.*, 2001, 2702.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *JCP G.*, 2002, I, 184.
- Observations sous Cass. com. 26 nov. 2003, *RDC*. 2004 p. 257.
- Note sous Cass., com., 8 mars 2005, *RDC*. 2005, p. 1015.
- Note sous Cass. civ. 14 septembre 2005, « La bonne foi : en arrière toute ? » pourvoi n° 04-10. 856, *D.*, 2006, p 761.
- Observations sous Cass. com. 27 mars 2007, *RDC* 2008/2. p. 231.
- Note sous Cass. com. 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.768, *RDC* 2007/4.
- Note sous Cass., com., 29 juin 2010, *D.*, 2010, p. 1832.

D. MAZEAUD et PH. DELEBECQUE :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 mai 2000, *Defrénois* 2000. 1110.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *D.*, 2007. 1051.

J. MESTRE, B. FAGES :

- Observations sous Cass. soc., 25 février 1992, *RTD. civ.*, 1992, 760.
- Observations sous Cass., com., 3 novembre 1992, *RTD. civ.*, 1993. 124.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *RTD. civ.* 1994. 584.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, *RTD. civ.* 1996. 901.
- Observations sous Cass., com., 22 octobre 1996, *RTD. civ.* 1997. 418.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, *RTD. civ.*, 1999. 374.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999, *RTD. civ.* 1999. 616.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *RTD. civ.* 2000. 566.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, *RTD. civ.* 2001. 353.
- Observations sous Cass. com. 26 novembre 2003, *RTD. civ.* 2004, p. 80 et p.85.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *RTD. Civ.* 2002, p. 502.
- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, *RTD. civ.* 2005. p. 381.
- Observations sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *RTD. civ.* 2006, 550.
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *RTD. civ.* 2007. 335.

N. MOLFESSIS :

- Observations sous Cass., com., 22 octobre 1996, *RTD. civ.* 1998, 213.

P. MORVAN :

- Observations sous Cass., soc. 10 juillet 2002, *JCP G.*, 2003. I. 446 n° 1.

H. MUIR-WATT :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>. 06 juillet 2005, *Rev. crit. DI.*, 2006, 602.

J. ORTSCHIEDT :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010, *JCP G* 2010, actu. 178.

J. PELISSIER :

- Observations sous Cass., soc., 10 juillet 2002, *JCP G* 2002, II, 10162.

CH. RADE :

- Observations sous Cass. soc. 18 septembre 2002, *RDC* 2003. 150.

P. REGNIE :

- Note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, *D.* 1997. 121.

J. ROCHFELD :

- Observations sous Cass., soc., 10 juillet 2002, *RDC*. 2003. 19.

D. SAVAUX :

- Observations sous Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *Defrénois*, 2006, 1206 et 1233
- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *Defrénois* 2007 443.
- Observations sous Cass., com., 29 juin 2010, *RDC.*, 2011, p. 34

É. SERIAUX :

- Note sous Cass., com., 22 octobre 1996, *D.*, 1997, 121

Y. SERRA :

- note sous Cass., soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, jur. 2491 : « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail ».

PH. STOFFEL-MUNCK :

- Commentaire de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, *CCE*, 2002, comm. 89.
- Observations sous Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *Droit et patrimoine*, 2006, p. 93.
- Note sous Cass. com. 10 juillet 2007, « Créancier déloyal dans l'exécution n'en est pas moins créancier » *D.* 2007, 2839.
- Note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, *D.*, 2007. 1054.
- Observations sous Cass., com., 29 juin 2010, *JCP Ent et Aff.*, 2010, 1790.

S. THOURET :

- Observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, *AJ famille*, 2014, 124.

O. TOURNAFOND :

- Observations sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *D.* 1994, 230.

O. TOURNAFOND et Ch. CARON :

- Sommaire sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, *D.* 2002, 927.

R. VATINET :

- Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Dr. soc.* 2002. 949.

E. VERGES :

- Note sous Cass. crim., 7 janvier 2014, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p. 407.

G. VINEY :

- Observations sous Cass., com., 22 octobre 1996, *JCP G* 1997, 4025.



---

# INDEX DES DECISIONS DE JUSTICE

---

(CLASSEMENT PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

## I. JURIDICTIONS JUDICIAIRES

### 1) COUR D'APPEL

- CA Paris, chambre civile I, section C, 14 décembre 1999, n° 1998/19827

### 2) COUR DE CASSATION

CHAMBRE DES REQUETES :

- Cass. req., 15 juin 1892, *Boudier*, DP 1892. 596, S. 1893.1.281, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n° 239
- Cass. req., 30 mars 1897, S. 1898.1.71. Cass. Chambres réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.1.57, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n° 199

CHAMBRE CIVILE :

- Cass. civ., 27 novembre 1844, *Derosne c/ Puzin et autres*, DP 1845.1.13 ; S. 1844, I. 811, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, n° 79-80.
- Cass. civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*
- Cass. civ. 16 juin 1896, *Teffaine*, DP 1897, I, 433, S. 1897, I. 17.

CHAMBRES CIVILES :

1<sup>ère</sup> :

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1975, n° pourvoi : 74-10.061
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1979, n° pourvoi : 78-13.967
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1988, n° pourvoi : 86-19.296
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, n° pourvoi : 89-20.999
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1994, n° pourvoi : 91-19.072
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, n° pourvoi : 94-14.800

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1996, n° pourvoi : 94-11.106
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 1996, n° pourvoi : 94-13.468
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1998, n° pourvoi : 95-15.799
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, n° pourvoi : 96-214.85
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, n° pourvoi : 98-11.982
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, n° pourvoi : 98-11.381
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, n° pourvoi : 00-14.564
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2002, n° pourvoi : 01-01.093
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2004, n° pourvoi : 01-10.271
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 2005, n° pourvoi : 01-13.018
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2005, n° pourvoi : 02-13.155
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2005, n° pourvoi : 05-60.044
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005, n° pourvoi : 01-15.912
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 2010, n° pourvoi : 08-21.288
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010, n° pourvoi : 09-66.969
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2010, n° pourvoi : 09-16.913
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2011, QPC n° 11-13.488
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 2011, QPC n° 11-40.070
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° pourvoi : 11-13.269
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mars 2013, n° pourvoi : 12-14.870
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 février 2014, n° pourvoi : 13-13.581
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, n° pourvoi : 13-14.341
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° pourvoi : 13-50.005
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 2015, n° pourvoi : 14-10.920
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° pourvoi : 14-20790

## 2<sup>ème</sup>.

- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 février 1994, n° pourvoi : 92-13.131
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2003, n° pourvoi : 01-00.242
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° pourvoi : 01-10.426
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mars 2006, n° pourvoi : 05-12.338
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 février 2007, n° pourvoi : 05-19.754
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 novembre 2007, n° pourvoi : 06-19.765

- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 décembre 2007, n° pourvoi : 06-21.649
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 février 2010, n° pourvois : 08-21.367 et 0-10.311
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 septembre 2010, n° pourvoi : 09-68.120
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2013, n° pourvoi : 12-18.449
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 novembre 2013, n° pourvoi : 12-25.835

### 3<sup>ème</sup>.

- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 février 1971, *Brun c/ SCI du 10 rue Joseph-Liouville*
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 mars 1982, n° pourvoi : 80-16.195
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 1987, n° pourvoi : 85-17.596
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 24 octobre 1990, n° pourvoi : 88-19.383
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 1994, n° pourvoi : 92-11.196
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 2003, n° pourvoi : 91-10199
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° pourvoi : 93-11.113
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janvier 1999, n° pourvoi : 96-22.241
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, n° pourvoi 98-20.817
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 juin 2001, n° pourvoi : 99-17.737
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° pourvoi : 01-00.519
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, n° de pourvoi: 03-21.136
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° pourvoi : 04-19.349
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, n° pourvoi : 06-10.442
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, n° pourvoi : 07-11.721
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 septembre 2008, n° pourvoi : 07-16.205
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 décembre 2009, n° pourvoi : 04-19.923
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° pourvoi : 10-30.291
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 octobre 2012, n° pourvoi : 11-23.869
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 juin 2013, n° pourvoi : 11-27.904
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 octobre 2013, n° pourvoi : 12-23379
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2015, n° pourvoi : 13-28695
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 octobre 2015, n° pourvoi : 14-23612
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 2015, n° pourvoi : 14-22095

#### CHAMBRE COMMERCIALE :

- Cass. com. 23 mai 1970, n° pourvoi : 69-10.396
- Cass. com. 8 novembre 1983, n° pourvoi : 82-10.493
- Cass. com. 3 novembre 1992, n° pourvoi : 90-18.547
- Cass. com. 22 octobre 1996, n° pourvoi : 93-18.632
- Cass. com. 17 mars 1998, n° pourvoi : 95-16.507
- Cass. com. 7 avril 1998, n° pourvoi : 96-13.219
- Cass. com. 24 novembre 1998, n° pourvoi 96-18.357
- Cass. com. 15 janvier 2002, n° pourvoi : 99-21.172
- Cass. com. 9 juillet 2002, n° pourvoi : 99. 12.554
- Cass. com. 26 nov. 2003, n° pourvoi 00-10243 et 00-10.949
- Cass. com. 11 octobre 2005, n° pourvoi : 03-10.975
- Cass., com. 7 mars 2006, n° pourvoi : 04-17.177
- Cass. com. 27 mars 2007, n° pourvoi : 06-10.452
- Cass. com. 10 juillet 2007, n° pourvoi 06-14.768
- Cass. com. 29 juin 2010, n° pourvoi : 09-67.369
- Cass. com. 29 juin 2010, n° pourvoi : 09-11.841
- Cass. com. 20 septembre 2011, n° pourvoi : 10-22.888
- Cass. com. 4 octobre 2011, n° pourvoi : 10-20.956
- Cass. com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-40.042
- Cass. com. 18 septembre 2012, n° pourvoi : 11-19.62.97
- Cass. com. 26 février 2013, n° pourvoi : 13-13.877
- Cass. com. 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° pourvoi : 12-20830
- Cass. com. 8 octobre 2013, n° pourvoi : 12-22.952
- Cass. com. 4 novembre 2014, n° pourvoi : 13-13.576
- Cass. com., 2 décembre 2014, n° pourvoi : 13-11059

#### CHAMBRE SOCIALE :

- Cass. soc. 4 janvier 1980, n° pourvoi : 78-40.618
- Cass. soc. 25 février 1992, n° pourvoi : 89-41.634
- Cass. soc. 23 septembre 1992, n° pourvoi : 90-44.466

- Cass. soc. 19 novembre 1992, n° pourvoi ; 90-45.970
- Cass. soc. 6 avril 1994, n° pourvoi : 92-41.075
- Cass. soc. 19 novembre 1996, n° pourvoi : 94-19.404
- Cass. soc. 13 janvier 1998, n° pourvoi : 95-40.732
- Cass. soc. 8 novembre 1998, n° pourvoi : 88-41.348 et 88-41.353
- Cass. soc. 30 mars 1999, n° pourvoi : 96-42.912
- Cass. soc. 10 juillet 2002, n° pourvoi : 99-43.334 99-43.336 ; 00-45.387 et 00-45.135
- Cass. soc. 18 septembre 2002, n° pourvoi : 00-42.904
- Cass. soc. 14 février 2007, n° pourvoi 05-40.213
- Cass. soc. 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941
- Cass. soc. 3 juillet 2014, QPC, n° 14-40.026
- Cass. soc. 22 septembre 2015, n° pourvoi : 14-16.947

#### CHAMBRE CRIMINELLE :

- Cass. crim. 15 juin 1993, n° pourvoi : 92-82.509
- Cass. crim. 27 février 1996, n° pourvoi : 95-81.366
- Cass. crim. 6 mai 1997, n° pourvoi : 96-83.512
- Cass. crim. 5 mai 1999, n° pourvoi : 97-83.117
- Cass. crim. 12 déc. 2000, n° pourvoi : 00-83.85
- Cass. crim. 28 nov. 2001, n° pourvoi : 01-86.467
- Cass. crim. 11 juin 2002, n° pourvoi : 01-85.559
- Cass. crim. 7 octobre 2003, n° pourvoi : 02-88.383
- Cass. crim. 4 mai 2004, n° pourvoi : 03-88.010
- Cass. crim. 15 septembre 2004, n° pourvoi : 03-86.110
- Cass. crim. 19 octobre 2010, n° pourvoi: 10-83.306 ; 10-83.902 ; 10-83.051
- Cass. crim. 07 janvier 2014, n° pourvoi : 13-85.246

#### CHAMBRE MIXTE :

- Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981, n° pourvoi : 78-10425
- Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° pourvoi : 03-19.376

### ASSEMBLEE PLENIERE :

- Cass. Ass. Plén., 09 juillet 1982, n° pourvoi : 80-17.084
- Cass. Ass. Plén., 9 juillet 1993, n° pourvoi : 89-19.211
- Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, n° pourvoi : 94-20.302
- Cass. Ass. Plén., 27 février 2009, n° pourvoi : 07-19.841
- Cass. Ass. Plén., 19 juin 2015, n° pourvoi: 13-19.582

### II. JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES : CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 30 mars 1916, *Gaz. de Bordeaux*
- CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*
- CE, ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*
- CE, ass., 17 février 1950, *Min. agr. c/ Lamotte*
- CE, ass., 8 décembre 1978, n° 10097, *Groupe information et soutien travailleurs immigrés (GISTI)*
- CE, sect., 6 février 1981, n° 14869, *Baudet*
- CE, sect., 23 avril 1982, n° 36851, *Ville Toulouse*
- CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*
- CE, 9 octobre 1996, n° 167511, *Union nat. CGT aff. Soc.*
- CE, ass., 5 mars 1999, n° 194658, *Rouquette*
- CE, 14 juin 2000, 7/5 SSR
- CE, sous-sections 4 et 6 réunies, 9 mai 2001, *Entreprises personnelles Transports Freymuth*, n° 210944
- CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460
- CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC*

### III. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. Consti., Décision n° 73-51 du 27 décembre 1973
- Cons. Consti., Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979

- Cons. Consti., Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987
- Cons. Consti., Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989
- Cons. Consti., Décision n° 89-260 DC du 8 juillet 1989
- Cons. Consti., Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989
- Cons. Consti., Décision n° 91-167 L, 19 déc. 1991
- Cons. Consti., Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993
- Cons. Consti., Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997
- Cons. Consti., Décision n° 98-401 du 10 juin 1998
- Cons. Consti., Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000
- Cons. Consti., Décision n° 2010-39 QPC6 octobre 2010
- Cons. Consti., Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, , *Établissements Darty et fils*
- Cons. Consti., Décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011
- Cons. Consti., Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *loi sur la sécurisation de l'emploi*
- Cons. Consti., Déc. n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013

#### **IV. JURIDICTIONS SUPRANATIONALES**

- Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, n° 4451/70
- Cour EDH, 24 août 1990, *Kruslin c. France*, n° 11801/85
- Cour EDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87
- Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/Andorre*, n° 69498/01
- Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L c/ Luxembourg*, n° 76240/01
- Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06

---

# INDEX

---

(LES NUMEROS RENVOIENT AUX PARAGRAPHES)

## A

---

### **Abus de dépendance- Abus de nécessité**

- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 322 et s.

**Arrêt de principe:** 242

### **Arrêt de règlement**

- Historique: 238-239
- Interdiction des arrêts dit « *proprio motu* »: 240-241

## B

---

### **Bonne foi**

- Dans le projet de la Chancellerie de juillet 2008: 101 et s.
- Dans le projet dit « Terré » : 113 et s.
- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 127 et s.

## C

---

**Cause:** 318

### **Catégorie juridique**

- Des principes directeurs du droit des contrats: 147 et s.
- Des principes directeurs du procès civil: 142

**Clause de non-concurrence** : 282

### **Cohérence:**

- Apparition en droit interne: 118-119
- Apparition en matière contractuelle: 214
- Principe directeur: 215 et s.
- Principe directeur proposé dans le projet « Terré »: 117

### **Congé :**

- Bail commercial : 297

### **Constitutionnalisation**

- Droit processuel : 143 et s.

### **Consubstantialité**

- Des principes directeurs:
  - Bonne foi: 186
  - Définition: 183-184
  - Force obligatoire: 187
  - Liberté contractuelle: 185

### **Continuité**

- Des principes directeurs du droit des contrats: 189 et s.

### **Contrôle de proportionnalité**

- Dans le projet dit « Terré » : 110-111
- Effets : 285-289
- Éléments constitutifs: 287 et s.

### **Cour de cassation :**

- Renovation des méthodes de travail : 286

### **Convention de Vente Internationale de Marchandises (CVIM) : 80 et s.**

## D

---

### **Délégation :**

- Technique législative : 264

### **Déséquilibre significatif :**

- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 328 et s.

**Dol** : 275

### **Droit commun :**

- Renovation : 310-331
- Restauration : 307-309

### **Droits fondamentaux :**

- Immixtion dans le projet « Terré » : 110 et

- s.
- Immixtion en matière contractuelle : 280

## **E**

---

### **Équilibre du contrat :**

- Appréciation : 320
- Contrat déséquilibré : 327

### **Exception d'inexécution :**

- Droit positif : 276
- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 340

### **Exécution forcée en nature :**

- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 341 et s.

## **F**

---

### **Flexibilité :**

- Des principes directeurs du droit des contrats : 192 et s.

### **Fonction normative :**

- Des principes directeurs du droit des contrats
  - Fonction complétive : 203
  - Fonction prescriptive : 202
  - Fonction technique : 204

### **Fonction politique**

- Des principes directeurs du droit des contrats : 206 et s.

### **Forçage contractuel : 301**

### **Force obligatoire :**

- Atteintes : 95 et s.
- Dans le projet de la Chancellerie de juillet 2008 : 92 et s.
- Signification : 90

## **G**

---

### **Généralité :**

- Des principes directeurs du droit des

contrats : 196 et s.

## **I**

---

### **Imprévision :**

- Délimitation : 333
- Droit positif : 334
- Issue du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 335 et s.

### **Interprétation**

- Des conventions : 259
- Des lois civiles : 255
  - Étendue : 256 et s.
  - Méthodes : 258
- Limites : 265

## **J**

---

### **Jurisprudence :**

- Autorité de droit : 235 et s.
- Source de droit :
  - Doctrine de la Cour de cassation : 249
  - Jurisprudence réformatrice : 261
  - Portée normative de la jurisprudence : 261
  - Reconnaissance du pouvoir normatif en matière contractuelle : 266
  - Suggestion de réforme : 248
  - Supplément prétorien : 260

## **L**

---

### **Liberté contractuelle :**

- Constitutionnalisation : 88
- Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 16 février 2015 : 124 et s.
- Dans le projet de la Chancellerie de juillet 2008 : 87

- Dans le projet « Terré » : 107
- Limites : 108 et s.
  - Droits fondamentaux : 281

## **N**

---

### **Norme juridique :**

- Notion : 138 et s.
- Les principes directeurs du droit des contrats comme norme juridique : 140.

## **O**

---

### **Obligation :**

- D'adaptation : 302
- De juger : 236
- De motivation : 250

### **Originalité**

- Normative des principes directeurs du droit des contrats : 224

## **P**

---

**Pacte de préférence :** 314 et s.

**Période précontractuelle :** 312

**Pesée globale des intérêts :** 111- 273

**Précédent judiciaire :** 245

### **Prescription :**

- Contrat d'assurance : 299

### **Primauté :**

- Des principes directeurs du droit des contrats
  - Caractère rejeté : 181

**Principes à valeur constitutionnelle :** 163

### **Principes du Droit Européen des contrats (PDEC) :**

- Dispositions générales : 51

### **Principes directeurs :**

- Du droit des contrats
  - Apparition de l'expression : 1-2-25-26
  - Notion générale : 35-36
  - Définition : 37- 136
  - Droit commun des contrats : 38
  - Valeur normative : 141
- Du procès civil :
  - Définition : 7
  - Exhaustivité : 8-9
  - Normativité : 14 et s.
  - Origine : 6
- Du procès pénal :
  - Fonctions : 20
  - Normativité : 18 et s.
  - Origines : 12

**Principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République (PFRLR) :** 161

### **Principes Généraux du droit (PGD) :**

- Caractères : 159
- Création par le juge administratif : 157
- Développement : 158
- Lien avec les principes directeurs du droit des contrats : 164
- Notion : 155
- Valeur juridique : 160

### **Principe juridique :**

- Définition : 29 et s. et 151 et s.
- Lien avec les principes directeurs du droit des contrats : 154

**Principes particulièrement nécessaires à notre temps :** 162

**Principes Unidroit :** 78 et s.

**Projet Cadre Commun de Référence (PCCR) :** 53 et s.

**Projet Gandolfi :** 49 et s.

**Promesse unilatérale :** 313 et s.

**Proportionnalité :**

- Définition : 284

**Proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente : 57 et s.****Q- R**

---

**Question prioritaire de constitutionnalité :**

- Garde-fou : 133

**Raisonné :**

- Manifestations en droit des contrats : 212
- Notion : 209
- Principe directeur : 213
- Raisonné et Bonne foi : 210
- Standard : 211

**Relativité de la chose jugée : 243****Renonciation :**

- Contrat Assurance Vie : 303

**Résolution unilatérale : 277****Revirement de jurisprudence :**

- Généralités : 246-252
- Revirement prospectif : 253
- Revirement rétrospectif : 254

**S**

---

**Source de droit :**

- Approche générale : 229

**Standards :**

- Définition : 167 et s.
- Lien avec les principes directeurs du contrat :
  - Caractéristiques communes : 171 et s.
  - Double qualification : 174
  - Différenciation : 173

**Subsidiarité :**

- Droit commun : 306

**Syllogisme :**

- Approche générale : 268 et s.
- Insuffisances : 272
- Méthode : 271

**U**

---

**Universalité :**

- Des principes directeurs du droit des contrats :
  - Caractère rejeté : 180

---

# TABLE DES MATIERES

---

Remerciements .....	V
Liste des principales abréviations .....	VII
Sommaire .....	XI
Introduction : .....	1
§ I. La genèse de la catégorie juridique des principes directeurs. ....	3
A. La politique législative menée pour les principes directeurs du procès.....	5
1. La politique législative menée pour les principes directeurs du procès civil.	5
2. La politique législative menée pour les principes directeurs du procès pénal.	8
B. La normativité des principes directeurs du procès .....	11
1. La normativité des principes directeurs du procès civil.....	12
2. La normativité des principes directeurs du procès pénal. ....	14
§ II. Première approche de la définition de principes directeurs du droit des contrats.	
.....	21
Première partie- Les principes directeurs du droit des contrats, une notion en construction...	37
Titre I – Les manifestations des principes directeurs du droit des contrats.....	39
Chapitre I : Étude critique des textes européens et internationaux concernant les principes directeurs du droit des contrats .....	41
Section I. Les projets initiaux.....	43
Section II. Le projet de cadre commun de référence.....	47
Section III : La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente	51
§I. Les points positifs.....	54
§ II. Les points négatifs .....	55
§ III. Les propositions d'amélioration .....	60
Section IV : Le droit international : principes unidroits et CVIM: .....	67
Conclusion de chapitre.....	73
Chapitre II : Étude critique des projets français concernant l'introduction des principes directeurs du droit des contrats .....	75
Section I. Le projet de réforme du droit des contrats présenté par la chancellerie en 2008.....	77
§ I. Étude critique du principe directeur de la liberté contractuelle .....	78

§ II. Etude critique du principe directeur de sécurité juridique .....	85
A. Signification de la force obligatoire en droit des contrats .....	85
B. Les critiques adressées à l'encontre du principe posé.....	86
1. L'opportunité relative d'un principe de force obligatoire. ....	86
2. Le manque de cohérence du projet ne prenant pas en compte les différentes atteintes portées à la force obligatoire.....	87
a) Les atteintes à la règle de la force obligatoire par une réduction des obligations .....	88
b) Les atteintes à la force obligatoire par l'amplification du contenu obligationnel. ....	91
§ III. Étude critique du principe directeur de bonne foi .....	92
Section II. La réforme du droit des contrats sous l'égide de l'académie des sciences morales et politiques.....	97
§I. L'article 3 relatif à la liberté contractuelle .....	98
§ II. Les limites à la liberté contractuelle posées à l'article 4 .....	99
§ III. L'article 5 relatif à la bonne foi .....	105
§ IV. L'article 6 relatif au principe de cohérence.....	107
Section III. L'avant-projet de la chancellerie issu de la loi du 16 février 2015 .....	119
§ I. Le principe de liberté contractuelle .....	122
§ II. Le principe de bonne foi .....	124
Conclusion de chapitre.....	131
Conclusion du titre I .....	137
Titre II – Le concept de principes directeurs du droit des contrats.....	139
Chapitre I – L'originalité normative des principes directeurs du droit des contrats .....	141
Section I. Le principe directeur comme norme juridique.....	143
§ I. Les principes directeurs du droit des contrats comme norme juridique.....	144
§ II. La valeur normative des principes directeurs du droit des contrats.....	145
Section II. Principes directeurs et homonymes. ....	151
§ I. Principes directeurs et principes.....	151
A. Le principe juridique dans le langage courant. ....	151
B. Comparaison entre le principe juridique et le principe directeur.....	154
§ II. Principes directeurs et principes généraux du droit .....	155
Section III. Principes directeurs et standards .....	163
§ I. Approche générale du standard .....	163
§ II. Le principe directeur à l'épreuve du standard.....	166
Conclusion du chapitre I. ....	171
Chapitre II - L'identification de la catégorie juridique des principes directeurs du droit des contrats.....	173

Section I : Les caractères des principes directeurs du droit des contrats .....	175
§ I. Les caractères rejetés.....	175
A. Le rejet de l'universalité des principes directeurs du droit des contrats ...	175
B. Le rejet du caractère de primauté des principes directeurs du droit des contrats.....	177
§ II. Les caractères adoptés.....	178
A. La consubstantialité des principes directeurs du contrat.....	179
B. La continuité des principes directeurs du contrat.....	181
C. La flexibilité des principes directeurs du contrat .....	183
D. La généralité des principes directeurs du droit des contrats .....	185
Section II. Les fonctions des principes directeurs du droit des contrats .....	189
§ I. La fonction normative des principes directeurs du droit des contrats.....	190
§ II. Les fonctions politiques des principes directeurs du droit des contrats.....	191
Conclusion du chapitre II.....	207
Conclusion du titre II.....	209
Conclusion de la première partie.....	211
Seconde partie : Les principes directeurs du droit des contrats, des effets à préciser.....	213
Titre I : L'avenir des principes directeurs sur la procédure contractuelle.....	215
Chapitre I : La jurisprudence contractuelle, source de droit.....	219
Section I. Retour sur la controverse de la jurisprudence comme source de droit .....	221
§ I. L'absence de pouvoir normatif du juge dans la conception juridique et moniste .....	221
A. L'obligation de juger .....	221
B. L'interdiction de légiférer, la prohibition des arrêts de règlement. ....	223
§ II. La reconnaissance du pouvoir normatif du juge selon la conception réaliste et pluraliste .....	229
A. La jurisprudence comme source autonome.....	230
B. Les revirements de jurisprudence .....	233
C. Le pouvoir créateur et réformateur de la jurisprudence .....	235
Section II. La reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit en matière contractuelle .....	243
Chapitre II : Un renouvellement dans la méthodologie de l'acte de juger .....	249
Section I. Retour sur le syllogisme judiciaire en droit privé .....	251
Section II. Le développement de la pesée globale des intérêts en matière contractuelle .....	255
§ I. La mise en balance des intérêts par le juge en matière contractuelle « <i>de lege lata</i> » .....	256
A. La pesée globale des intérêts par le juge dans la protection du consentement .....	257

B.    La pesée globale des intérêts par le juge dans le contrôle judiciaire de l'importance de l'inexécution .....	259
§ II. La mise en balance des intérêts par le juge en matière contractuelle « <i>de lege ferenda</i> » .....	262
A.    De la validité de principe des clauses portant atteinte aux droits fondamentaux à leur illicéité de principe .....	263
B.    Le développement d'un contrôle de proportionnalité privatisé, une révolution méthodologique en cours .....	265
Conclusion du titre I .....	273
Titre II : L'avenir des principes directeurs sur la substance contractuelle.....	277
Chapitre I : Les principes directeurs comme fil d'ariane dans le dedale du droit spécial des contrats.....	279
Section I. Les principes directeurs, instrument correcteur du droit spécial des contrats .....	281
Section II. Les principes directeurs, instrument de forçage du droit spécial des contrats .....	285
Section III. Les principes directeurs, instrument de complément du droit spécial des contrats .....	291
Conclusion de chapitre.....	297
Chapitre II. Les principes directeurs et la rénovation du droit commun des contrats.....	299
Section I. Les principes directeurs dans la mise en œuvre des règles relatives à la formation du contrat .....	301
§ I. Les principes directeurs et les règles de « conclusion du contrat ».....	301
§ II. Les principes directeurs et les conditions de validité du contrat .....	305
A.    Le contenu illicite et certain substitué à la cause .....	306
B.    La violence moderne issue d'un abus de nécessité ou de dépendance .....	308
C.    Le contrat déséquilibré.....	311
Section II. Les principes directeurs dans la mise en œuvre des règles relatives à l'exécution du contrat.....	319
§ I. La révision pour imprévision .....	319
§ II. Les remèdes à l'inexécution du contrat .....	323
A.    L'exception d'inexécution.....	323
B.    L'exécution forcée en nature .....	324
Conclusion de chapitre.....	327
Conclusion du titre I .....	329
Conclusion de la seconde partie .....	331
Conclusion générale .....	333
Annexes.....	337
Bibliographie.....	345
Index des décisions de justice .....	398

Index.....	405
Table des matières .....	409